



**UNIVERSIDAD
DON VASCO**

INTEGRACIÓN Y SUPERACIÓN

UNIVERSIDAD DON VASCO, A.C.

INCORPORADA A LA

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MÉXICO

CLAVE 8727-09, ACUERDO No. 218/95



**URUAPAN
MICHOACÁN**

ESCUELA DE DERECHO

**“TRAMITE DE LA JURISDICCION VOLUNTARIA EN
SEDE NOTARIAL EN EL ESTADO DE MICHOACAN;
SU REGULACION JURIDICA”**

TESIS

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE:

LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA:

**MARCO ANTONIO FUENTES
TAMAYO**

ASESORA: LIC. LIVIA EUGENIA MORENO TEYTUD

URUAPAN, MICHOACÁN.

JUNIO DEL 2018.



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.



UNIVERSIDAD
DON VASCO, A.C.



URUAPAN
MICHOACÁN

AUTORIZACIÓN PARA IMPRESIÓN DE TRABAJO ESCRITO

CIUDADANA
LIC. MANOLA GIRAL DE LOZANO,
DIRECTORA GENERAL DE INCORPORACIÓN Y
REVALIDACIÓN DE ESTUDIOS,
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO,
P R E S E N T E:

Me permito informar a usted que el trabajo escrito:

**“TRÁMITE DE LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA EN SEDE NOTARIAL EN EL
ESTADO DE MICHOACÁN; SU REGULACIÓN JURÍDICA”**

Elaborado por:

MARCO ANTONIO

NOMBRE(S)

FUENTES

APELLIDO PATERNO

TAMAYO

APELLIDO MATERNO

NÚMERO DE EXPEDIENTE: 311509052

ALUMNO(A) DE LA CARRERA DE: LICENCIADO(A) EN DERECHO.

Reúne los requisitos académicos para su impresión.

“INTEGRACIÓN Y SUPERACIÓN”
URUAPAN, MICHOACÁN, AGOSTO 27 DE 2018.

LIC. LIVIA EUGENIA MORENO TEYTUD
ASESOR

LIC. LIVIA EUGENIA MORENO TEYTUD
DIRECTORA TÉCNICA



**A mi padre y abogado favorito,
BONIFACIO FUENTES HERRERA,
como vasallaje por sus conocimientos
y su constante dedicación a mi persona,
a la cual me debo como hombre y profesionista.**

**A mi madre y primera mujer en mi vida:
ALMA KARINA TAMAYO BARAJAS,
por su incansable y perpetua
labor de amarme y cuidarme
en todas las etapas de mi vida.**

**A mis hermanos y compañeros de vida,
DANIEL BONIFACIO Y CARLOS EDUARDO,
sin importar donde estén, siempre los encontraré.**

**A la vida, por darme TODO y
No deberme nada.**

**A mi padrino de generación, Licenciado
Sergio Béjar Sandoval, por su esmerado
ejemplo y por subvencionarme su infinito
conocimiento del Derecho.**

**A mi directora, Licenciada Livia Eugenia
Moreno Teytud, por siempre confiar en mí
capacidad y empujarme a seguirme
superando hasta la excelencia.**

**A todos mis maestros,
infinitamente agradecido
por su paciencia y conocimientos.**

**A LA ESCUELA DE DERECHO DE LA
UNIVERSIDAD DON VASCO,
nunca olvidaré sus pasillos.**

INDICE

Introducción.....	7
Capítulo 1. El juez	
1.1 Antecedentes históricos.....	12
1.1.1 Época prehispánica.....	12
1.1.2 Época colonial.....	22
1.1.3 Época independiente.....	27
1.2 objeto de la función jurisdiccional.....	28
1.3 sujetos de la función judicial.....	30
1.3.1 Órganos judiciales.....	30
1.3.2 Órganos mixtos.....	32
1.3.3 Órganos para judiciales.....	32
1.3.4 Jueces y magistrados.....	33
1.4 Formación y selección de los jueces y magistrados.....	34
Capítulo 2. Jurisdicción voluntaria.	
2.1 Origen de la jurisdicción voluntaria en el derecho romano.....	38
2.2 Concepto de jurisdicción voluntaria.....	39
2.3 Importancia del proceso voluntario.....	45
2.4 La extensión del proceso voluntario.....	47
2.5 Clasificación del proceso voluntario.....	47
2.5.1 Proceso voluntario por desaparición de persona.....	48
2.5.2 Proceso voluntario en cuanto capacidad de la persona.....	50
2.5.3 Proceso voluntario en materia de estado.....	51
2.5.4 Proceso de estado familiar.....	53

Capítulo 3. El notario público.

3.1 Antecedentes.....	56
3.2 El derecho notarial.....	76
3.2.1 Contenido del derecho notarial.....	84
3.2.2 Carácter adjetivo del derecho notarial.....	85
3.2.3 Importancia del derecho notarial.....	87
3.3 Notariado, notaria y notario.....	88
3.3.1 Notariado.....	88
3.3.2 La notaria.....	98
3.3.3 El notario.....	100
3.4 Función notarial.....	104

Capítulo 4. La intervención judicial en jurisdicción voluntaria.

4.1 Naturaleza jurídica de la jurisdicción voluntaria.....	109
4.2 Actos de jurisdicción voluntaria civiles, mercantiles y laborales.....	110
4.3 En Michoacán.....	111

Capítulo 5. La intervención notarial en jurisdicción voluntaria.

5.1 Ubicación del problema.....	114
5.2 El notario ante la jurisdicción voluntaria.....	114
5.3 De lo teórico a lo practico.....	119
Conclusiones.....	122
Propuesta.....	130
Fuentes.....	132

INTRODUCCIÓN

En el marco de una decorosa titulación, la elaboración de tesis representa una obligada labor para el estudiante que anhela el reconocimiento de “colega” por parte de sus diestros mentores; bajo este tenor, la elección del tema apropiado es apremiante.

Multitud de circunstancias y hechos que llevan a elegir determinado tema pueden ser determinantes y trascendentales para la vida profesional del sustentante; de ahí deriva la importancia de tener la presencia de un crítico jurídico, que se vuelva un verdadero rector del trabajo de tesis.

No es un secreto que, en mi caso en particular, experimenté la problemática antes mencionada; sin embargo, la experiencia que me significó el cobijarme bajo la sombra de mi padre y, siendo él Notario Público en el Estado, fue que se gestó en mí la idea de escribir sobre: “LA ADICIÓN AL ARTICULO 83 DE LA LEY DEL NOTARIADO DE MICHOACÁN PARA TRAMITAR LA JURISDICCION VOLUNTARIA EN SEDE NOTARIAL”.

Complementando lo anterior, en la Ley del Notariado del Estado de Michoacán, no se faculta al notario público para conocer de la jurisdicción voluntaria siendo que, la misma naturaleza jurídica de ésta, legitima al Notario Público para su conocimiento, toda vez que se excluye la Litis, y da paso únicamente al reconocimiento de hechos y situaciones jurídicas.

El impacto de adicionar al artículo 83 de la Ley del Notariado se verá reflejado en:

- Una reducción significativa de carga de trabajo en los juzgados de primera instancia del estado de Michoacán.

- Garantizar la seguridad jurídica de manera pronta y expedita a los gobernados que acudan, si así lo desean, ante un notario público para el reconocimiento de hechos y situaciones jurídicas (materia de la jurisdicción voluntaria).

De tal manera, daremos cumplimiento a los objetivos plasmados en nuestro protocolo de tesis los cuales son:

OBJETIVO GENERAL:

Proponer la reforma a la Ley del Notariado en el Estado de Michoacán con la finalidad de facultar a los Notarios Públicos para conocer de la tramitología de jurisdicción voluntaria, toda vez que, dada su naturaleza, la función notarial y el objeto principal de la jurisdicción voluntaria son totalmente afines, ya que no existe un litigio como tal y la resolución de dicho planteamiento es de carácter meramente administrativo.

OBJETIVOS PARTICULARES

- ✓ Entender diversos conceptos clave como lo son: Juez, función judicial, jurisdicción voluntaria, Notario, función notarial, entre otros.
- ✓ Evaluar la Ley del Notariado vigente en el Estado de Michoacán para conocer de las facultades los Notarios Públicos, así como el Código de Procedimientos Civiles vigente en el Estado de Michoacán de Ocampo.
- ✓ Revisar la viabilidad de contemplar la jurisdicción voluntaria en la Ley del Notariado del estado de Michoacán.

Siendo éste trabajo, el fruto de mi latente deseo de contribuir a la bella ciencia del Derecho y en el cual se utilizaron distintos tipos de metodología como:

Método analítico: El cual fue utilizado para conocer la naturaleza del fenómeno que estamos estudiando, utilizamos el método para poder entender, de manera cabal, todos y cada uno de los elementos que conforman las definiciones de notario público, jurisdicción, juez, función, funciones judiciales, funciones notariales.

Método sintético: Utilizado para concatenar todos los elementos aislados que analizamos con el método analítico, de tal manera que, pudimos entender diversos conceptos en temas más complejos como el notario público en la jurisdicción voluntaria o la función judicial en la jurisdicción voluntaria.

Técnica del fichaje: Técnica fundamental para el sustento crítico de la presente investigación, anotamos en varias fichas diversas fuentes bibliográficas que utilizamos para poder referenciar las fuentes; fichas, cuyos datos son: el título de la obra, autor, páginas, edición y país de impresión.

Dando resultado a una esquematización, que se capítulo de la siguiente manera:

Capítulo 1 “EL JUEZ”; En el desarrollo de este capítulo consideramos pertinente manejar un panorama histórico respecto de la figura del “juez”, después analizaremos su función judicial, así como su estructura y la manera en que se inicia la carrera judicial. Lo anterior para conocer a fondo, y denotar, la naturaleza jurídica del órgano judicial en México.

Capítulo 2 “LA JURISDICCION VOLUNTARIA”; En este capítulo veremos el origen de la “jurisdicción voluntaria”, entraremos en temas doctrinales para poder llegar a definirla con un concepto claro y objetivo, y por ultimo veremos su utilidad dentro de nuestro sistema jurídico mexicano.

Capítulo 3 “EL NOTARIO PUBLICO”; En el desarrollo de este capítulo, estudiaremos la historia del escribano, a la postre, daremos una definición del derecho notarial y su contenido, resaltaremos las importancia de su función en el ámbito social y terminaremos definiendo conceptos clave para nuestra investigación: función notarial, notaria, notario y notariado.

Capítulo 4 “LA INTERVENCION JUDICIAL EN LA JURISDICCION VOLUNTARIA”; En este capítulo hablaremos de la situación que actualmente se vive en nuestro sistema de justicia mexicano, analizaremos como es que la jurisdicción voluntaria, equivocadamente, ha sido practicada dentro de los juzgados y resuelta por el juez.

Capítulo 5 “LA INTERVENCION NOTARIAL EN LA JURISDICCION VOLUNTARIA”. Este capítulo es el punto medular de nuestro trabajo, en su desarrollo, ubicaremos el problema y, de acuerdo a los capítulos anteriores, podremos ver la compatibilidad de la función notarial con el proceso de la jurisdicción voluntaria.

CONCLUSIONES: Es el corazón de nuestro trabajo, donde reducimos los capítulos a conclusiones exactas que sustentan nuestro trabajo de tesis.

PROPUESTA: Es el fruto de la tesis, nuestra propuesta va encaminada a saciar una necesidad dentro del campo del Derecho.

Y concluyendo con la presente introducción, me regocijo de orgullo al expresar mi sincero aprecio y reconocimiento a mi insigne asesora la Licenciada ADRIANA ALEJANDRA TREJO ALVA, quien, con sus versadas recomendaciones, me permitieron llegar a la cúspide de esta titánica labor.

CAPITULO 1

EL JUEZ

1.1 Antecedentes.

1.1.1 Época Prehispánica.

Uno de los antecedentes más importantes de función jurisdiccional, la encontramos en el Códice Mendocino¹, en una lámina, aparece la representación jeroglífica de la actividad jurisdiccional que se desempeñaba entre los aztecas. Las figuras más importantes son las de cuatro jueces, dibujados en línea de arriba a abajo, sentados en unos asientos dotados de altos respaldos que engrandecen su dignidad. Cada uno de esos jueces, al decir de Alfonso Toro² tiene una diadema real, indicativa del ejercicio de la justicia en nombre del soberano. En la parte superior de sus respectivos tocados está marcada, con un jeroglífico, su jerarquía. En opinión de Lucio Mendieta y Núñez³, el primer juez es el de más alta alcurnia y los otros tres son especie de alcaldes. Enfrente de los funcionarios judiciales están dibujadas seis figuras humanas que corresponden a quienes reciben justicia; Tres están sentadas, al parecer en el piso, en cuclillas, y las otras tres personas están sentadas sobre sus propias piernas en una posición de hincadas.

En la parte trasera a cada uno de los cuatro jueces, se hallan sentados, en unos sitios sin respaldo, los jóvenes nobles cuya misión es aprender el fondo y la forma de la administración de justicia. Alfonso Toro⁴ estima que se trata de mancebos de la nobleza, que asisten con los alcaldes en sus audiencias a fin de instruirse en las cosas de la judicatura para después suceder a los juzgadores.

¹MENDIETA, 1956: pp. 12-13.

²Historia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 1934: pp. 21.

³Op. cit. pp. 12 y 13.

⁴Op. cit. p. 21.

Confirma lo anterior Lucio Mendieta y Núñez⁵, al apuntar que el carácter de juez, tanto en los tribunales unitarios como en los colegiados, requería la pertenencia a la nobleza, poseer grandes cualidades morales, ser respetable y haber sido educado en el Calmécac.

Al Calmécac podían ingresar exclusivamente los miembros de la nobleza, para recibir, de la clase sacerdotal, enseñanza general y especializada para el desempeño de cargos en la milicia, en la administración pública y en la judicatura. La educación para las actividades judiciales era tanto teórica como práctica. Cuando el futuro magistrado había dominado la parte teórica de su aprendizaje, pasaba a los tribunales a observar, cerca de los jueces la forma en que se administraba justicia. La más importante era la etapa práctica "porque allí aprendían, objetivamente, a instruir un proceso, a reunir las pruebas necesarias, a establecer el valor de las mismas y aplicar la ley según las circunstancias del caso".⁶

La tendencia general de los educandos del Calmécac era que los hijos se inclinaban por el oficio de sus padres. A los destinados a la judicatura, según Francisco Javier Clavijero⁷, se les hacía asistir a los tribunales "para que fueran aprendiendo las leyes del reino y la práctica y forma judicial. La pintura 60 del Códice de Mendoza representa cuatro magistrados examinando una causa, y detrás de ellos cuatro jóvenes Teuctlis oyendo atentamente su deliberación".

En la lámina del Códice Mendocino, de los seis sujetos que se hallan frente a los jueces, dos de ellos tienen al lado de su boca el típico signo jeroglífico

⁵Op. cit. pp. 11-12.

⁶MENDIETA, 1956: pp. 11-12.

⁷CLAVIJERO, Historia Antigua de México. 1974. p. 207.

representativo del habla dinámica. Podía ser que se tratase de los abogados patrocinantes de las partes. A los profesionales de la abogacía hacía alusión Fray Bernardino de Sahagún⁸ y compara los buenos y malos abogados en los siguientes términos:

"El procurador favorece a una banda de los pleitantes, por quien es el negocio, vuelve mucho y apela, teniendo poder y llevando salario por ello. El buen procurador es vivo, y solícito, osado, diligente, constante y perseverante en los negocios, en los cuales no se a vencer deja alega de su derecho, apela, tacha los testigos, no se cansa hasta vencer la parte contraria y triunfa de ella.

"El mal procurador es interesado, gran pedigüeño, y de malicia suele dilatar los negocios, hace alharacas, muy negligente y descuidado en el pleito, y fraudulento, y tal que (de) entrambas partes lleva salario.

"El solicitador nunca para, anda siempre solícito y listo. El buen solicitador es muy cuidadoso, determinado y solícito en todo, y por hacer bien su oficio muchas veces deja de comer y de dormir, y anda de casa en casa solicitando los negocios, los cuales trata de buena tinta y con temor o recelo que por su descuido no tengan mal suceso los negocios.

"El mal solicitador es flojo y descuidado, lerdo y encandilador por sacar dineros, y fácilmente se deja cohechar, porque no hable más en el negocio, o que mienta, por así suele echar a perder los pleitos."

En cuanto a los encargados de administrar justicia, mucho se cuidaba de su honestidad. Así apunta Fray Bartolomé de las Casas⁹ que los jueces de los

⁸SAHAGÚN, 1975: Pp. 555-556.

⁹FONDO DE CULTURA ECONÓMICA, 1971: p. 130.

mexicas ninguna cosa recibían, ni presentes, ni dádivas. Afirma: "No eran aceptadores de personas, porque igualmente se habían en el juicio y justicia con el chico y con el grande. Si se hallaba que algún juez recibía presentes o dones y por ellos o por algún otro respecto hacía contra justicia en agravio de alguna de las partes, o también si se sabía que alguna vez se emborrachaba, si estos defectos acaecían en cosas pequeñas, los otros jueces lo reprendían entre sí una, dos y tres veces ásperamente, y si no se enmendaba, a la tercera vez, lo trasquilaban y con gran confusión lo privaban del oficio."

Según Antonio de Solís¹⁰, los monarcas aztecas supervisaban la honestidad de los jueces mediante regalos ofrecidos por manos de sus confidentes y menciona penas severísimas: "y el que faltaba en algo a su obligación, moría por ello irremisiblemente".

William H. Prescott¹¹ se refiere a la severidad de las penas: a un juez que recibía presentes o cohechos, o que era convencido de colusión con uno de los litigantes, se le castigaba con la muerte. En Texcoco Netzahualpilli impuso la pena de muerte a un juez por haber recibido un cohecho.

Los jueces prehispánicos, al decir de Sahagún¹², no diferían los pleitos de la gente popular y procuraban terminarlos con celeridad, no recibían cohechos, no favorecían al culpado, "sino hacían justicia derechamente". "Y si oía el señor que los jueces o senadores que tenían que juzgar, dilataban mucho, sin razón, los pleitos de los populares, que pudieran acabar presto, y los detenían por cohecho o paga o por amor de los parentescos, luego el señor mandaba que los echasen

¹⁰LÓPEZ, 1973: p. 178.

¹¹LÓPEZ, 1970: p. 22.

¹²Op. Cit. p. 466.

presos en unas jaulas grandes, hasta que fueran sentenciados a muerte; Y por esto los senadores y jueces estaban muy recatados o avisados en su oficio.”

Se trataba de reclutar, para el desempeño de la administración de justicia, a los hombres más idóneos. Sobre el particular nos ilustra Fray Bernardino de Sahagún¹³: "elegían jueces, personas nobles y ricas ejercitadas en las cosas de la guerra y experimentadas en los trabajos de las conquistas, personas de buenas costumbres, que fueran criados en los monasterios del Calmécac, prudentes y sabios y también criados en el palacio... Mirábase mucho en estos tales no fueran borrachos, ni amigos de tomar dádivas, ni fueran aceptadores de personas, ni apasionados; Encargábales mucho el señor que hiciesen justicia". Agrega Sahagún sobre las cualidades de los jueces¹⁴: averiguar bien los pleitos, ser respetado, grave, severo, espantable y tener presencia digna, de mucha gravedad y reverencia y ser temido por todos. El buen senador es recto juez y oye a entrambas partes, y pondera muy bien la causa de unos y de los otros; Da a cada uno lo suyo, y siempre hace justicia derecha; No es aceptador de personas y hace justicia sin pasión". "El mal senador, por el contrario, es aceptador de personas, apasionado... es parcial, amigo de cohechos e interesado."

A su llegada, los españoles mostraron admiración por la justicia autóctona, de ello da fe Fray Bartolomé de las Casas¹⁵: "...tan gran reino, manifiesto es, aunque más prueba que trujésemos, que debía tener prudencia y sabiduría para establecer leyes y constituir jueces y mandar ejecutar justicia, y no cualquiera, sino

¹³Op. Cit. p. 556.

¹⁴Op. Cit. p. 556.

¹⁵Op. Cit. p. 127.

buena y recta justicia, cuando entre infieles que de conocimiento de verdadero Dios carecía, podía y justicia hallarse."

En el procedimiento se utilizaba la prueba documental. Al efecto, Fray Bernardino de Sahagún¹⁶ afirma que los jueces pedían "la pintura, n que estaban escritas, o pintadas las causas, como haciendas, o casas o maizales..." Además se formaban expedientes de las causas. Así, Fray Bartolomé de las Casas¹⁷ relata: "En cada sala estaba con los jueces un escribano, o mejor dicho pintor, que servía de escribano diestro que con so pinturas o caracteres, las personas que trataban pleitos y las causas y demandas y testigos, y lo que se concluía y sentenciaba, ponía por memoria".

Respecto de los testigos, manifiesta Fray Bernardino de Sahagún¹⁸ que los jueces buscaban los testigos, para que afirmasen lo que habían visto u oído. También toca el tema de los testigos Fray Bartolomé de las Casas¹⁹: "Los testigos pocas veces se hallaban falsos, porque no osaban decir otra casa sino la verdad; lo uno, por temor de la tierra, por la cual juraban como por cosa divina, y la forma del juramento era poner el dedo en la tierra y luego allegarlo a la lengua, como si dijeran: "Por la, diosa tierra o divina tierra que nos sustenta y mantiene, que diré la verdad; Lo otro por medio de los jueces, los cuales eran muy solícitos y sutiles en interrogarlos y cuando algunos hubiesen falsos, terriblemente los castigaban."

¹⁶Op. Cit. p. 466.

¹⁷Op. Cit. p. 130.

¹⁸Op. Cit. p. 466.

¹⁹Op. Cit. p. 150.

Había un funcionario notificador, el Tecpoioti²⁰ cuya misión era comunicar al pueblo la voluntad del rey. Su oficio era de gran honor y dignidad. Las resoluciones judiciales las ejecutaba el Coahunoch, especie de alguacil mayor, hoy lo llamaríamos "actuario"²¹. Al lado de este funcionario judicial, existían auxiliares, los llama Fray Bartolomé de las Casas²² "mandoncillos", quienes servían de emplazadores y de mensajeros "que en mandándoles la cosa, iban volando como gavilanes, fuese de noche, fuese de día, y a cualquiera hora, lloviese o ventease o cayesen piedras del ciclo. No sabían esperar tiempo ni dilatar por un momento lo que se les mandaba".

El Poder Judicial estaba adecuadamente organizado, según datos proporcionados por el fidedigno historiador Francisco Javier Clavijero²³: "La forma judicial de los mexicas y texcocanos nos suministra algunas lecciones útiles de política. La diversidad de grados en los magistrados servía al buen orden: su continua asistencia en los tribunales desde comenzar el día hasta la tarde, abreviaba el curso de las causas y los apartaba de algunas prácticas clandestinas, las cuales hubieron podido prevenirlos en favor de algunas de las partes. Las penas capitales previstas contra los prevaricadores de la justicia, la puntualidad de su ejecución y la vigilancia de los soberanos, tenían enfrentados a los magistrados, y el cuidado que se tenía de suministrarles de cuenta del rey todo lo necesario, los hacía inexcusables. Las juntas que se tenían en presencia del soberano, y particularmente —la asamblea general de todos los magistrados cada

²⁰BARTOLOMÉ DE LAS CASAS. Op. Cit. p.129.

²¹Idem.

²²Idem. p. 130.

²³LÓPEZ, 1973: p. 146.

ochenta días— para terminar las causas pendientes, a más de prever los graves males que causa la lentitud en los juicios, hacía que los magistrados se comunicaren recíprocamente sus luces, que el rey conociese mejor a los que había constituido depositarios de su autoridad, que la inocencia tuviera más recursos y que el aporte del juicio hiciera más respetable la justicia."

Se supervisaba la honestidad de los funcionarios judiciales, según datos aportados por Antonio de Solís²⁴: "Castigábase con pena de la vida la falta de integridad de los ministros, sin que se diese culpa venial en los que servían oficios públicos, y Moctezuma puso en mayor observancia esta costumbre haciendo diligencias para saber cómo procedían, hasta examinar su desinterés con algunos regalos ofrecidos por mano de sus confidentes: el que faltaba en algo a su obligación moría por ello irremisiblemente... pero no se puede negar a los mexicanos que tuvieran algunas virtudes morales y particularmente la de procurar que se administrara con rectitud aquel género de justicia que llegaron a conocer..."

El historiador mexicano Alfredo Chavero²⁵ alude al Chinancalli, que era un dignatario elegido en el calpulli. Para poder ser electo requería ser vecino del calpulli y pertenecer a la clase principal. Su cargo era vitalicio y además hereditario. Sus funciones consistían en la supervisión y defensa de las tierras del calpulli: "...sólo iban a hablar ante los jueces en defensa de los vecinos de su calpulli."

²⁴LÓPEZ, 1973: p. 178.

²⁵RIVA, 1962: p. 638.

Otra institución azteca era la del Tlatocan²⁶ que era un Consejo o Senado, que intervenía en el gobierno, sobre todo mediante el desempeño de funciones administrativas, aunque en alguna de sus cámaras y en alguno de sus miembros había atribuciones judiciales.

El poder del soberano azteca se compartía con un funcionario denominado Cihuacóatl²⁷, cuya personalidad ha sido muy debatida por los historiadores, pues algunos suponen que tenían una autoridad igual al rey y sin su consentimiento no podía el monarca "disponer ni hacer nada en el gobierno". El Cihuacóatl "tenía grandes atribuciones judiciales y bajo este aspecto lo designan los cronistas con el nombre de Justicia Mayor".²⁸

Toribio Esquivel Obregón²⁹ " menciona el tlacatécatl, quien conocía de causas civiles y criminales; En las chiles sus resoluciones eran inapelables; En las criminales se admitía apelación ante el cihuacóatl. El tribunal del tlacatécatl se integraba, además de él, por otros dos ministros o ayudantes, quienes eran auxiliados, a su vez, por un teniente cada uno. Las sesiones las verificaban en la casa del rey.

"En cada barrio o calpulli había un teuctli o alcalde que sentenciaba en los negocios de poca monta; Investigaba los hechos en los de mayor importancia y daba cuenta diariamente con ellos al tribunal del tlacatécatl."³⁰

Para asuntos de mínima importancia, en cada barrio había funcionarios denominados centectlapixques, a quienes se les encomendaba la vigilancia y el

²⁶Idem. pp. 639-643.

²⁷Ibidem. pp. 643-650.

²⁸Ibidem. p. 652.

²⁹ESQUIVEL, 1984:p. 187.

³⁰Idem.

cuidado de cierto número de familias. En el orden judicial, se les encargaban los asuntos de cuantía mínima.

Nos ilustra Carlos H. Alba³¹ con excelentes datos complementarios:

— Los teuctli o jueces menores eran tantos, como barrios o calpulli había y cada uno limitaba su actuación a su respectivo barrio. Dependían directamente del Tlacatécatl, eran electos por los vecinos del barrio y duraban en su cargo un año. Conocían en primera instancia de los negocios civiles y penales de poca importancia que se suscitaban entre los pobladores del barrio de su jurisdicción. Acudían diariamente ante su superior a dar cuenta de sus negocios y a recibir órdenes.

— Bajo las órdenes de los teuctli estaban los Tequitlatoque o notificadores, encargados de hacer las citaciones y los Topilli, que efectuaban los arrestos. Las sentencias de los jueces menores podían ser apeladas ante el Teccalli o Teccalco, tribunal de primera instancia y que estaba integrado por un cuerpo colegiado de tres miembros, de los cuales el Tlacatécatl era el presidente.

— El Teccalli o Teccalco tenía varios funcionarios subordinados: El Achcautli, especie de alguacil mayor, encargado de hacer las citaciones y las aprehensiones; el Amatlacuilo o escribano, que se encargaba de llevar los protocolos escritos con jeroglíficos; el Tecpóyotl o pregonero, que daría a conocer las sentencias; y el Topilli, o mensajero.

— El Tlacxitlan era el Tribunal Superior, que estaba sobre el Tribunal de primera instancia. Estaba constituido por un cuerpo colegiado de cuatro miembros, cuyo presidente era el Cihuacóatl o Juez Mayor. Este tribunal conocía en segunda

³¹ALBA, 1949: pp. 25-26.

instancia de las apelaciones contra las sentencias dictadas en los negocios del orden penal por el Tribunal de Primera Instancia y de los negocios que se entablen con motivo del límite de tierras. Las sentencias dictadas por este Tribunal eran cosa juzgada.

1.1.2 Época colonial.

En la etapa histórica inmediatamente posterior a la conquista, rigieron en la Nueva España las disposiciones jurídicas peninsulares. Paulatinamente se emitieron disposiciones normativas para regir especialmente en la Nueva España. De esa manera, se fueron acumulando normas jurídicas locales que fueron desplazando a las de la Metrópoli, hasta el momento en que las reglas de los colonizadores se convirtieron en supletorias.

Eran tan numerosas las disposiciones emitidas para regir los nuevos dominios de la España colonial que, el día 4 de septiembre de 1560, el rey Felipe II ordenó, mediante cédula dirigida al virrey don Luis de Velasco para que se formara la colección de "cédulas y provisiones que hubiere". El oidor Vasco de Puga continuó el trabajo del primer encargado Alfonso Maldonado, quien dejó inconclusa su actividad de recopilación y de esa manera se logró la primera recopilación normativa que se conoció con el nombre de Cedulaario de Puga. El virrey Velasco mandó se imprimiera la obra de recopilación el día 3 de marzo de 1563.

Por su parte, el visitador Ovando formó una compilación de las leyes registradas en el Consejo de Indias. Las Ordenanzas de Ovando fueron firmadas por Felipe II el 24 de septiembre de 1571 y están formadas por 122 capítulos. En

ellas se establece que el Consejo de Indias es la suprema autoridad en gobierno y justicia de las Indias, al cual debían obedecer las autoridades coloniales.

Dadas las deficiencias que inicialmente tenía el Cedulaario de Puga y siendo que la compilación de Ovando era incompleta, el Consejo de indias encargó a Diego de Encinas la realización de una recopilación metódica de las leyes que regían a las Indias. La obra se concluyó en doce años, pero hubo defectos de método, al contener disposiciones derogadas y contradictorias.

Se insistió en el propósito recopilador y el licenciado don Fernando Jiménez Paniagua, ayudado por un cuerpo de escribientes, terminó la obra el 12 de abril de 1680 y el Rey Carlos II la aprobó el 18 de mayo del mismo año. La obra se imprimió con el nombre de Recopilación de Leyes de los Reinos de Indias y consta de nueve libros. Para los efectos de los antecedentes procesales, el libro más importante es el quinto, que trata: de la división de las gobernaciones, de los gobernadores, alcaldes mayores, sus tenientes y alguaciles, provinciales y alcaldes de hermandad, alcaldes y hermanos de la Mesta, alguaciles de las ciudades, escribanos, médicos y boticarios; Competencia de las diversas autoridades, pleitos, sentencias, recusaciones, apelaciones, primera y segunda suplicación, ejecuciones y residencias.

El 1 de agosto de 1524 se estableció, independiente del Consejo de Castilla, el "Consejo Real y Supremo de Indias". La jurisdicción de este Consejo abarcaba segundas instancias de los juicios que se iniciaban en Indias, o en asuntos que a ellas atañían. La jurisdicción era tanto civil como criminal. Preponderaba el procedimiento jurisdiccional. Se oía a las partes en pugna. Para desahogar el trabajo del Consejo se estableció que los apelantes debían

presentarse ante el Consejo dentro del término de ocho meses, bajo pena de caducidad.

El Consejo de Indias se ocupaba del procedimiento llamado juicio de residencia para exigir responsabilidad a los funcionarios. Separado un funcionario de su cargo, se publicaban pregones convocando a todos los que tuvieran algún agravio que el funcionario encausado les hubiese ocasionado. Conocía el Consejo de los juicios de residencia que se formaban contra virreyes, oidores y altos funcionarios coloniales, los cuales siempre eran sometidos a ella al terminar el plazo de su encargo.

Lamentablemente, la administración de justicia en la época colonial se deterioró en forma grave por la llamada "venta de oficios", sistema al que acudía la corona para remediar la precariedad del erario. El derecho a ser nombrado juez de la Casa de Contratación, a la muerte o remoción del actual propietario era de seis mil pesos. La compra de los oficios públicos o empleos se explica por el beneficio que producía el cobro de costas u honorarios por cada diligencia en que intervenía el funcionario y por las propinas, además del honor que era anexo al usufructo de dignidades.

Existía el recurso de fuerza que se hacía valer contra las autoridades civiles, quien creía tener derecho a que conocieran del caso las eclesiásticas y viceversa. Tenía jurisdicción para conocer de él el Consejo de Indias.

Para el despacho de los negocios había en el Consejo tres relatores encargados de informar, en corto resumen, de los puntos sustanciales negocio; Debían informar si estaban en regla los poderes, si había defectos sustanciales. También los escribanos daban cuenta al Consejo de los asuntos de la

competencia de éste, en los asuntos de justicia. Los escribanos, por ley, eran los encargados del ramo de justicia.

Los pueblos de indios que estuvieren sujetos a encomienda estaban bajo la jurisdicción de los corregidores o alcaldes mayores. Una institución más antigua que los de los corregidores y alcaldes mayores fue la de los alcaldes ordinarios electos por los pueblos. Por el aumento de poderío real se nombraron los corregidores que se sobrepusieron a aquéllos. Se estableció que los alcaldes ordinarios, una vez electos, entraran en sus funciones, aun cuando existieran gobernadores, corregidores o alcaldes mayores.

Las funciones judiciales de los alcaldes referían a la primera instancia, en negocios de españoles; También conocía de los de españoles e indios.

La Audiencia dirimía las cuestiones de jurisdicción entre alcaldes. Las apelaciones de las sentencias pronunciadas por los alcaldes ordinarios eran de la competencia de los alcaldes mayores, y, no habiéndolos, de la Audiencia.

La Primera Audiencia se rigió por las Ordenanzas de 20 de abril de 1528, que fueron muy compendiadas, pero se ocupaban de lo relativo a la función judicial. Se señala la ciudad de México para residencia del presidente y oidores y el lugar donde habían de oírse los litigios. Todas las cartas, provisiones y ejecutorias habían de darse con el título y sello del rey. Las apelaciones contra las órdenes de los gobernadores, alcaldes mayores o justicias de Nueva España, cabo de Honduras, Hibueras, Guatemala, Yucatán, Cozumel, Pánuco y Florida habían de hacerse ante la Audiencia. A la Audiencia se le dio jurisdicción civil y criminal de primera instancia en cinco leguas a la redonda de la ciudad de México. En la Audiencia los asuntos se resolvían por mayoría de votos, siendo necesarios

por lo menos tres para formar sentencia. Los abogados, procuradores y relatores, antes de ejercer su profesión, u oficio, debían ser examinados por la Audiencia

Para resguardar mejor los intereses de la Corona, se designó la Segunda Audiencia y la cédula de 12 de julio de 1530 contenía las instrucciones de la Segunda Audiencia. Las sentencias en negocios de mil quinientos pesos o menos no eran apelables, sino sólo revisables por súplica y la sentencia se ejecutaba sin ulterior recurso en materia civil; En los negocios de cuantía superior a la indicada, se admitía el recurso de apelación ante el Consejo de Indias. La Audiencia conocía en grado de apelación de las sentencias pronunciadas por las justicias de la ciudad de México y las de otros lugares de las provincias de su jurisdicción, y en primera instancia en cinco leguas alrededor de la ciudad de México.

Las facultades de las Audiencias de Indias excedían a las que les eran propias en España. La Audiencia era cuerpo consultivo del gobierno, ya que estaba fijada por ley la obligación de los virreyes de consultar con ella los negocios arduos de gobierno. Por ausencia del virrey y en caso de muerte, gobernaba la Audiencia. También la Audiencia era cuerpo legislativo en cuanto a que tenía la facultad de revisar y aprobar las ordenanzas que se dieran las poblaciones. A través de la disposición general denominada Real Acuerdo daba las leyes necesarias para el buen gobierno de la tierra. La Audiencia, constituida en Acuerdo, presidida por el virrey, era el cuerpo legislativo supremo del reino, sus determinaciones en tales casos se llamaban autos acordados.

Por cédula real de 13 de febrero de 1548 se fundó la Audiencia de la Nueva Galicia, con residencia en la ciudad de Compostela, después en Guadalajara.

El título 24 del libro 2 de la Recopilación establecía como requisito para ser admitido como abogado ante la Audiencia, ser examinado por la misma. Para ser admitido a examen el pretendiente debía tener cuatro años de pasantía después de haber recibido el bachillerato. Ningún escrito se admitía en la Audiencia si no se suscribía por un abogado. Los honorarios de los abogados eran fijados en aranceles aprobados por la Audiencia.

Había otros tribunales como el Juzgado de Bienes de Difuntos que conocían de las herencias cuando fuera público y notorio o constara por diligencias judiciales que los herederos estaban ausentes en provincias de Ultramar, de España o de sus otros dominios. No tenían jurisdicción en herencias de indios. El Consulado de México, como el de algunas poblaciones españolas, conocía de los pleitos entre comerciantes y sobre mercaderías. Los mineros constituyeron el Real Tribunal de Minería con inhibición de los jueces comunes para todo lo concerniente al gremio. El Protomedicato ejercía jurisdicción sobre los asuntos de su instituto. El Ayuntamiento ejercía jurisdicción en los ramos de policía que le eran propios.

1.1.3 Época independiente.

La consumación de la Independencia, como es natural, no implicó la sustitución automática de la legislación española; Ésta subsistió hasta que gradualmente fue sustituida por legislación mexicana.

De manera expresa, la Ley de 23 de mayo de 1837 le dio vigencia a las leyes españolas, en cuanto no pugnaran con las instituciones nacionales.

El primer ordenamiento de procedimientos civiles fue la Ley de Procedimientos de 4 de mayo de 1857, expedida por el Presidente Comonfort. A

pesar de tener 181 artículos no es un verdadero código. Tiene disposiciones propias de una ley orgánica de tribunales, normas de derecho procesal civil y algunas disposiciones de la materia procesal penal. Está fundamentada en el Derecho Procesal español.

Con reconocida inspiración en la ley española de 1855, se expidió el Código de Procedimientos Civiles de 9 de diciembre de 1871, ordenamiento que ya puede considerarse como un código completo.

El código antes mencionado fue sustituido por el Código de 15 de septiembre de 1880, cuya exposición de motivos fue redactada por el jurista mexicano José María Lozano, de prestigio reconocido. Sin embargo, este código de 1880 se limitó a implantar el código anterior con algunas reformas, aclaraciones y adiciones, pues no hubo cambio de esencia, de manera que subsiste la influencia de la ley española de 1855.

El 15 de mayo de 1884 se publicó un nuevo código que antecedió al vigente de 30 de agosto de 1932, para el Distrito Federal. El Código Civil de 1928 para el Distrito Federal, que entró en vigor en 1932, aceleró la necesidad de expedir el vigente Código de Procedimientos Civiles.

En lo que atañe a la legislación federal, estuvieron en vigor los códigos de 6 de octubre de 1897 y de 26 de diciembre de 1908. El 31 de diciembre de 1942 se expide el actual Código Federal de Procedimientos Civiles, que entró en vigor el 27 de marzo de 1943.

1.2 Objeto de la función judicial.

Podemos decir que, de manera general, el principal objeto de la función judicial es la resolución de conflictos jurídicos ya que garantiza la Paz Social, uno

de los fines del derecho. Sin embargo, la resolución de conflictos se sujeta a todo un proceso con diversos procedimientos que tienen un objeto específico. En palabras del maestro Francesco Carnelutti³² quien nos dice:

“Si lo que hace la parte es fundamentalmente demandar, lo que fundamentalmente hace el oficio es proveer. Pero entre el demandar de la una y el proveer del otro, bien se comprende que se interponga una actividad preparatoria”. De lo anterior se desprende que así como la actividad de las partes no se agota con la demanda, sino que se prosigue más allá de ella con la instrucción, así también la actividad del oficio no se inicia con el proveimiento, al que llega a través de unas etapas que una elemental observación permite establecer, a todas luces hace falta:

- Que el oficio oiga a las partes;
- Que inspeccione las pruebas;
- Que aprecie las pruebas;
- Eventualmente, que interprete las manifestaciones de voluntad;
- Sólo después de ello está en condiciones de proveer.

Las 5 actividades anteriores son las fases de su actividad primaria, pero también existen algunas formas de actividad secundaria, como:

- 6o. A la documentación;
- 7o. A la notificación y, eventualmente;
- 8o. A la publicación de algunas actuaciones del proceso;
- 9o. Por último, a la custodia de personas y de cosas, y

³² CARNELUTTI, 2000: pp. 221-237.

- o 10. Al registro y contabilidad.

1.3 Sujetos de la función judicial.

1.3.1 Órganos judiciales.

La función judicial la realiza, indiscutiblemente un órgano judicial, sin embargo coincidimos con diversos autores quienes manifiestan que el órgano jurisdiccional no solo está compuesto por un juez o jueces, ya que es prácticamente imposible que una sola persona desempeñe de manera total la loable labor de impartición de justicia, existen diversos protagonistas . Dentro de un proceso civil el órgano judicial es considerado como parte del mismo, aun y cuando en el desarrollo del mismo es considerado como rector del proceso. De ahí que sea, a un tiempo, como suele decirse, parte y oficial. Ahora bien, si se piensa que la función judicial no se ejerce sino mediante una actividad humana, se propendería a decir que órgano judicial tiene que ser un hombre. Pero basta una observación sencilla para poner en duda semejante deducción: Quien considere el desenvolvimiento de un proceso ante un tribunal o ante una Corte de apelación, advertirá que la actividad de que resulta el ejercicio de esta función no proviene de un hombre solo; Los jueces son con frecuencia más de uno y, además, junto a ellos están otros hombres que hacen otras cosas, las cuales forman parte de la propia función: In primis, el proyectista y los secretarios, quienes indudablemente se convierten en la mano derecha del Juez o, en su caso, jueces. En efecto, es doctrina común que el órgano judicial es el tribunal o el pretor, no el juez singular, o en términos más generales, el oficio y no el oficial.

Para poder entender cabalmente lo antes expuesto, consideramos necesario el profundizar y analizar concienzudamente en su alcance económico y

jurídico la idea plasmada. La explicación económica del mismo debe buscarse en el principio de la colaboración. Las existencias de la administración de justicia, con tanto más motivo en una sociedad tan compleja como la que constituye la materia del Estado moderno, no podría ser satisfecha si la función judicial fuese confiada a una sola persona. Las razones son esencialmente las siguientes:

-División del trabajo: Sería antieconómico que todas las fases de la función, tal como fueron descritas anteriormente fuesen ejercidas por la misma persona; En este sentido, se perfila, sobre todo, la distinción entre juez, proyectista y secretario judicial;

-Colegialidad: Porque la importancia de algunos cometidos de la función judicial puede determinar la conveniencia de hacerlos desempeñar por varias personas a la vez;

-Continuidad de la función: Puesto que no pudiéndose garantizar que en un proceso intervenga desde el principio al fin un mismo juez, proyectista o secretario, es necesario admitir que otra persona continúe la tarea de otro y de ese modo colabore con él en sucesión temporal;

-Es menos fácil la explicación jurídica: Decir que órgano es el oficio y no el oficial, suscita, por lo menos, el problema de saber qué es el oficio. Este es también un punto acerca del cual la única dificultad deriva de la ambigüedad de la palabra: Oficio, es un vocablo que se emplea, tanto para indicar la función (lo que se hace), como para expresar el órgano (quien lo hace); Y a esta doble significación trasciende, en mayor medida de lo que se cree, una incertidumbre del concepto, que se manifiesta, precisamente, en la confusión del órgano con la función. Por el contrario, el camino para aclarar esta noción, de importancia capital para todo el

derecho público, es justamente el de mantener diferenciados los dos aspectos, objetivo y subjetivo y por ello, cuando se trata de definir el oficio como sujeto, de recordar bien que quien hace ha de ser, más que un elemento esencial con existencia real, un elemento esencial compuesto de hombres, porque nadie más que el hombre puede desplegar la actividad necesaria para su ejercicio. Por otra parte, tampoco se ha de confundir el oficio con el oficial.

1.3.2 Órganos mixtos.

La función judicial, como mencionamos anteriormente, es una función de carácter público, ejercido por órganos imparciales denominados Jueces, que resuelven conflictos de relevancia jurídica mediante la aplicación del derecho preexistente con autoridad de Cosa Juzgada.

Se produce, sin embargo, aunque raramente, el fenómeno contrario, o sea el de que funciones judiciales se confíen a hombres cuyo cometido principal no es judicial. Es a ellos a los que damos el nombre de órganos mixtos:

-El Congreso de la Unión en términos del artículo 73, fracción XXII de nuestra carta magna en donde se les faculta para conceder amnistías por delitos cuyo conocimiento pertenezca a los tribunales de la Federación y que, a criterio del autor, interfiere con la función judicial sin ser propiamente un órgano jurisdiccional.

-El capitán del puerto en términos del artículo 9, fracción IX de la Ley de Navegación y comercio marítimos, donde se le atribuye actuar como auxiliar del Ministerio Público.

1.3.3 Órganos para-judiciales.

Existen cometidos afines al judicial, a los que están adscritos órganos especiales, que hay que tener en cuenta en una sistematización completa de los

elementos del proceso, aunque no sea más que para diferenciarlos de los verdaderos órganos judiciales. Francesco Carnelutti los denomina “órganos para-judiciales”.

La primera de las funciones en que según este punto de vista se piensa, es la conciliación. El centro estatal de Justicia Alternativa y Restaurativa del poder judicial del Estado de Michoacán de Ocampo es el ejemplo más claro que tenemos de un órgano para-judicial, que sin ejercer propiamente una función judicial, su principal propósito es el de evitar que los conflictos lleguen a juicio. La importancia de la conciliación y mediación se ve reflejada en los efectos positivos que ha tenido los últimos meses, tal es el caso que la mayoría de los asuntos contenciosos pasan por estos mecanismos alternativos de solución de controversias (MASC), que se regula incluso en ciertos códigos verbigracia el Código Familiar para el Estado de Michoacán de Ocampo en sus artículos 268 y 269, donde se puede llevar un convenio previo para acordar ciertas prestaciones y evitar que se ventilen en el Juicio oral.

1.3.4 Jueces y magistrados.

Los órganos de la función jurisdiccional son los juzgados y tribunales. Los titulares de estos órganos se denominan jueces y magistrados. La denominación de juez se emplea generalmente para designar al titular de un órgano jurisdiccional unipersonal; La de magistrado, para designar al miembro de un órgano jurisdiccional colegiado. Sin embargo, en ocasiones, se emplea la palabra magistrado aplicándola a los jueces que ostentan las categorías superiores de la organización judicial del país. Estos funcionarios reciben también, en México, la denominación de ministros (los de la Suprema Corte de Justicia).

El valor del elemento personal, que en todo servicio público reviste máxima importancia, lo tiene fundamentalmente en lo que afecta a las unciones de orden judicial, en las cuales el factor moral influye de una manera decisiva.

Se ha dicho que, puestos en el trance de elegir entre una buena legislación o un buen juez, sería lo discreto preferir lo segundo. El buen juez suple todas las deficiencias legales, mientras que una legislación perfecta, en manos de funcionarios de formación moral e intelectual deficiente, perdería la mayor parte de su eficacia. De aquí la importancia del problema de la formación y selección de la magistratura. Las cuestiones que éstas presentan no son sólo técnicas, sino también políticas y morales.

Una buena administración de la justicia sólo puede esperarse de un buen cuerpo de magistrados. Aunque la organización judicial y el procedimiento constituyan factores desde luego, importantes, para alcanzar los resultados de una correcta aplicación judicial del derecho, sólo las cualidades inherentes a una magistratura preparada y honesta, consciente de su altísima misión, pueden garantizarla de una manera plenamente satisfactoria.

1.4 Formación y selección de jueces y magistrados.

Formación y selección del personal judicial son dos cuestiones distintas, aunque encaminadas a un mismo fin.

La formación está a cargo de las Universidades, por medio de sus Facultades o Escuelas de Derecho, puesto que el requisito esencial para formar parte del cuerpo de jueces a los que el Estado entrega la tarea de administrar justicia, es el de estar en posesión del título de licenciado en derecho. Por ello se ha podido decir, exactamente, que la Universidad tiene una extraordinaria misión

que cumplir a este respecto, pues la formación del juez jurista está prácticamente en sus manos.

La preparación de los jueces está siempre en relación con el estado de la enseñanza universitaria del derecho.

Se considera que el ingreso en un cuerpo de jueces y magistrados puede responder, teóricamente, a cualquiera de los sistemas siguientes:

-Elección (Suiza, Estados Unidos, Rusia); En España se dispuso el nombramiento en esta forma para los jueces municipales, por vía de ensayo (decreto de 8 de mayo de 1931, convalidado por ley de 30 de diciembre del mismo año), pero se rectificó pronto en vista del fracaso del procedimiento (ley de 27 de junio de 1934).

-Nombramiento por el jefe del Estado (monarquías absolutas).

-Nombramiento por el Poder Legislativo.

-Nombramiento por el Poder Ejecutivo, libremente (Inglaterra), previa propuesta de los órganos superiores judiciales y administrativos (Bélgica), previa oposición (España).

-En nuestra legislación mexicana, propiamente en Michoacán, el artículo 8 de la Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado establece todo un procedimiento de selección:

“Artículo 8. Para la elección de los Magistrados, el Consejo realizará la evaluación de los aspirantes e integrará y enviará al Congreso la propuesta mediante el procedimiento siguiente:

I. Publicará convocatoria abierta en el Periódico Oficial, en el portal de internet del Poder Judicial y en un diario de circulación estatal que contendrá lugar, fecha, plazos, términos y requisitos para el proceso de selección;

II. Los nombres de los aspirantes registrados serán publicados en el portal de internet del Poder Judicial y en un diario de circulación estatal, a efecto de que cualquier persona, por el término de tres días hábiles, de manera respetuosa, formule y haga llegar al Consejo observaciones sobre los participantes, acompañando las pruebas que acrediten su dicho;

III. Los aspirantes deberán someterse a evaluación de eficiencia y competencia, que realizará el Consejo, la cual consistirá en exámenes, escritos u orales sobre los aspectos que con más frecuencia se somete a conocimiento de los juzgadores, considerando problemas, normativa, jurisprudencia y cuestiones doctrinales aceptadas generalmente; así como resolver un caso práctico, atendiendo a las soluciones posibles y resultado;

IV. El Consejo garantizará que quienes califiquen el examen, no conozcan la identidad del aspirante evaluado; y,

V. El Consejo remitirá al Congreso la lista, acompañada del expediente debidamente foliado y pormenorizado de cada aspirante evaluado, en el que se incluirá la documentación que acredita el cumplimiento de los requisitos constitucionales, el examen practicado y su resultado, para que éste designe de entre los tres con más alta calificación.”

La elección de uno u otro sistema responde a las tradiciones de cada país, a su grado de desenvolvimiento político, a su situación social y económica, etc., no a consideraciones puramente doctrinales.

CAPITULO 2
LA JURISDICCION VOLUNTARIA

2.1 Origen de la jurisdicción voluntaria en el Derecho Romano.

En el Digesto de Justiniano³³, al establecerse la regulación que existía en el Derecho romano, respecto al ministerio del procónsul, se precisa por Ulpiano que dicho funcionario no puede ejercer su potestad más allá de la providencia que tiene asignada. Esta es la regla general. La excepción es la jurisdicción voluntaria: Los cónsules pueden actuar fuera de su jurisdicción, en cualquier lugar, en materia de jurisdicción voluntaria, Así se deriva de la máxima de Marciano:

“Todos los procónsules tienen jurisdicción tan pronto como hubieren salido de Roma, pero no contenciosa, sino voluntaria, de modo que ante ellos pueden manumitirse tanto hijos como esclavos para celebrase adopciones. En cambio, ante el legado del procónsul nadie puede manumitir, porque no tiene tal jurisdicción”³⁴

Analizando el texto de esta máxima romana nos damos cuenta que no solo menciona la jurisdicción voluntaria, demostrando lo arcaico de la institución, sino hasta ejemplifica algunos casos de jurisdicción voluntaria, como lo es: la manumisión de hijos y esclavos y la adopción.

El autor Eugéne Petit³⁵ coincide con este criterio al decir que el interés de distinguir entre la jurisdicción contenciosa y la jurisdicción voluntaria, en el Derecho romano, derivada de que, en un caso de jurisdicción contenciosa no podía intervenir, pero si podía hacerlo en un asunto de jurisdicción voluntaria:

Un magistrado no podía hacer acto de jurisdicción contenciosa, es decir, juzgar ni para él ni para las personas de su casa: su mujer, sus hijos y sus

³³JUSTINIANO, 1968: p.78.

³⁴Idem.

³⁵Op. Cit. p. 614.

manumitidos. Ocurría lo contrario para los actos de jurisdicción graciosa podía emancipar el mismo a su hijo y manumitir a sus esclavo;

El magistrado solo podía hacer un acto de jurisdicción contenciosa en el límite territorial de su competencia y en su tribunal: Pero tenía el derecho de realiza en todos los lugares los actos de jurisdicción voluntaria.

2.2. Concepto de jurisdicción voluntaria.

Creemos fervientemente que, en el lindero entre la función jurisdiccional y la administrativa, está la llamada jurisdicción voluntaria; La cual, aun siendo, como veremos en seguida, función sustancialmente administrativa, es subjetivamente ejercida por órganos judiciales, y por eso se designa tradicionalmente con el nombre equívoco de jurisdicción, si bien acompañado con el atributo de voluntaria que tiene la finalidad de distinguirla de la verdadera y propia jurisdicción, la cual, a su vez, se designa, en tal contraposición, como jurisdicción contenciosa. La jurisdicción voluntaria (que acaso deriva su nombre tradicional de la función, un tiempo atribuida a los jueces, de documentar, como hacen hoy los notarios, los acuerdos entre contratantes, inter volentes) constituye uno de los casos más típicos del fenómeno, ya recordado más arriba, por el cual, órganos constituidos para ejercer una de las tres funciones de la soberanía, ejercen, por excepción, funciones que sustancialmente pertenecerían a una de las otras dos funciones existentes: Aquí, en el caso de la jurisdicción voluntaria, los actos realizados por el órgano judicial, que por razones subjetivas deberían calificarse de jurisdiccionales, son administrativos por su fin y por sus efectos. En consecuencia, la contraposición entre jurisdicción voluntaria y jurisdicción contenciosa tiene este significado: que sólo la jurisdicción llamada contenciosa es jurisdicción, mientras la

jurisdicción llamada voluntaria no es jurisdicción, sino que es administración ejercida por órganos judiciales.

De acuerdo al contenido de la jurisdicción voluntaria, se ubica dentro de la rama más vasta de la función administrativa que se suele llamar, administración pública del derecho privado y que comprende todas aquellas actividades con las cuales, en diversas formas y a través de órganos variados, el Estado interviene para integrar la actividad de los particulares dirigida a la satisfacción de sus intereses mediante el desarrollo de las relaciones jurídicas. Para poder lograr lo anterior, el Estado reconoce a los particulares un cierto campo de autonomía dentro del cual puede desarrollarse su poder negocial, siendo esto, el poder de crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas mediante declaraciones de voluntad; Pero mientras, en algunos casos, basta la voluntad de los interesados, manifestada en ciertas formas, para producir los efectos jurídicos deseados, en otros, el efecto no puede producirse si la voluntad de las partes no es integrada con la intervención de un órgano del Estado, el cual, ya sea limitándose a una simple verificación de legalidad o también, en ocasiones, entrando a examinar la oportunidad del acto con criterios discrecionales, obra como colaborador de los particulares para producir del efecto jurídico deseado por ellos y, por consiguiente, para la satisfacción de los fines que los particulares, a través del negocio, se proponen. Esta administración pública del derecho privado puede ser ejercida por autoridades pertenecientes, también orgánicamente, al ordenamiento administrativo (se puede pensar en la intervención del oficial del registro civil en lo concerniente a las actas de nacimiento, reconocimiento de hijos, adopción, matrimonio, sociedad de convivencia, divorcio administrativo y defunción de los

mexicanos y extranjeros residentes o de tránsito en el Estado, así como cuando se inscriben las ejecutorias que declaren la ausencia, la presunción de muerte, el divorcio judicial, la nulidad de matrimonio, disolución de sociedad de convivencia, la tutela o que se ha perdido o limitado la capacidad legal para administrar bienes y las sentencias que ordenen el levantamiento de una nueva acta por la reasignación para la concordancia sexo-genérica. necesaria para la conclusión del matrimonio, artículo 22 del Código Familiar para el Estado de Michoacán; o en la del Registrador de la Propiedad, necesaria para la publicidad frente a terceros, artículo 1558 bis del Código Civil para el estado de Michoacán); Pero, en determinados casos, la misma, sin que por ello cambie su naturaleza, se confía, por razones de conveniencia práctica o de tradición histórica, a los órganos judiciales y entonces torna el nombre de jurisdicción voluntaria. Por ende, para definir de manera más acertada, jurídicamente hablando, a la jurisdicción voluntaria, defendemos que es la administración pública del derecho privado ejercida por órganos judiciales.

Hasta donde esta actividad, aunque ejercida por órganos judiciales, difiere de la verdadera y propia jurisdicción, se puede demostrar, mejor que con una completa enumeración de todos los casos en que la misma se puede manifestar, con una breve ejemplificación de algunos casos didácticamente típicos. El padre que representa al menor no puede válidamente realizar en nombre del hijo los actos que excedan de la simple administración, por ejemplo, la enajenación de un inmueble perteneciente al hijo, ya que de acuerdo al artículo 1203 del Código Familiar para el Estado de Michoacán establece:

“Será necesaria licencia judicial para la venta de los bienes que pertenezcan a menores de edad y personas con discapacidad que correspondan a alguna de las clases siguientes:

- *Bienes raíces;*
- *Derechos reales sobre muebles;*
- *Derechos de copropiedad;*
- *Alhajas y muebles preciosos; y,*
- *Acciones o partes sociales de sociedades civiles o mercantiles y títulos de renta.”*

En este supuesto establecido, a fin de que pueda llevarse a cabo en interés del menor un negocio de derecho privado, es necesario que la voluntad del padre sea integrada por la voluntad de un órgano judicial.

Nos resulta evidente que, la finalidad de la colaboración Estado-actividad negocial de uno o varios interesados concordantes (en formas diversas, que correspondan a tipos de actos administrativos conocidos por la doctrina: autorizaciones, aprobaciones, certificaciones, etc.), no es la de garantizar la observancia del derecho en el sentido antes visto (función judicial), sino la de la mejor satisfacción, dentro de los límites del derecho, de aquellos intereses privados a los cuales se refiere la relación o situación jurídica que la intervención de la autoridad judicial sirve para constituir o para modificar. La jurisdicción voluntaria entra, por consiguiente, en la actividad social, no en la actividad jurídica del Estado; También para ésta, lo mismo que para la actividad administrativa, el Derecho no es fin sino medio, que sirve para la satisfacción de otros fines, esto es,

para la constitución de nuevas relaciones correspondientes a intereses sociales dignos de especial asistencia.

Aunque orgánicamente ejercida por jueces, la jurisdicción voluntaria se distingue prácticamente de verdadera jurisdicción también por la diversidad de los procedimientos mediante los cuales la misma se ejerce; El Código de procedimientos civiles y el Código familiar, ambos para el estado de Michoacán, establecen un procedimiento especial y diferente de los asuntos contenciosos, en sus títulos decimoséptimo y título décimo tercero, capítulo II, respectivamente de cada código.

La característica común y esencial en todos los procedimientos de jurisdicción voluntaria consiste en la ausencia de litigio entre partes. Con acierto ha señalado Alcalá-Zamora que “en la jurisdicción voluntaria el litigio está ausente, a veces latente... pero nunca presente”. Por esta razón, las leyes procesales suelen disponer que cuando surja oposición de parte legítima, el procedimiento de jurisdicción voluntaria se dará por terminado y deberá iniciarse el respectivo juicio; Tal es el caso de nuestra legislación estatal en el Código de Procedimientos Civiles, al tenor de su articulado 1157, el cual me permito transcribir a continuación:

“Artículo 1157. Si a la solicitud promovida se opusiere alguno que tenga derecho para hacerlo, el negocio se hará contencioso y se sujetará a los trámites establecidos para el juicio que corresponda.

El Juez, al declarar contencioso el asunto, señalará un término de ocho días al opositor para que presente su demanda. Si no lo verificare dentro del término establecido, a petición del promovente, se declarará infundada la oposición y

continuarán las diligencias de jurisdicción voluntaria sus trámites.”

También la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia ha puntualizado que contra otras resoluciones pronunciadas en los procedimientos de jurisdicción voluntaria procede el juicio de amparo, como “actos fuera de juicio” (Tesis aislada [civil] 228602, Semanario judicial de la Federación, 8ª EPOCA, Tomo III, Segunda parte -1, Enero-Julio de 1989, página 431.

Otro rasgo común de estos procedimientos es la reformabilidad de las resoluciones que los juzgadores pronuncian a su conclusión, a diferencia de lo que ocurre con las sentencias que ponen término a los juicios, cuyo destino normal es la inmutabilidad que adquieren en virtud de la cosa juzgada. En este sentido, las leyes procesales suelen facultar al juez para variar o modificar las providencias que dicten con motivo de estos procedimientos, “sin sujeción estricta a los términos y formas establecidos respecto de la jurisdicción contenciosa”, cuando cambien las circunstancias en que se basó para dictarlas (artículo 1159 del Código de Procedimientos Civiles para el estado de Michoacán). Esto no significa que las mencionadas resoluciones carezcan de eficacia, ya que, como ha advertido Fix-Zamudio- siguiendo la distinción formulada por Liebman entre eficacia y autoridad de la sentencia-, “la eficacia de las resoluciones de jurisdicción voluntaria consiste en declarar o constituir una situación jurídica en beneficio de los solicitantes, en tanto que su autoridad, o sea la cualidad de tales efectos, se traduce en un estado preclusivo, el cual implica la inmutabilidad formal de tales efectos, en tanto no cambien los supuestos que le dieron origen”.

Ubicándonos propiamente en la doctrina procesal mexicana, podemos observar que predomina la orientación que niega la llamada jurisdicción voluntaria

carácter jurisdiccional. En este sentido, es comúnmente aceptada la afirmación de que la llamada jurisdicción voluntaria no es jurisdicción ni tampoco es voluntaria: No es jurisdicción, porque esta actúa, por definición, sobre un litigio y la voluntaria presupone, como lo hemos mencionado de manera reiterada, la ausencia del litigio; Tampoco es voluntaria, ya que los interesados recurren a ella porque así se los impone una disposición legal.

Defendiendo nuestra postura de tesis y, en el afán de aportar al tema, destacamos el carácter no jurisdiccional de estos procedimientos, y buscamos algunos autores que han propuesto diversas denominaciones (“procedimiento judicial no litigioso, ha sugerido Medina Lima), pero hasta ahora se suele conservar la designación tradicional; La reforma de 1980 a la Ley Federal del Trabajo introdujo la denominación “procedimientos para procesales o voluntarios”; Además de que un sector de la doctrina ha señalado la necesidad de trasladar el conocimiento de estos procedimientos a otros órganos del Estado, tal y como se propone en el presente trabajo, con el fin de concertar en los juzgadores exclusivamente la función jurisdiccional en sentido estricto (en este sentido opina Rascón Banda).

2.3. Importancia del proceso voluntario.

De manera integral hemos contrastado la naturaleza jurídica del proceso voluntario y el proceso contencioso. La reflexión sobre la importancia de conocer la naturaleza de estas jurisdicciones nos resulta una labor obligada.

Así como el estudio científico del proceso ejecutivo está más atrasado que el del proceso de ejecución y todavía más atrasado el del proceso cautelar, el proceso voluntario, bajo este aspecto, atrás de todos, de manera que,

vulgarmente, algunos autores consideran prudente llamarlo la cenicienta del proceso civil. Se ha hablado de ello algo; Pero casi exclusivamente para discutir si la jurisdicción voluntaria es o no es hermana de la jurisdicción contenciosa, y hay quien dice que sí y quien dice que no; Pero, después de todo, su cultivo científico se reduce a esto o poco más.

Si observamos de manera detenida, su importancia no es inferior a la del proceso contencioso; El desarrollo del proceso voluntario y los MASC pueden hacer frente victoriosamente al proceso contencioso, ya que percibimos que los conflictos que se llevan dentro del proceso contencioso siempre terminan con una sentencia que favorece o perjudica a una de las partes, no obstante, la jurisdicción voluntaria y los MASC pugnan por respuesta jurídica basada en la voluntad y comunión de los gobernados.

Aparentemente los índices de la litigiosidad están en disminución; Ciertamente, su disminución está en relación con el incremento de la civilización.

Ahora bien, la verdadera y gran utilidad del proceso voluntario es: Procurar, en vista del cumplimiento de un negocio, un juicio que excluya el riesgo de la desobediencia; Una utilidad que, precisamente porque la investigación científica no la ha puesto todavía en foco, no ha encontrado aún en el ordenamiento positivo su máximo desarrollo.

Se comprende que una garantía de conformidad con la ley para cualquier negocio no es posible, pero cuando los negocios comprometen intereses de particular importancia y sobre todo, pueden lesionar intereses ajenos, de manera que el riesgo de la desobediencia presenta mayor gravedad, la intervención del juez a los fines y con las formas del proceso voluntario es manifiestamente útil, por

no decir necesaria, para la tutela del orden social. A este respecto, llamo la atención del lector sobre la fórmula de la utilidad o de la necesidad, según la cual deben ser y son diversamente dosificadas las normas relativas al proceso voluntario, en el sentido de que alguna vez el juicio constituye un requisito para la eficacia del acto mediante el cual se desarrolla el negocio y, otras veces, por el contrario, la parte interesada puede pedirlo para garantizarse mejor contra los riesgos de su actividad jurídica.

2.4 La extensión del proceso voluntario.

Siendo el proceso voluntario un campo, en gran parte, inexplorado; Las ideas que presento en el presente deberían de servir, ante todo, para poder aplicarlas dentro de las diferentes ramas del Derecho.

La jurisdicción voluntaria tiene un campo de aplicación bastante amplio que, incluso, se han descubierto procesos voluntarios bajo la forma de procesos contenciosos en materia de capacidad y de estado familiar y, de otra parte, con la extensión del proceso voluntario a la materia del estado, patrimonial; En material laboral y agraria también se ha progresado en materia de jurisdicción voluntaria.

Es por eso que la extensión del proceso voluntario nos resulta interesante, y que su buena regulación otorgaría una seguridad jurídica más exacta que permitirá que el alcance y utilidad jurídica de este procedimiento crezca exponencialmente.

2.5 Clasificación del proceso voluntario.

El campo de acción del proceso voluntario es naturalmente más vasto que el del proceso contencioso y menos determinado; Es mucho más limitado, en

efecto, el concepto de la Litis que el del peligro de la desobediencia. Esta es la primera razón por la cual la teoría del proceso voluntario presenta mayores dificultades que la del proceso contencioso; Mientras es fácil reunir en un cuerpo las normas que regula el proceso contencioso, todas las normas relativas al proceso voluntario están dispersas en el dédalo de leyes civiles, laborales, agrarias, familiares, y sería necesario recorrerlo todo para poder señalar los casos en los cuales está prescrita la intervención del juez a fin de prevenir la injusticia y con ella el desacuerdo, esto es, la perturbación de la paz.

Necesitamos partir de la idea de que la vigilancia del juez es necesaria, o cuando menos oportuna, cuando se presentan condiciones, en vista de las cuales la falta de certeza y la desobediencia, que se puede obtener de ella, adquiere una particular peligrosidad. Esto ocurre principalmente en:

- a) En primer lugar, a propósito de la vida de la persona;
- b) En tercer lugar, a propósito de la capacidad; y
- c) En cuarto lugar, a propósito del estado de la persona.

2.5.1 Proceso voluntario por ausencia de la persona.

Consideramos que el proceso voluntario por ausencia de la persona es un tema central y de importancia muy alta ya que, a la postre, lleva a la presunción de muerte del ausente, y cualquier tema concerniente a la vida de una persona lo consideramos trascendental.

Y nuestra pregunta obligada es, ¿Qué es ausencia?; La ausencia es cuando se desconoce el paradero de una persona que dejó su lugar de residencia ordinario, sin dejar a algún apoderado; Bajo este fenómeno el juez debe de nombrar un representante que velara por los intereses del ausente y, en un plazo

de 6 meses, se puede pedir la declaración de ausencia de la persona. El procedimiento para la declaración de ausencia se encuentra regulado en TITULO DECIMOQUINTO, capítulo dos del Código Familiar para el estado de Michoacán; De acuerdo con el artículo 646 del Código Familiar para el Estado de Michoacán: *“Pueden pedir la declaración de ausencia las personas a que se refiere el artículo 629 de este Código. Dicho trámite se llevará en jurisdicción voluntaria.”*

La importancia que ha tenido este procedimiento en México es impresionante; Ya que los índices de desaparición en nuestro estado han ido en incremento durante los últimos años, de ahí se desprende la trascendencia de este proceso en nuestro país, y más en nuestro estado que está plagado de desapariciones forzadas en las que no se sabe en qué condiciones se encuentren los gobernados; Naturalmente, como es ya costumbre en nuestro estado, la declaratoria de ausencia de la persona a la postre culmina con la sentencia de presunción de muerte de un ausente y con la anotación respectiva en el registro civil por parte del oficial.

Es fácil comprender que cuando la falta de certeza se prolonga por un cierto tiempo, derivan de ello aquellos peligros de desorden que reclaman la función del proceso voluntario: aquí no hay ninguna Litis, pero los negocios que se deberían llevar a cabo sobre los bienes del ausente o que de una u otra manera exigirían la presencia de él, o quedan paralizados o corren el riesgo de cumplirse en modo no conforme a la ley. El peligro de injusticia en daño del ausente o, eventualmente, si él ha muerto, de los sucesores, es manifiesto; y, por consiguiente, la necesidad de adoptar remedios contra él: Tales remedios consisten en la intervención del juez a fin de poner a alguien en el lugar del ausente, invistiéndolo gradualmente de

poderes cada vez más libres para el cuidado de sus intereses hasta declarar su presunta muerte.

2.5.2 Proceso voluntario en cuanto a la capacidad de la persona.

Otro punto fino en el que se reclama la tutela e intervención del juez con la finalidad de que no se incurra en la desobediencia ni en el desorden, se refiere a aquel modo de ser de la persona, conocida como la capacidad de entender y de querer, traducido en la capacidad que tienen los gobernados para juzgar y de escoger. Tal capacidad puede ser eliminada o disminuida tanto por la edad no madura como por la enfermedad; Y el defecto o la disminución constituye peligro de desobediencia y de desorden, puesto que la obediencia supone capacidad de juzgar y de escoger. Esta capacidad natural es, como todos saben, el fundamento de la capacidad jurídica.

Ahora bien, la capacidad jurídica está regulada por la ley en razón de la edad y la salud psicológica (artículos 20 y 21 del Código Civil vigente para el estado de Michoacán); Empero, existen casos en los cuales conviene anticiparla, no obstante la edad no madura (emancipación; artículo 25 del Código Civil para el estado de Michoacán) y hay otros, en los cuales, y no obstante la edad madura, conviene en cambio quitarla (interdicción; artículo 22 del Código Civil para el estado de Michoacán). En tales casos corresponde al juez verificar si concurren las razones para anticipar o para quitar la capacidad jurídica de la persona.

Por otra parte, puesto que a los incapaces, a fin de que se provea a la tutela de sus intereses, se les asigna un denominado tutor (artículo 22 del código civil), cuyo oficio es celoso y está cargado de responsabilidad y mediante el cual podrán

ejercer sus derechos y contraer obligaciones, resulta oportuno confiar al juez la vigilancia en torno a su correcto y fiel ejercicio.

2.5.3 Proceso voluntario en materia de estado.

Según nuestra carta magna todos los ciudadanos tienen los mismos derechos y obligaciones, sin embargo, existen determinadas situaciones o hechos que afectan a la capacidad de las personas, incrementándola o limitándola, según sea el caso. Es por eso que precisamos encontrar las analogías y diferencias entre los conceptos de capacidad y estado de la persona.

Comenzando por la capacidad de goce, siendo la aptitud para ser titular de derechos y de obligaciones. Tiene un significado pasivo. Todo el mundo tiene capacidad jurídica desde que nace (antes se exigía que el nacido viviese 24 horas, desde el corte del cordón umbilical, para adquirir la personalidad jurídica; Ya no).

Por su parte, la capacidad de ejercicio es la que implica la posibilidad de participar activamente en el mundo del derecho y la vida en sociedad: desde hacer un contrato, trabajar, alquilar un piso, hasta ejercitar alguna acción ante un órgano jurisdiccional. Esta clase de capacidad ya no es la misma para todos, sino que dependerá de diversos factores, y especialmente del estado civil de la persona.

El estado civil puede definirse como la situación en la que se encuentra la persona respecto de su capacidad de ejercicio. Veamos los diferentes estados civiles y sus efectos jurídicos.

La edad constituye el estado civil básico. Desde el recién nacido, que puede ostentar derechos (heredar, tener un nombre, filiación respecto de sus progenitores), hasta la mayoría de edad. Por ejemplo:

Para poder adoptar el adoptante debe tener 25 años y, en todo caso, 17 más que el adoptado (Ley de Adopción del Estado de Michoacán).

El matrimonio también supone un cambio jurídico en la persona. Existirán bienes comunes y, en algunos casos, la obligación de responder de las deudas del matrimonio o del otro cónyuge. Y si, además, se tienen hijos, la cosa se complica, con la patria potestad y todos los deberes que tiene implícitos.

Otro estado civil, el tercero, lo da la nacionalidad. Aunque nuestro ordenamiento jurídico mexicano reconoce amplios derechos a los extranjeros, sólo los mexicanos nacidos en territorio nacional disfrutan al máximo de todas las garantías legales, así como de los derechos.

Cuando concurren determinadas circunstancias (enfermedades psicológicas, deterioro cognitivo de la persona) puede llegar a decretarse la incapacidad de una persona, que es un estado civil restrictivo. Se designará a un tutor o curador para que la asista y se limitarán los actos que pueda realizar por sí sola (votar, disponer de pequeñas cantidades de dinero, etc...).

Ahora, es necesario llegar a una pregunta obligada: ¿Por qué el crédito es una relación y la paternidad, en cambio, un status? La respuesta la encontramos en el elemento de estabilidad, como un elemento propio del status. La posición del acreedor se diría que es una posición ambulatoria, en comparación con la del padre. Pero ¿de qué depende la estabilidad? Evidentemente, la unión es el fundamento de la estabilidad.

No es difícil comprender, después de esto, que tal fenómeno reclama en modo particular la intervención preventiva del juez para el control de los actos de los cuales puede derivar la constitución, la modificación o la resolución de un

status: la desobediencia en este campo es singularmente peligrosa porque cada una de las relaciones comprendidas en el status está ligada a las otras de manera que el cambio de la una determina un cambio de la otra. Por ejemplo, un marido no puede separarse de su mujer sin que la separación repercuta sobre la posición de los hijos; Todavía más claro es el ejemplo sacado de la anulación del matrimonio. Igualmente, si un socio se separa de la sociedad retirando su cuota, cambia, la condición de la sociedad y con ella la condición de los socios; O si el acreedor de un empresario insolvente recupera enteramente su crédito, la posición de los otros acreedores queda deteriorada por ello.

2.5.4 Proceso de estado familiar.

El tipo más conocido del proceso de estado es el que se refiere al estado familiar; En particular, el proceso matrimonial y el proceso de filiación.

Sin embargo, nuestro Código familiar y la Ley de Adopción del estado para Michoacán integran el divorcio voluntario y la adopción con el procedimiento de jurisdicción voluntaria; A diferencia del divorcio sin expresión de causa que sigue sin diferenciarse de un proceso contencioso; Como hago mención, en el divorcio sin expresión de causa, no se ha advertido diferencia alguna entre ellos y el ordinario proceso contencioso; En tiempos recientes se ha comenzado a comprender alguna cosa, pero no se ha consolidado todavía su asignación a la categoría del proceso voluntario. Sin embargo, se deberá terminar también por reconocer que falta aquí la sustancia del proceso contencioso porque falta la Litis.

Es necesario precisar que, con la reciente reforma, el divorcio sin expresión de causa constituye un gran avance en materia familiar; ya que, consideramos que en el momento en el que la ley otorga, a cualquiera de los cónyuges, la facultad de

solicitar la disolución del vínculo matrimonial únicamente manifestando expresamente su voluntad de disolverlo (artículo 255 del Código Familiar para el estado de Michoacán), se entiende que es suficiente la pretensión de un cónyuge, dejando por un lado la resistencia del otro, si existiera, para seguir con el vínculo matrimonial, lo que sustancialmente no daría oportunidad a que existiera una Litis.

CAPITULO 3
EL NOTARIO PÚBLICO

3.1 Antecedentes.

La fuerza de las armas y la ley confluyen en la Conquista. Ambas llegan ... el primer desembarco de los españoles; aparece tanto el poder de los soldados, como la legalidad de los funcionarios de la justicia.

Con armas se logra la sumisión inmediata de la cultura existente, con la ley, se forma una estructura permanente que establece y mantiene una forma de vida. La conjunción de estos dos elementos, logra la consolidación de la conquista.

Desde el primer contacto del viejo mundo con el nuevo, los escribanos participaron como testigos relatores de los acontecimientos. Fue el escribano “de Ración” de los Reyes Católicos, Luis de Santangel quien intervino en las capitulaciones celebradas por los Reyes Católicos y Cristóbal Colón que propiciaron el descubrimiento del Nuevo Mundo. El escribano “de Escuadra” o del Consulado del Mar, Rodrigo de Escobedo dio fe de la toma de posesión de la isla de Guanani. Al regresar Colon a España lo deja como tercer sucesor para ocupar el gobierno de la isla “Española” donde continuó ejerciendo sus funciones de escribano que ejerció en América.³⁶

Fernández de Oviedo, en su crónica de la expedición descubridora de Juan de Grijalva, quien arribo a tierras mexicanas el 3 de mayo de 1518, nos relata como Diego de Godoy, escribano oficial, da fe de la toma de posesión de la futura Nueva España, Oviedo informa que a todo lo largo de la expedición de Grijalva y cuando la ocasión lo requería, Godoy siguió asentado autos de diversos sucesos que a Grijalva le interesaba quedaran debida y legalmente registrados.³⁷

³⁶Ibídem. p. 201.

³⁷FERNANDEZ, 1852: pp. 254-255.

En la conquista de México, Hernán Cortés concede un importante papel al escribano; es indudable que tenía conocimientos jurídicos y una idea clara de la escribanía; su paso por Salamanca y el trabajo que desarrollo como ayudante de escribano primero en Extremadura y después en Sevilla nos lo prueban.³⁸ Más tarde, en Santo Domingo solicita que se le nombre escribano del Rey pero, como carecía de influencia, su solicitud no fue atendida. Sin embargo, pronto se presenta una oportunidad, toma parte en una expedición militar para sofocar la rebelión de indios salvajes de Anacaona; el éxito de esa empresa le valió como premio una encomienda de indios y la escribanía de Azua.

Al fundar Diego Velázquez Santiago de Baracoa en 1512, en Cuba, Cortés tomo vecindad y obtuvo la escribanía de este lugar. A partir de esta fecha y hasta el año de 1519, Cortés alternó el oficio de escribano con actividades comerciales que hicieron aumentar en forma considerable su capital, que invierte en unión con Diego Velázquez en organizar la expedición de la Nueva España.

Bernal Díaz del Castillo en Historia verdadera de la Conquista de la Nueva España, nos relata el desembarco, de Cortés en las costas de Tabasco, en el río Grijalva y como al encontrarse con la actitud hostil de los aborígenes, ordenó a Diego de Godoy que en su carácter de escribano del Rey hiciera a los indios un requerimiento de paz, “y como todas las cosas quería llevar muy justificadas”, tomó posesión de esas tierras a nombre de los reyes castellanos, ante la fe del escribano, quién anotó todo lo acontecido.

A partir de este momento, el escribano está siempre al lado de Cortés. Ante él, consigue la instalación de un Ayuntamiento compuesto por Alonso Hernández

³⁸VALERO, 1965: pp. 11-18.

Puertocarrero, Francisco de Montejo, Cristóbal de Olid, Juan de Escalante, Gonzalo Mejía y Alonso de Ávila. Constituido el Ayuntamiento, primera autoridad española en la Nueva Española, Hernán Cortés presentó su dimisión del cargo que le había conferido Velázquez y fue nombrado capitán general del ejército, alcalde mayor y gobernador, dependiendo así directamente de los monarcas españoles. De inmediato hizo la fundación de la Villa Rica de Veracruz, ante el escribano del Rey, Diego de Godoy.³⁹

En su camino a Tenochtitlán, ante un escribano, los caciques de Zempoala dieron obediencia a sus majestades castellanas⁴⁰. Cuando se le enfrentaron los tlaxcaltecas como enemigos, Cortés nos relata que “les comencé a saber mis requerimientos en forma con las lenguas que conmigo llevaba, por ante escribano... y a amonestar y requerir la paz”. Posteriormente, aliado con los tlaxcaltecas, intenta pasar por Cholula y hace saber a los cholultecas la causa de su venida, apercibiéndolos “con un mandamiento firmado de mi nombre y de un escribano”, planteando de esa manera que si los naturales no obedecían serían sometidos en “guerra justa”.⁴¹

³⁹DIAZ, 1939: pp. 63-94.

⁴⁰DE LAS CASAS. Op. Cit. pp. 202.

⁴¹CORTÉS, 1520, “Segunda Carta de Relación”: pp. 46. Francisco Tomás y Valiente en su “Manual de Historia del Derecho Español”, explica: “Una... postura de raíz medieval era la que, reconociendo el poder temporal del Papa... admitía la concesión contenida en las Bulas de Alejandro VI como título suficiente para justificar el dominio del rey de Castilla en Indias. Esta línea argumental se mantuvo vigente incluso en la Junta de teólogos y juristas de 1512. En otra junta de 1513 se acordó como complemento justificativo del dominio y aun de la conquista violenta, redactar un “Requerimiento” ... y leérselos a los indios cuando se descubriera una tierra nueva haciéndoles ver que el Papa había entregado las Indias al rey de Castilla y que ellos, los indios, debían obedecer al Papa y someterse al rey. En caso de que los indios se negaran a acatar tan convincente requerimiento se les podía legítimamente ya someter a la fuerza. Esta doctrina se basaba en muy conocidas opiniones del canonista del siglo XIII Enrique de Susa, cardenal de Ostia, (“el ostiense”). La doctrina del requerimiento se practicó en vivo con los indios en 1513 y años sucesivos”.

Al conseguir el Vasallaje de Moctezuma a Carlos V pasando ante la fe del escribano Pedro Fernández “que lo asentó por auto en forma y yo le pedí así por testimonio en presencia de muchos españoles”⁴², quedo consumada la incorporación del imperio azteca a la corona de Castilla como uno de sus reinos integrantes y sujetos a la legislación vigente, en todo aquello para lo que no hubiere disposición expresa del Derecho Indiano.⁴³

En la historia de la Nueva España el escribano estuvo omnipresente. Como afirma Silvio Zavala: “Los españoles que, colonizaron México desde el siglo XVI no realizaron acto alguno, inclusive el primordial de tomar posesión de la tierra, sin que un escribano o testigo dejara constancia del mismo. Gracias a ellos se anotó y conservo para generaciones posteriores información sobre la conquista, las fundaciones de las ciudades, la organización de la iglesia, el comercio, la navegación y la vida de los indígenas”.⁴⁴

A medida que la penetración en el continente se va realizando y surgen los primeros asentamientos permanentes, los escribanos reales multiplicaban sus funciones. Ejercen como escribanos públicos, escribanos de cabildo y escribanos de Gobierno.

Las primeras autoridades, gobernadores, adelantados y capitanes generales estaban investidos de poderes judiciales y gubernativos por lo que los escribanos documentaban todos los negocios que surgían en el desempeño de sus atribuciones sin distinción de materias. Pronto se constituyeron los escribanos de cámara con fundaciones específicas de atender la parte burocrática de los

⁴² CORTES. óp. Cit. p. 48.

⁴³ TOMAS, 1979: p. 330.

⁴⁴ ZAVALA, 1953: p. 27.

procesos, redactar y refrendar los documentos que, bien, a nombre de los reyes o a nombre propio, emanaran en asuntos judiciales exclusivamente de los funcionarios del juzgado.

Algunos de estos intentos iniciales de los conquistadores en la organización de la vida novohispana quedaron registrados en las Actas de Cabildo de la Ciudad de México. La primera nos relata la sesión celebrada el 8 de marzo de 1524 ante el escribano del Ayuntamiento oriundo de Tordesillas, Francisco de Erduña donde “en las casas del magnífico señor Hernando Cortes Gobernador y Capitán General de esta Nueva España... estando presentes los señores regidores de ella viendo y platicando las cosas del Ayuntamiento o complideras al bien público y dieron sus peticiones para pedir solares”.⁴⁵ En el acta de 26 de Julio de 1525 ante Diego de Ocaña, escribano público de la ciudad de México, se establece el arancel de las ventas o posadas de la Nueva España.⁴⁶

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 los siglos pasados.

Una vez establecido el importante papel del escribano en la vida novohispana es necesario precisar los antecedentes de esta profesión, sus

⁴⁵“Actas de cabildo de la Ciudad de México”, libro 1. P.6

⁴⁶Ibidem. p. 48.

funciones y las diferentes clases que la integraban. España tuvo escribanos desde tiempos muy remotos y sus funciones fueron desempeñadas por el clero hasta que Alfonso X hizo del notariado una profesión distinta de las demás del Estado, señalándole sus atribuciones y el modo de ejercerla, así como los honores y prerrogativas que correspondían a los que lealmente la sirviesen y desempeñasen. A partir de entonces, los escribanos fueron considerados funcionarios públicos y recibieron la misma denominación con que eran conocidos en la legislación romana.⁴⁷

El “rey Sabio”, en el Fuero Real, establece como facultad exclusiva del monarca la designación de escribanos, así como el fijar su número en las poblaciones. En las Siete Partidas nos da una definición completa de ellos: “Tanto quiere decir como ome sabidor de escribir: e son dos maneras dellos; los unos que escriven previllejos e los actos de casa del Rey; e los otros, que son escrivanos públicos, que escriven las cartas de las vendidas e de las compras, e los pleytos, las posturas que los omes ponen entre si en las cibdades e en las villas.”⁴⁸

Icaza, "los tres grandes ámbitos de la función notarial que subsisten hasta el siglo xix; la actividad del escribano en materia privada, 'las vendidas e las compras', que es la función propia del notariado hasta nuestros días, la actividad del escribano en materia de gobernación, como era la expedición de algunos de los privilegios, las cartas y las actas del rey; por último la intervención del escribano en la materia judicial, 'los pleytos et las posturas', que en nuestros días

⁴⁷ RODRIGUEZ, 1892: p. 11.

⁴⁸ Siete partidas, t. XIX. P. 3., t. xix, 1. 1.

ha pasado a ser la función de los actuarios de los juzgados, investidos aún de fe pública."

A pesar de que en las Partidas sólo se mencionan dos clases de escribanos, con el tiempo se irán multiplicando bajo distintos nombres, aunque en esencia continuarán correspondiendo a los dos grupos mencionados. Dentro de la administración real encontramos, entre otros, escribanos de cámara, de sacas, de ventas, etcétera; y dentro del segundo grupo aparecen los llamados públicos, del consejo y los del número de villas y ciudades. A los primeros se les denomina en forma genérica "reales" y a los segundos "públicos". Ya en el siglo xv el título general o primero concedido o por los reyes en los nombramientos que ellos expedían era el de escribano de cámara y escribano y notario público; una vez obtenido ese nombramiento o título más general, podía conseguir el interesado otro más concreto, como era el de escribano de cámara, del consejo, de rentas, etcétera.

Al consumarse la conquista en el siglo XVI, se aplicaron en el territorio de la Nueva España las leyes castellanas y entre ellas las Siete Partidas, el Ordenamiento de Alcalá, Las Leyes de Toro, y más tarde las recopilaciones de Castilla así como las disposiciones dictadas ex profeso para la América española, que constituyen las Leyes de Indias.

En el virreinato, bajo esta legislación, los escribanos y notarios quedan divididos en dos grandes grupos:

1. Aquellos cuya función no se encontraba unida o circunscrita a una determinada rama de la administración pública, los cuales vienen a ser el antecedente directo de los notarios actuales:

-Escribanos Reales. Que podían actuar en todo el territorio menos en aquellos lugares donde existían escribanos del número.

-Escribanos del número. Llamados también escribanos públicos del número o escribanos públicos del número de villas y ciudades, que sólo podían ejercer sus funciones dentro de una determinada circunscripción territorial.

2. Aquellos escribanos notarios que desempeñaban sus funciones unidos o en relación con una determinada rama de la administración pública. Para su estudio seguiremos los principios que rigieron precisamente a la administración pública española de este periodo, o sea la constitución misma de la Nueva España. A tal fin encontramos:

A) Autoridades con asiento en España:

a) El Rey.

b) El Consejo Real y Supremo de las Indias, que entre sus múltiples funciones era la de ser el máximo tribunal de apelación Indiano. En él encontramos los llamados escribanos de Cámara de Consejo.

c) La casa de contratación de Sevilla, que tenía la doble función de regular el comercio y la hacienda indianas, y funciones de carácter judicial relacionadas con dicho comercio; en ella encontramos escribanos relacionados con las funciones de carácter judicial de la Casa y escribanos relacionados con la función puramente comercial, hacendaría y fiscal.

B) Autoridades con asiento en el propio territorio novohispano. Para su estudio seguimos los criterios tenidos para la división territorial de las Indias, relacionada con las diversas ramas de la administración pública:

a) Gobierno.- Las indias en tal rama estaban divididas en provincias o gobernaciones, al frente de las cuales se encontraba el gobernador y contaban con escribanos de gobernación y de Cabildo llamados también de Ayuntamiento.

b) Justicia.- El ramo de justicia se puede dividir en dos grupos para su estudio:

- Justicia Ordinaria, que marcó el criterio para las divisiones territoriales en los distritos de las Audiencias, contaban con los siguientes escribanos: escribanos de Cámara de la Audiencia, escribanos de la Sala del Crimen, escribanos de Visitas, escribanos del Juzgado de Bienes de Difuntos y escribanos de Juzgados de Provincia.

- Justicia Especial. Los tribunales especiales en las Indias fueron numerosísimos y en casi todos ellos existían escribanos que prestaban sus servicios en dichos organismos; tales como:

Tribunal del Santo Oficio de la Inquisición: Notarios del Santo Oficio.

Juzgado de Indios: Escribanos del Juzgado de Indios.

Real Tribunal de la Acordada o Santa Hermandad: Escribanos de la Santa Hermandad.

Real Tribunal de Minería: Escribanos del Real Tribunal de Minería.

c) Guerra.- Las Indias Occidentales en materia de guerra estaban divididas en Capitanías Generales, al frente de las cuales estaban los capitanes generales. En esta rama encontramos los llamados escribanos de guerra que prestaban sus servicios dentro de los tribunales militares.

d) Hacienda.- Dentro de las ramas de Hacienda ejercían sus funciones los llamados oficiales de la Real Hacienda y al lado de ellos los

escribanos de la Real Hacienda o escribanos de Hacienda. Además, Cada tribunal contaba con un escribano; por ejemplo, el escribano de la Casa de Moneda, el de la Lotería, el de la Pólvara, el de Tabaco, el de la Santa Hermandad, etcétera.

Había también dentro de la rama de Hacienda, con sus escribanos el llamado Real Tribunal de Curso, en el que se ventilaban aquellos asuntos para los cuales no existía un tribunal especial.

e) Eclesiástico. La división eclesiástica básica de las Indias fue la de Arzobispados y Obispados, en donde aparecen los notarios mayores, los menores y los apostólicos. En la Real Audiencia Arzobispal estaban los notarios de la Audiencia cuyas funciones eran similares a las de los escribanos de cámara de la Real Audiencia.

Esta división marca una sencilla organización burocrática en razón de materia sucediendo con frecuencia que una misma persona podía ser escribano de distintas dependencias; así tenemos a don Antonio Fernández de Córdova que era escribano de Cámara del Real Tribunal de Cuentas, de la Junta de Pósito, Receptor de la Real Audiencia y segundo de Guerra; o don Isidro Rodríguez del Castillo, que era el escribano público y de Cabildo de la Villa de Salamanca.

La acumulación de cargos se daba cuando una persona que tenía el título de escribano real adquiría una o varias escribanías vendibles o renunciables. Sin embargo, ciertas escribanías no podían acumularse, tanto por la cantidad como por la calidad de los negocios y era la Audiencia quien lo determinaba.⁴⁹

La actuación y la organización de los escribanos fue ampliamente reglamentada por la legislación indiana y supletoriamente por la castellana. En la

⁴⁹ DE ICAZA, 1990: p. 13.

Recopilación de las Leyes de los Reinos de las Indias y en los Cedularios Indianos suelen encontrarse numerosas disposiciones tendientes a reglamentar su actuación.

Por lo que toca a la legislación castellana las normas relativas a la actuación de los escribanos fueron reunidas en la "Instrucción formada por los señores del Consejo en consecuencia de lo resuelto por su magestad de lo que más principalmente deben observar los escribanos del número, ayuntamiento, y notarios de estos reynos, conforme a lo prevenido por las Leyes y Autor acordados, que en ella se citan".⁵⁰

Teniendo presente la importancia de este oficio y la influencia que su buen desempeño tiene en la sociedad, la ley 1, título 19 de la Partida 3, prescribe las condiciones necesarias para obtener el fiat de escribano, Rodríguez de San Miguel las resume en los siguientes puntos:

- ✓ Pertener al estado seglar.
- ✓ Haber cumplido 25 años, lo que no siempre se respetó, pues existen varios expedientes en el Archivo General de la Nación y en el Archivo del Colegio de Escribanos, en los que consta que se solicitaban y se concedían con frecuencia dispensas de edad para presentar el examen.
- ✓ Haber adquirido la instrucción suficiente para el buen desempeño de su oficio, lo cual incluía un certificado de haber tenido una práctica de cuatro años en el oficio de un escribano y haber cursado seis meses en la

⁵⁰SANZ. 1751. Por un testimonio del Marqués de las Amarillas dirigido al Rey el 20 de octubre de 1759, se prueba que esta Instrucción se aplicó en la Nueva España.

Academia del mismo Colegio. Ser de buena fama, tener reputación de hombre justo y cumplidor de sus deberes.

- ✓ Tener suficiente arraigo o garantía para poder responder de los excesos que pudiera cometer en el ejercicio de su cargo.
- ✓ A partir de 1792 estar matriculado en el Colegio de Escribanos.

Una vez cumplidos estos requisitos, el aspirante a escribano debía presentar un examen ante las Reales Audiencias y a partir de la Independencia ante la Suprema Corte de Justicia.⁵¹

Durante las primeras décadas del virreinato tanto el rey como las autoridades locales nombraron a los escribanos. En 1524 el Ayuntamiento de la Ciudad de México rehusó reconocer la merced real otorgada a Pedro del Castillo en la cual se le había nombrado escribano de Cabildo porque los regidores ya habían seleccionado a un escribano local; la Audiencia tuvo que intervenir para hacer que el Ayuntamiento acatará las órdenes del monarca. En el reinado de Carlos I se siguió otorgando a personas designadas por el rey, la facultad de nombrar funcionarios para la escribanía del Ayuntamiento de México. Uno de los escribanos que vino a México a desempeñar este cargo fue Miguel López de Legaspi quien, años después, encabezaría la conquista de Filipinas.

Es también, en esta época, que se producen cambios importantes en la actitud de la monarquía ante la provisión de oficios públicos y se intensifican algunos aspectos de la tendencia privada hacia su mercantilización. Entre los ejemplos que menciona John H. Parry está la concesión hecha por Carlos I a su secretario Juan de Sámano de la escribanía mayor de la Gobernación de la Nueva

⁵¹ RODRIGUEZ. Op. Cit. p. 13.

España, que hasta entonces ejerciera Cortés y que en 1539 vendió a Antonio de Turcios quien obtuvo del rey el título de escribano mayor y durante treinta años fungió como escribano de gobernación y de cámara en los ramos civil y criminal.⁵²

Tomás y Valiente opina que aunque la monarquía no lucraba con estas concesiones de oficios hechas en las Indias, es obvio que alimentaba la codicia de los particulares y que fomentaba el tráfico privado de oficios públicos. Buscando, sin embargo, defender la preeminencia real, la monarquía por Real Cédula de 15 de octubre de 1532 prohibió, bajo pena de privación de oficio y de todos los bienes propios, que los miembros de la Audiencia admitieran que los renunciarios usaran de sus oficios sin la aprobación del rey.

La constante penuria del erario español, ávido de recursos, pronto terminaría con esa situación y en el año de 1558, el Consejo de Indias elevó al rey una consulta en la que le proponía que "se acrediten escribanías en las ciudades y villas de las Indias, y en las Chancillerías y Gobernaciones y se vendan para V. M., porque sacarán de ellas una buena cantidad"⁵³. En respuesta a esta consulta, encontramos la cédula de 24 de junio de 1559, en la que se manda acrecentar el número de escribanías, vendiéndolas a personas hábiles y suficientes, en forma vitalicia, o sea sólo por la vida del comprador y sin derecho a renunciar al cargo en favor de tercero.

En la Nueva España tropezó la aludida cédula de 1559, en lo que a los escribanos se refiere, con la merced conferida a Juan de Sámano y a la venta que éste había hecho a Antonio de Turcios, puesto que sus intereses se vieron

⁵²H. PARRY, 1953: pp. 7-15.

⁵³TOMAS, 1492-1606: pp. 53.

dañados con la creación de nuevas escribanías, lo que provocó que en 1561 se sobreseyera en Nueva España lo mandado sobre venta y acrecentamiento de escribanías.

Con la muerte de Antonio de Turcios y los demás escribanos que se vieron afectados por la cédula de 1559, la Corona encontraba llano el camino no sólo para enajenar las escribanías vacantes, sino también para la creación de nuevas. Sin embargo, el fisco no logró en aquellos momentos los ingresos deseados ya que a los particulares no les resultaba atractivo el hecho de que los cargos fuesen sólo otorgados en forma vitalicia pues deseaban que se les concediera la perpetuidad y el derecho a renunciarlos.⁵⁴

El 13 de noviembre de 1581 expidió la Corona una nueva cédula referente a la venta de oficios, entre ellos los de escribanos, "para que los primeros compradores de oficios de pluma de mis India Occidentales que son, vendibles, los puedan renunciar, una vez, sirviéndome con el tercio del valor de ellos". A partir de esta disposición se distinguen tres tipos de escribanías:

a) Las mercedadas o sea las concedidas en forma gratuita, vitalicia y sin derecho a renunciarse.

b) Las adquiridas por compra antes de 1581, que eran vitalicias sin derecho a renunciarse.

c) Las adquiridas con posterioridad a esta fecha que se otorgaban en forma vitalicia y con derecho a transmitirse por una vida más.

Sin embargo, la mencionada cédula autorizó a los escribanos, cuyo título está comprendido en los incisos a) y b), a renunciar a sus cargos por una vida

⁵⁴DE ICAZA. Op. Cit. p. 34.

más, a condición de que pagaran al fisco una tercera parte de su valor o sea a comprar el derecho de renunciarlas por otra vida más, de tal forma que si no adquirirían ese derecho no sería posible efectuar la renuncia.

Icaza continúa: "Un paso definitivo en la historia de los oficios vendibles y renunciables lo encontrarnos en la Real Cédula dada en Madrid el 14 de diciembre de 1606, en la que se establecía: 'para que los dichos oficios de pluma....se puedan renunciar y renuncien ahora y de aquí adelante para siempre jamás, todas las veces que quisieren los poseedores de ellos, pagando en mis cajas reales el tercio del valor que tuvieren al tiempo de la renunciación... las personas que los poseyesen y tuviesen en segunda vida, habiendo renunciado en ellos me hayan de servir y sirvan y paguen en mis cajas reales al tiempo que lo renunciare la primera vez, con la mitad del valor de los oficios en lugar del tercio que ahora pagan, y de allí en adelante cada vez que renunciare y pasare de una cabeza en otra, con la tercia parte del verdadero valor que tuvieren los oficios, al tiempo que se renunciare; en otra Real Cedula dada en Aranjuez el 19 de mayo de 1608, para evitar que estos oficios fueran adquiridos por personas de poca capacidad, se estableció: 'y porque mi voluntad siempre ha sido y es, que con la venta de dichos oficios se tenga consideración a que en las personas a quien se rematare, concurren las partes y requisitos necesarios para tenerlos y servirlos, porque deseo el beneficio de la República' ".⁵⁵

La escribanía como oficio vendible y renunciable podía ser adquirida por cualquier persona por los medios legales, pero no obtenía con ello el título de escribano público, sino que recibía un derecho de carácter patrimonial para

⁵⁵DE ICAZA. Op. Cit. pp. 35-36.

explotarla, por lo que se dieron frecuentes casos en que los titulares las trabajaban a través de tenientes o bien las arrendaban.

La venta de escribanías se hacía generalmente a través de remate, procedimiento que favorecía a la Real Hacienda pues sobre la base de un avalúo, el oficio quedaba al mejor postor. El pago se debía garantizar por un fiador y se podía hacer al contado o a plazos que gravaban intereses. Entre los múltiples ejemplos de estas ventas que se conservan en el Archivo General de la Nación está, el avalúo y los pregones dados al oficio de escribano de cabildo de la ciudad de Veracruz que se remató a don Angel López de Santa Anna en el año de 1788, en la cantidad de \$7,800.00.

La facultad exclusiva del rey para confirmar los nombramientos de escribanos fue modificada en la Real Cédula de 21 de febrero de 1776 en que se autoriza a los presidentes de la Audiencia en América para que puedan despachar los títulos de los oficios vendibles y renunciables cuyo valor no exceda de quinientos pesos en Nueva España.⁵⁶

El Consejo de Indias dispuso que las Audiencias llevasen el control de los lugares donde hubiese escribanos y quiénes eran éstos para evitar la duplicidad, asimismo, para tener conocimiento de los lugares que carecían de ellos. Al consumarse la independencia, el notariado continuó regido por las disposiciones contenidas en las leyes españolas, especialmente en las Leyes de Partidas (t. XVIII y XIX, P. 3 y t. IX, P. 2) y en la Novísima Recopilación (t. XIV 2, II, t. XV L. VII y t. XXIII L. X). Los gobiernos nacionales dictaron diversas disposiciones para

⁵⁶ AGN., Ramo de Escribanos, v. 18. Sobre el régimen legal de los oficios vendibles y renunciables puede consultarse a Juan Rodríguez San Miguel, 2ª. guía judicial o colección de las leyes de más frecuente uso en la Administración de Justicia. P. 138 y ss.

reglamentar al notariado, primero en forma incidental y fragmentaria, y después ya orgánicamente, sujetándolo a las disposiciones de las leyes expedidas para el arreglo de la administración de justicia, particularmente la de 16 de diciembre de 1853 dictada por el gobierno del general Santa Anna y la de 29 de noviembre de 1858 promulgada durante la administración del presidente Zuloaga.

A nadie se oculta la precaria situación y las graves deficiencias que durante los primeros años que siguieron a la independencia afligieron a todos los curiales y entre ellos a los escribanos. La lectura de las Memorias presentadas por los ministros de Justicia al Congreso de la Unión, nos pone de relieve la difícil situación por la que atravesó el notariado en esa época.

Don Pablo de la Llave ocupa la cartera de Justicia del 6 de julio de 1823 al 25 de enero de 1824 y presenta ante el Congreso Constituyente algunas disposiciones para dotar a los pueblos de escribanos públicos que "giren con prontitud las causas y que con su inteligencia eviten los errores y arbitrariedades de los jueces legos', ayudando así a la administración de la justicia. Se buscó también establecer una escribanía en cada juzgado de primera instancia tratando que sus titulares fuesen secretarios natos del Ayuntamiento y recibiesen un sueldo para tener de esta manera ingresos suficientes.

En 1828 Miguel Ramos Arizpe como secretario de Justicia resalta la importancia de determinar el arreglo definitivo de la administración de justicia del Distrito Federal y Territorios. "Proveyendo a los juzgados y tribunales de manos hábiles y de personas dignas de ser depositarios de la fe pública —explica Ramos Arizpe—, sin prostituir y antes honrando el destino de los escribanos, ha formádose por la Secretaría de mi cargo un complicado expediente para fijar las

diversas clases que hay de escribanos, sus respectivas atribuciones y el número de los que existen, para determinar el que debe haber".

La preocupación por la situación de los escribanos es constante Juan José Espinazo de los Monteros en su comparecencia ante las Cámaras señala el descuido e indiferencia en que ha caído el oficio de escribano y la importancia de establecer leyes y disposiciones que vigilen a los funcionarios en quienes se deposita la fe pública "en la moralidad de su conducta, en su instrucción y principios, en su exactitud y actividad, en su imparcialidad, desinterés y pureza", ya que en sus registros, protocolos y archivos está la vida de la nación. Sugiere también que el Congreso General nombre a escribanos o notarios nacionales para ejercer las funciones de los antiguos notarios reales.

José Ignacio Espinosa durante la vicepresidencia de Anastasio Bustamante en su informe al Congreso hace hincapié en los puntos que debe tratar el Gobierno, entre los que ocupa un papel importante el de los escribanos, ministros de la fe pública y depositarios forzosos de los mayores secretos; explica las clases de escribanos que existen, el modo como deben ser examinados y las diligencias que han de preceder para asegurar su honradez. Durante dos años insiste en su propuesta. Así, en 1832 afirma: "El fin de ella es que los que entren como escribanos estén dotados de las prendas y aptitudes necesarias para que la fe pública descansa con seguridad y se desempeñe con acierto por un oficio de tanta importancia, que lo hace depositario de los secretos más sagrados así públicos como privados. Sin estos agentes nada puede hacerse de provecho ni en lo civil ni en lo criminal en asuntos forenses. Su intervención se necesita para los

tratos y comercios más valiosos, para los testamentos y para cuanto se estima de mayor reserva y trascendencia".

En 1845 Mariano Riva Palacio indica la falta de un arreglo conveniente sobre escribanos sin que hasta esa fecha se hubiere adoptado la importante reforma de exigir para esa profesión estudios indispensables a su desempeño. Ya en 1842, el rector del Colegio de Escribanos, en cumplimiento de la orden de la Secretaría de Justicia había enviado a esta dependencia un proyecto para el arreglo de la clase de escribanos.

Al establecerse el Segundo Imperio, la Regencia, proveyó la actuación de los escribanos (Decreto de 1, de feb. ero de 1864) y más adelante el emperador Maximiliano promulgo la Ley Orgánica del Notariado y del Oficio de Escribano, de 30 de diciembre de 1865, en donde por vez primera se distingue entre notario y escribano, reservando la primera denominación para aquellos que intervienen en las escrituras y la segunda para quienes ejercen una función semejante a la de los actuales actuarios. Es también mérito indiscutible de esta ley el haber regulado al notariado en forma separada de otras materias con las que hasta esa fecha había estado integrada. Al desaparecer el Imperio en junio de 1867 la ley dejó de aplicarse y quienes ejercieron el notariado en los lugares ocupados por la administración imperial tuvieron que rehabilitarse y obtener nuevo título los que lo habían obtenido del antiguo régimen.

En la Memoria presentada por don Antonio Martínez de Castro al Congreso de la Unión en 1868 se describe el estado en el que se encontraba el notariado: "No se había cuidado de darles a los escribanos la menor instrucción y se había permitido imprudentemente que adoptara esa carrera todo el que quería, sin más

requisito que el de haber estado cierto tiempo de dependiente de algún escribano, trayendo y llevando autos o sirviendo de amanuense en el protocolo. Si a pesar de esto hay algunos escribanos verdaderamente instruidos, es porque ellos mismos se han formado, pero son muchos los que carecen de esa circunstancia, tan necesaria como la de honradez para el desempeño de su honorífica, respetable y delicada profesión".

Efectivamente, es con la ley de 1867 cuando en verdad se inicia el proceso de dignificación del notariado. Aun cuando la ley de Maximiliano sentó bases para un correcto ejercicio de la función notarial, su efímera vigencia y las difíciles condiciones políticas y sociales del momento, impidieron ver logrados los fines perseguidos en ella, por lo que no es sino hasta 1867, una vez restaurada la República, cuando en forma definitiva se aborda, con criterios acertados, la reglamentación del notariado. La acción de la ley del presidente Juárez quedó complementada con la expedición casi simultánea de la ley de Instrucción Pública del Distrito Federal de 2 de diciembre de 1867, que señaló los estudios que deberían cursar los escribanos para poder desempeñar el cargo, dando así mayor seguridad sobre su competencia y preparación.

Durante el gobierno del general Porfirio Díaz el notariado recibió una nueva reglamentación al promulgarse la "Ley del Notariado para el Distrito Federal" del 19 de diciembre de 1901 que abrogó todas las leyes anteriores relativas al notariado. Esta ley exigió por primera vez el título de abogado para obtener la patente de notario y declaró incompatible la función notarial con el ejercicio profesional de la abogacía. Era obligatorio pertenecer al Colegio de Notarios, usar protocolos y presentar el examen de admisión. Es en esta época que la profesión

adquiere su carácter de función pública sujeta a una regulación específica. Se crea también el Archivo de Notarías donde se conservan los documentos notariales, fuentes insustituibles para la historia de México.⁵⁷

3.2 El derecho notarial.

Uno de los primeros problemas que nos asalta, al entrar al estudio del derecho notarial, es el de por dónde empezar, es decir, cuál debe ser la primera lección o el primer capítulo de un trabajo sobre esta materia. Si comenzamos por dar la definición apriorística de «Derecho Notarial», a la fuerza tenemos que hacer referencia a, o involucrar, otros conceptos, corriendo el riesgo de incurrir en un círculo vicioso que va pasando sucesivamente por los conceptos sustantivos «Notario», «función notarial»... «Instrumento público»...

Pero en un orden lógico la normativa es la que, en el orden científico y didáctico, se lleva la primacía.

Por lo tanto, nos parece lo más técnicamente apropiado, empezar por el concepto del Derecho notarial, que, en palabras del maestro Giménez Arnau⁵⁸(subjética por tanto) podría formularse como «derecho relativo a los Notarios y a las funciones que éstos realizan». La definición no es, ciertamente, esclarecedora: dice demasiado poco. Se refiere a conceptos que exigirán posterior estudio y desarrollo. Constituye, sin embargo, un punto de partida: Habrá que recurrir al contenido si se pretende que la definición sea eficaz y esclarecedora.

Quizá por las razones esbozadas no tiene una genealogía muy remota la expresión derecho notarial. Siempre —o desde hace muchos siglos— hubo

⁵⁷PEREZ, 1994: pp. 143.

⁵⁸GIMENEZ, 1976: pp. 25.

Notarios y función notarial. Pero incluso en épocas de gloria y esplendor para el notariado, su actuación está considerada como un arte: Una manera adecuada de hacer; virtuosa, hábil, industriosa y eficaz.

La tesis que podríamos llamar del Notariado arte y no ciencia todavía tiene vigencia para muchos colegas. Fue especialmente debatida en París en el III Congreso Internacional del Notariado latino. Especialmente partidarios del notariado arte se mostraron los representantes italianos, reflejando la doctrina dominante en la Italia contemporánea. Sostienen quienes así opinan, que lo que tiene valor científico es «el derecho del documento notarial»; Pero sin que este derecho goce de autonomía, porque carece de la posibilidad de construir principios generales propios⁵⁹, según afirma SCIELLO. Por su parte GIULIANI⁶⁰ afirma en términos similares, que no existe propiamente el derecho notarial en el sentido de derecho de la forma: el Notario es, sin duda, un agente del derecho, una persona encargada de realizar las normas jurídicas en la vida y el hacer de cada día. Es un artesano, o si se quiere un artista, instrumento del derecho, y que existe porque existe el derecho.

En la relación del Consiglio Nazionale del Notariato Italiano sobre contribución aportada por este organismo al VII Congreso Internacional del Notariado Latino (Bruselas, septiembre de 1963) donde el problema seguía discutiéndose, se subrayan los esfuerzos hechos por la delegación italiana para oponerse a los excesos (así dicen) de los representantes de otros países, en el tema de la forma de los actos jurídicos. Alessandro GUASTI y Mario FROGLIA

⁵⁹Diritto Notariale, en Rev. Del Notariado, septiembre-octubre 1954.

⁶⁰Existencia del Derecho Notarial, en Rev. Int. Del Notariado, número 21, enero-marzo 1954. P. 65-70.

que fueron respectivamente Presidente y Secretario de la delegación italiana, insisten en esa relación en que no hay diferencia importante entre el acto notarial y los demás actos públicos con función probatoria, porque todos alcanzan el mismo resultado de constituir un medio de prueba legal. Consideran razón de peso que la falta de documento notarial, solamente en determinadas hipótesis es sancionada con pena de nulidad⁶¹.

Mucho más aproximada a la española, es la posición de la doctrina francesa. Así, por ejemplo, MAIGRET, uno de sus más cualificados representantes, sostiene que si existe una legislación notarial, debe existir un derecho notarial⁶². Como la misión del Notario es conferir autenticidad a los contratos y convenciones de derecho privado y la autenticidad es imposición de forma escrita a esos mismos contratos (que el Notario redacta) sería derecho notarial el conjunto de reglas jurídicas relativas al ministerio notarial de autenticación; o bien, si distinguimos la forma del contenido, será el derecho de la forma instrumental.

Respecto a los americanos, se puede citar a Carlos Emérito GONZÁLEZ⁶³ que se adhiere sin reservas a la doctrina española de GONZÁLEZ PALOMINO y NÚÑEZ LAGOS y que nosotros mismos aceptamos.

Por su parte el uruguayo LARRAUD⁶⁴ dice que «para denominar nuestra disciplina se han propuesto diversas expresiones que no han logrado aceptación unánime. Quizá porque la adjetivación propuesta en cada caso traducía siempre la

⁶¹ Contributo italiano al settimo C.I. del N. Latino, 1964.

⁶² Conception du droit notarial, en Riv. Del Notariato, 1953. Pp. 624 y ss.

⁶³ En Rev. Int. Del Notariado, enero-marzo 1954. Pp. 72-90.

⁶⁴ Introducción al Estudio Del Derecho Notarial, en Revista de Derecho Notarial (en lo sucesivo citaremos siempre a esta revista con las siglas R.D.N.), vol. XVI, abril-junio 1957. p. 44.

particular posición doctrinaria de su autor respecto al contenido de lo denominado; Y es aquí, precisamente, donde comienzan las discrepancias».

Derecho de la forma, han propuesto algunos; pero es evidente la excesiva latitud del concepto. No es más feliz Derecho de la forma auténtica, ya que no todas las formas auténticas caben en el Derecho notarial. También se ha propuesto Derecho de la autenticidad, que debe rechazarse por la misma razón anterior, además de que el Derecho notarial no es solamente autenticidad. Iguales reproches, o parecidos, pueden hacerse a quienes prefieren Derecho instrumental auténtico.

«Nosotros —añade— hemos adoptado la denominación más frecuentemente aceptada: Derecho notarial. Entendemos que es perfectamente significativa del concepto que —a nuestro juicio— encierra ya que el adjetivo alude al protagonista común de sus disposiciones; A él y a su conducta están referidas todas las normas que lo integran».

Finalmente, MUSTAPICH⁶⁵ dice que el notarial, es el derecho autónomo de la forma complementado por el conjunto de normas que rigen la función notarial. Su autonomía deriva de tres factores: diversidad de la materia, normatividad típica y principios propios. Parece que se adhiere a la doctrina de G. PALOMINO, porque como éste, entiende que no comprende el derecho notarial toda la conducta del Notario, sino solamente aquella parte de su actividad que la Ley contempla. El quehacer del notario es solamente parte indivisa de un todo- el instrumento público- y no se puede decir que la parte, aunque sea importante, sea lo mismo que el todo.

⁶⁵Concepto de Derecho Notarial, en Rev. Int. Del Not., julio-septiembre 1953. pp. 187.

Situándonos en la literatura jurídica española no puede menos de reconocerse que si bien el derecho notarial en un sentido lato (arte notarial) ha existido siempre, son los trabajos y ensayos publicados a partir de la Ley de 1862 y muy especialmente en las últimas décadas⁶⁶ los que han concedido a la materia rango independiente y un puesto en la clasificación de las diversas ramas del derecho. Vemos, en efecto, que ni siquiera GONZALO DE LAS CASAS en su minucioso «Diccionario», editado en 1853, incluye al Derecho notarial, Y FERNÁNDEZ CASADO, que dio, a fines del siglo pasado, uno de los pasos más importantes en la bibliografía notarial, llama a su obra «Tratado de Notaría». Y no habla de derecho notarial (aunque sí sea derecho notarial el contenido de su magnífico trabajo) sino del Notariado, de los Notarios y del instrumento público.

Si repasamos toda la bibliografía notarial, hasta bien entrado el siglo xx, observaremos que se habla de “Legislación notarial” y de “teoría del instrumento público”. Quizá contribuye a que se retrase el estudio del concepto «derecho notarial», la terminología de los programas de oposiciones que se refieren a la materia con aquella denominación (legislación notarial). La mayoría de los trabajos que ven la luz son Contestaciones a los temas de los programas de oposición.⁶⁷

La expresión «derecho notarial» es ya usada en 1900 por SANCHO TELLO para dar título a su obra sobre el notariado y el instrumento público; Para 1918 la utiliza CASTAÑO⁶⁸ para rotular su «Manual de leyes y jurisprudencia notariales».

⁶⁶CASTÁN ha reflejado muy claramente la evolución de las doctrinas en su trabajo: “Hacia la Constitución científica del D. Notarial”, R.D.N., vols. I-II. p. 25 y ss.

⁶⁷Este inciso da oportunidad para la cita de las publicadas por el inolvidable LÓPEZ PALOP, maestro de Notarios, y al cual tanto debe al Notariado español.

⁶⁸AZPEITIA publicó posteriormente en Ed. Reus su Derecho notarial extranjero, que constituye un estudio de historia y legislación comparadas pero del cual solo vieron la luz dos tomos (dedicados a Portugal y a Italia)

Pero aunque la materia (ley, reglamento, usos, doctrina) exista, falta la forma para constituir una entidad científica. Por eso, en 1934⁶⁹, GONZÁLEZ PALOMINO lanza «Hacia un derecho notarial» que desenvuelva ampliamente una «teoría general de las formas públicas o formas jurídicas». Gracias a los trabajos posteriores de otros notarios (principalmente NUÑEZ LAGOS) y del Profesor CASTÁN TOBEÑAS, en la misma línea de orientación de G. PALOMINO, podemos decir que ese deseo de creación, se ha cumplido en buena parte.

Ahora bien, MENGUAL⁷⁰ define el derecho notarial en dos sentidos: en un sentido positivo, como «conjunto de normas jurídicas de carácter positivo que regulan el funcionamiento y organización de la Institución Notarial en los distintos países». (Esto podría decirse que más que «derecho notarial» es «legislación notarial»). En sentido doctrinal dice que es «aquella rama científica del Derecho público que, constituyendo un todo orgánico, sanciona en forma fehaciente las relaciones jurídicas voluntarias y extrajudiciales mediante la intervención de un funcionario que obra por delegación del poder público». Hay ya en este concepto una clara alusión a la función instrumental, aunque deja fuera todo lo relativo al modo de organizar esa función.

Por su parte González Palomino⁷¹ dice que ya desde 1934 había encontrado (se refiere al citado artículo en la Revista de Derecho Privado) el contenido de la función notarial: El notario era el órgano específico y normal de creación de la forma jurídica, de la relación entera o de alguno de sus elementos; considerando la forma como la determinación del límite creador... Tomando en

⁶⁹ En Rev. De Der. Priv., T. XXI. Pp. 288 y ss.

⁷⁰ Elementos de Derecho Notarial, t. II, vol. I. Pp. 10 y 16.

⁷¹ GONZALEZ, 1948: p. 13.

cuenta el art. 1279 del Código civil, dice que pueden destacarse en él dos cosas: «un negocio consensual perfecto (en el que han intervenido el consentimiento y demás requisitos necesarios para su validez) y una forma jurídica necesaria para la eficacia del negocio». «Esta forma produce efectos por sí misma, con independencia y aparte de los requisitos del negocio». En tal momento, las partes «se limitan a llenar la forma, manifestando su voluntad sobre la forma. Más adelante defiende que, hay que tener presente lo que hace el notario profesionalmente, quién es el notario, cómo actúa y para qué vale lo que hace. Teniendo siempre en cuenta que no todo el que hacer del notario es derecho notarial⁷²; La actuación notarial no se agota en el instrumento público. En éste, el instrumento público está el «núcleo de la función notarial, el centro del sistema» en el que deberían tener acogimiento, además, la jurisdicción voluntaria, en parte, y los Registros públicos. Respecto a la autonomía del derecho notarial opina que no es necesario proclamarla: Basta con estudiar sistemáticamente lo relativo al que hacer del notario.

Nuñez Lagos⁷³ por camino diferente llega a parecidas, pero no idénticas conclusiones. El derecho notarial dentro del derecho de las formas, pertenece — dice — a aquellas formas escritas —documentales— intervenidas por funcionario público. Por ello es ante todo un derecho documental: La función documental, accesoria en otros funcionarios públicos, es en el notario, función principal.

⁷²La actuación del Notario como jurista (consejero, asesor y hasta arbirer) queda fuera del derecho objetivo notarial. Se rige por normas no escritas de carácter sociológico y de orden moral. Esta actuación no es históricamente consubstancial al notariado ni la admiten hoy muchos países.

⁷³El derecho notarial, en R.D.N., V-VI. pp. 211.

Concluye con estas afirmaciones que delinear claramente su concepto del derecho notarial:

— La existencia del derecho notarial como derecho objetivo — ordenamiento jurídico del notariado y del instrumento público— no puede ser negada. El mayor o menor volumen de sus normas no influye en su naturaleza.

— Puede ser objeto de métodos científicos al igual que otras ramas del derecho. No tiene el notarial ninguna incapacidad intrínseca para su sistematización científica.

— Como sistema científico, presenta a la hora actual una tardía evolución científica respecto de otras ramas jurídicas.

— Debe tener como materia los preceptos y conceptos sobre el notario, la función notarial y el instrumento público (derecho notarial puro), con exclusión de los negocios jurídicos objeto del derecho sustantivo.

— No obstante debe estudiarse las normas singulares que se refieren a los requisitos de redacción de los contratos y demás declaraciones de voluntad conforme al derecho sustantivo (derecho notarial aplicado).

Tras esta larga exposición de pareceres ajenos, terminamos por creer y ratificamos la definición que formulamos anteriormente. *Es el conjunto de doctrinas o de normas jurídicas que regulan la organización de la función notarial y la teoría formal del instrumento público.*⁷⁴

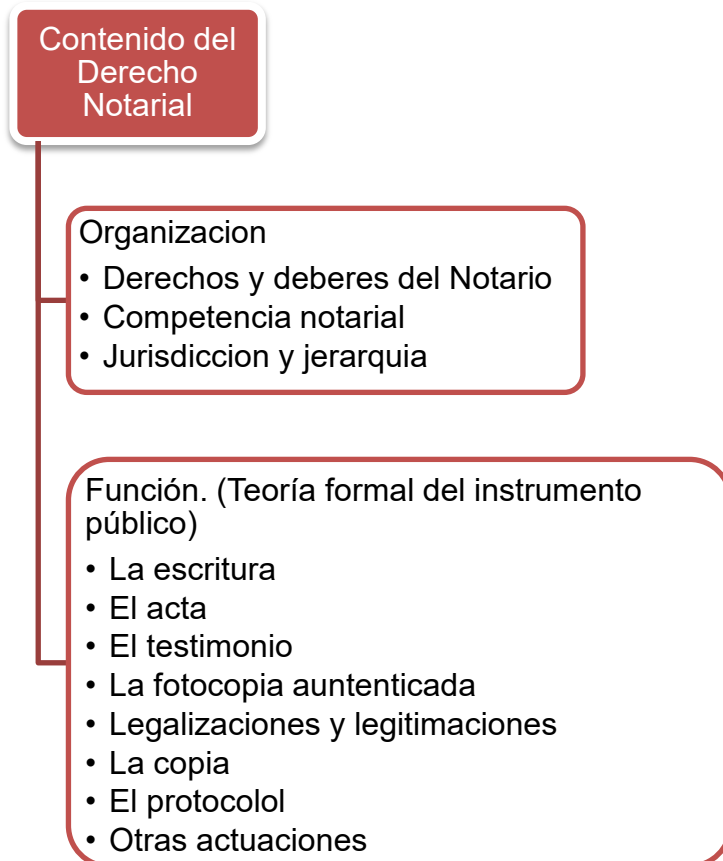
⁷⁴LARRAUD. “Introducción al estudio...” (pag. 24), coincide en cierta medida con este concepto cuando lo considera: a) como un conjunto de normas; b) Cuyo protagonista es el notario; y c) cuya finalidad es reglamentar una actividad de asistencia cautelar y de regulación de los derechos privados, actividad que se encomienda al notario.

3.2.1 Contenido del Derecho Notarial.

El II Congreso Internacional del Notariado Latino (Madrid, 1950) consideró en una de sus conclusiones que el «derecho notarial está constituido por el complejo de normas legislativas, reglamentarias, de uso, decisiones jurisprudenciales y estudios doctrinales sobre la función notarial y sobre el documento auténtico». Esta descripción del contenido del derecho notarial, encaja perfectamente con la definición por nosotros formulada en el párrafo precedente. De esta definición se desprende que los fines del derecho notarial comprenden el estudio de las materias que se refieren:

- A) a la organización notarial; y,
- B) a la función notarial.

Desmenuzar, de manera general, el contenido de estos dos grandes apartados, nos pondrá frente a las cuestiones que debe estudiar el derecho notarial.



3.2.2 Carácter Adjetivo del Derecho Notarial.

Creemos, sin lugar a dudas, que en tiempos pasados y especialmente en la época de mayor gloria del Notariado italiano (la de ROLANDINO RODULFO o ROLANDINO PASSAGERI) los libros de «arte notarial» contenían mucho derecho sustantivo invadiendo, por razones de necesidad, una competencia ajena. Y a través de las cátedras y de los Tratados del arte notarial, ejercieron mucha influencia entre Jueces, Procuradores de justicia y hombre de leyes en general.

La circunstancia de ser sumamente preciso al Notario en el conocimiento del Derecho sustantivo y la de deber a este profundo conocimiento el actual prestigio de la institución Notarial, esclarece poco el tema.

En cuanto a los preceptos básicos del Derecho Notarial tenemos que tomarlos, en precario, de textos que no pertenecen a legislación notarial, esto ya que están dictados desde el punto de vista de protección de los intereses a cuyo servicio está... No hace falta ejercitar acciones reivindicatorias o interdictos posesorios respecto a tales normas, porque basta que podamos utilizarlas como normas de Derecho Notarial, en cuanto lo sean; Sin dejar un poco truncados otros sistemas de derecho, en los que no podrían comprenderse instituciones enteras con esta apropiación.

Pero la importante necesidad que tiene el Notario de conocer a fondo el Derecho privado para el buen desempeño de su función, no autoriza a concluir la sustantividad del Notarial. El Notario habrá de estudiar y conocer la norma sustantiva como la debe conocer el Juez y el Abogado; Mas esa norma conserva su propio carácter y su originaria independencia. No interesarán todos sus aspectos, sino alguno de ellos, pero el interés que ofrezcan desde algún

determinado punto de vista no permite excluir de la disciplina civil, mercantil o inmobiliaria a que propiamente pertenecen. Solamente las reglas que rigen la intervención del funcionario, que modela su actividad y determinan la trascendencia jurídica de ella, son Derecho notarial. La intervención del Notario no crea nuevos derechos y obligaciones: éstas y aquéllos nacen de una adaptación de voluntades a normas sustantivas que se hacen más fácilmente realizables si, además, se acomodan a la normal realización del derecho, que es el fin propio del Notarial.

En definitiva, el Derecho notarial es derecho para el derecho adjetivo: «Nosotros limitaríamos la sustantividad y la autonomía del Derecho notarial —dice CASTÁN—, al que llama Derecho notarial formal. Ahora, no negamos que sea conveniente para fines didácticos y profesionales, agrupar, como lo hace él, las normas de ese Derecho notarial formal con las de Derecho material o contractual. Más esto no autoriza, a nuestro juicio, para reconocer a favor de estas últimas una rigurosa autonomía científica. ¿Cómo atribuir a los preceptos que rigen la capacidad y la validez intrínseca de los distintos actos notariales, principios propios, diversos de los principios del Derecho civil, el mercantil o el administrativo que sean aplicables a cada uno de dichos actos, según su naturaleza? No exageremos la tendencia a diversificar y disgregar las materias jurídicas. Bueno es que se desenvuelvan el Derecho laboral, el Derecho agrario, el hipotecario, el notarial y tantas otras disciplinas jurídicas que están hoy en el período de formación; pero que no sea a costa de romper los vínculos que les ligan a las

grandes formaciones científicas clásicas —el Derecho público y el civil o privado— sembrando la confusión y la desarmonía en la ciencia jurídica».⁷⁵

NAVARRO AZPEITIA nos dice: «...nos parece clara la inclusión del Derecho notarial dentro del grupo de los formales, adjetivos, procesales o de garantía»⁷⁶.

Creemos que la evolución progresiva de la función notarial permite resaltar la trascendencia que tiene en la vida jurídica de la sociedad y la permanencia constante a través de los altibajos que habrá de sufrir en el curso de la Historia la tesis formalista de la contratación.

No admitimos debate en que en la clasificación siempre ambigua del Derecho en público y privado, el Notarial debe ser incluido en el público, como público es el Derecho procesal y la parte del Derecho inmobiliario que estudia la organización y régimen del Registro. Aunque los fines últimos de todas esas clases de normas sean la defensa de derechos e intereses privados, la intervención del Estado —o de sus representantes— en el ejercicio de su finalidad de realizar normalmente el derecho y restaurar el orden jurídico perturbado, da a todas esas ramas un carácter marcadamente público⁷⁷.

3.2.3 Importancia del Derecho Notarial.

La importancia del Derecho notarial radica, principalmente, en la seguridad jurídica como su principal función en el derecho mexicano.

La actividad notarial acaba normalmente en la válida elaboración de instrumentos públicos. Y estos instrumentos públicos suelen contener:

⁷⁵ MENGUAL, 1931: p. 11.

⁷⁶ “Teoría de la autenticación notarial”, en Rev. De Derecho Privado, noviembre 1942. Pág. 677.

⁷⁷ En este sentido, véase CASTÁN, loc. Cit., y MENGUAL, “Elementos...”, tomo II, vol. I. p. 15.

a) La generalidad de la contratación privada.

b) En consecuencia producen el documento o soporte físico y externo de los derechos (título, en sentido formal) que es el vehículo habitual de acceso a los Registros públicos.

c) La mayor parte de la contratación administrativa, sujeta a normas de carácter especial pero fundado en el derecho privado, porque en ellas los Organismos y personas de Derecho Público actúan con rango igual al de las personas individuales.

d) Una parte considerable de la contratación mercantil, especialmente la que se refiere al derecho de Sociedades.

e) Los testamentos (salvo el ológrafo, y algunos excepcionales que, posteriormente van —en definitiva— al protocolo notarial) que rigen la sucesión en los bienes y derechos de los otorgantes.

l) La constatación auténtica de hechos (actas notariales) que pueden tener consecuencias jurídicas en las relaciones privadas o constituir elementos probatorios de gran fuerza en el ámbito procesal.

La amplitud de contenido del «producto jurídico» que el notario elabora al ejercitar su función, justifica sobradamente la importancia jurídica y social del que hacer del notario y por tanto de las normas a que debe someterse en su actuación que son una parte del Derecho notarial.

3.3 Notariado, Notaria y Notario.

3.3.1 Notariado.

Cuando el Derecho se declara de forma pacífica, sin posible coacción, con absoluta y completa libertad por parte del individuo, y sin venir este obligado,

coactivamente, a la prestación de la obligación recíproca al derecho, nace una institución que, con la garantía del poder público, autentica aquellas declaraciones jurídicas, verdaderos mandatos del legislador de cumplimiento voluntario y necesario. Voluntario, porque sin coacción jurídica de ninguna especie, el individuo declara el derecho o cumple la obligación. Necesario, porque cualquier transgresión de aquel derecho u obligación, voluntariamente declarados, encuentran medio para su efectividad, si libremente no se cumple y ejecuta.

De ahí la Institución del Notariado.

Y en palabras del ilustre Notario don JUAN EUGENIO RUIZ GÓMEZ⁷⁸, nos dice que “el Notariado es el cuerpo facultativo que forma los Notarios de toda la nación”. No obstante, esta definición aparte de que adolece del defecto de definir la institución bajo una de sus formas de manifestarse, peca, a nuestro modo de ver, del defecto de definir el continente por el contenido, e implica la previa necesidad de saber qué se entiende por Notario y cuál es el sistema de su organización, con lo que presupone un previo conocimiento, sin el cual no es posible determinar el concepto de la institución.

Uno de los notarios españoles con mayor influencia en el notariado Español, don José Gonzalo de las Casas, definió el Notariado diciendo que es la "Institución en que el poder de la sociedad civil deposita la confianza pública, para garantía de verdad, seguridad y perpetuidad de los contratos y actos de los ciudadanos."

Una definición, a nuestro parecer, muy completa, aunque no creemos que pueda aceptarse en su totalidad, ya que echamos de menos en ella, el carácter

⁷⁸RUIZ, Revista de derecho notarial, 1879: pp. 15

orgánico y jerárquico de la Institución, y la falta de distinción entre la verdad legal y la moral común y necesaria en todo negocio jurídico. Aparte que no se observa el matiz docente de la Institución, característica señalada en la nueva tendencia doctrinal. Pero así y todo, la definición del maestro, puede, sin duda, ocupar un lugar preferente entre las varias concepciones del Notariado.

El Congreso Notarial reunido en Madrid, en noviembre de 1886, dio un concepto del Notariado que, en su totalidad, aceptó más tarde el que fue Notario de Valencia, don Ezequiel Zarzoso⁷⁹ diciendo que “el Notariado es una institución del Estado, competente para autenticar a instancia de parte legítima, los hechos lícitos extrajudiciales que no sean de la competencia exclusiva de otra institución”. Esta definición no fija, con exactitud, la esfera de acción de la Institución Notarial, cuando señala como propios de ésta, aquellos hechos de los cuales no sea competente cualquier otra institución. Es decir, que para llegar a este concepto, es preciso proceder por exclusión y selección, ya que para determinar el círculo dentro del cual ha de desenvolverse el Notariado, hay que precisar y conocer antes el límite de acción de otras instituciones similares, dando por resultado que la Institución Notarial viene a operar dentro de una órbita donde las demás instituciones no quieren actuar, o les sobra materia para su actuación. Muy poco es para el Notariado, siendo tan grande su importancia y tan elevado el concepto que socialmente merece si su competencia ha de quedar reducida a lo que no sea materia propia de otras instituciones, bien por no quererlo éstas o porque el legislador ha creído más conveniente no concederles.

⁷⁹ ZARZOSO, revista de derecho notarial, 1823, pp: 25

Otro inolvidable maestro de Ciencia Notarial, define la Institución, diciendo que es el "cargo público de autorizar y dar fe de los actos que ante sus funcionarios pasen o se otorguen"⁸⁰. A nuestro modo de ver tampoco podemos aceptar semejante concepto de la institución, pues ni el Notario es solamente un cargo público, ni su única función es la de autorizar y dar fe, ya que para la aplicación del derecho a la vida de toda relación social existen otros funcionarios con la misma misión, y sin embargo, no se les puede calificar de Notarios. El señor Morales Díaz en sus magníficas contestaciones al programa de oposiciones al Notariado, dió de este organismo las siguientes definiciones: "La Institución que ejerce la fe pública extrajudicial en las relaciones privadas", y también, "El cuerpo técnico y facultativo que forman los Notarios de toda la nación", definiciones que no pueden aceptarse, porque ni todo el que ejerce la fe pública extrajudicial pertenece a la institución del Notariado, ni la misión de éste se circunscribe, solamente, a intervenir en las relaciones de Derecho privado. Más aceptable que la primera es la segunda definición que comprende el elemento genérico de la institución, cual es el de ser cuerpo técnico y facultativo: Pero tiene el defecto de no concretar la esfera de atribuciones y facultades del Notariado, no fijando, de consiguiente, las características de la Institución.

El Ilustre Notario señor Bellver Cano, considera la institución Notarial, bajo el punto de vista filosófico como "fenómeno vivo y realísimo", deduciendo de ello el carácter de función jurídica, con que es reconocida y admitida por casi todo el derecho mundial. Opina, que, "la naturaleza del Notariado se exterioriza, prácticamente en el conjunto de facultades que constituye el ejercicio de la función

⁸⁰ TELLO, 1900: p.21.

notarial" que esta función de naturaleza social, está dentro de la esfera del Estado, y por lo mismo es una función pública que corresponde presidir y representar al Estado, y en su representación al Poder Público. En el curso de su incomparable análisis filosófico-jurídico, afirma que el Magistrado-Notario aconseja, enseña, forma y recoge la determinación jurídica y, aprobándola, le presta sanción, sacando las siguientes deducciones:

- ✓ La función Notarial es de necesidad jurídica.
- ✓ La función Notarial es eminentemente pública.
- ✓ La función Notarial es una verdadera jurisdicción.
- ✓ La función Notarial es de imposición formal del derecho.
- ✓ La función Notarial pertenece al poder legitimador del Estado como magistratura in volentes.

De los puntos que precisa Bellver, solo faltaría un paso más para poder concordar al cien por ciento con él, porque el señor Bellver, quien es partidario de la misión docente del Notariado, al especificar los caracteres de la función Notarial, se abstiene de calificarla también de docente, cuando es inconcuso que para tan ilustre jurista esta cualidad es una de las características de la función notarial.

Claro es que esta naturaleza pura, permanente y esencial en el Notariado, no ha llegado a plasmar en el régimen de las legislaciones positivas, por el especial concepto que del Poder público y de la función Notarial, en armonía con la organización social, han tenido y tienen los distintos Estados; Pero no por ello se puede sostener, como tesis absoluta, que el Notariado moderno no puede responder a un tipo único en su configuración porque si así fuera, no sería posible

concebir la formación de una legislación universal y de un Código de Derecho Notarial de carácter común y general para todos los Estados, cuando es evidente que todas las naciones tienden a mejorar notablemente su legislación sobre el Notariado a cuyo mejoramiento ha contribuido la legislación francés que ha penetrado en casi todos los países.

Ahora bien, ¿qué es el Notariado? Ya sabemos que, cuando el derecho se declara en forma pacífica, sin posible coacción, con absoluta libertad del individuo y sin que éste venga obligado a la prestación del mismo, nace entonces una institución, que con la garantía del poder público, y obrando por delegación del mismo y en su representación más genuina, autentica aquellas declaraciones jurídicas verdaderos mandatos del legislador de cumplimiento voluntario y necesario.

A la declaración pacífica del derecho, previo el estudio y explicación del mismo, y a la del hecho jurídico, ambos en su normal estado, se reduce la misión del Notariado. Y precisamente en esta pacífica manifestación a la que se une la libertad del individuo para que conste en forma auténtica hallase la diferencia entre el Notariado y la Magistratura.

La esfera de acción de esta última está subordinada a la necesidad de hacer una declaración, en forma coactiva, de un negocio jurídico (hecho jurídico o derecho). No quiere el individuo cumplir voluntariamente aquello que, también voluntariamente y en muchos casos se ha obligado, y entonces son los jueces y tribunales a quienes, incumbe declarar la existencia de la obligación, y del derecho, determinando su naturaleza y extensión, y de llevar a cumplimiento la obligación y el derecho previamente declarados. Pero cuando ese mismo individuo

declara su derecho pacíficamente sin violencias ni coacciones de ninguna especie, y voluntariamente rodea esa declaración de las mayores solemnidades para que consten, permanentemente en forma auténtica, entonces nace la institución notarial, de carácter genuinamente social y necesario, y de forma convenientemente organizada. Institución que como todas las que organiza el Estado jurídico para un fin determinado, ha de tener la garantía del poder público, para la eficacia de cuya garantía ha de delegar parte de esa autoridad en la institución. Por lo que, el funcionario que recibe esa delegación del Poder público, ha de estar investido y revestido de autoridad, y con una jerarquía convenientemente organizada donde pueda darse la independencia y la responsabilidad del funcionario.

A partir de aquí, podemos definir al Notariado como "Institución social jerárquicamente organizada, instructora y aplicadora del derecho o del hecho jurídico en forma amistosa, y revestida de poder bastante para dar absoluta autenticidad a sus declaraciones."

Para poder terminar el concepto del Notariado es necesario citar al prestigioso Notario, don Víctor Lavandera, perdido, desgraciadamente para el Notariado español; quien define al Notariado diciendo "que es la Magistratura de la jurisdicción voluntaria, que con autoridad y función de justicia aplica la ley al acto jurídico que se celebra en esa esfera con la conformidad de las partes, declarando los derechos y obligaciones de cada uno; lo aprueba, legaliza y sanciona con

validez, autenticidad y ejecución; autoriza y dirige su cumplimiento con el proceso documental".⁸¹

¿De qué razonamientos se vale el erudito escritor para llegar a semejante definición? ¿En qué la funda?

Lavandera concibe la institución Notarial como una verdadera Magistratura, quizá la única, dentro del campo de la jurisdicción voluntaria. En tal sentir, principia por afirmar "que el Notario es Ministro y Juez del derecho privado, porque dirige y autoriza, gobierna y juzga los actos jurídicos donde nace, con las reglas de la ley y los dictados de la justicia en el proceso de la jurisdicción voluntaria". Ley y justicia son los objetivos de la institución notarial. Pero no ley y justicia en el amplio sentido de la palabra, sino en el puro aspecto del derecho privado, que afecta a las distintas situaciones y relaciones jurídicas del individuo con la sociedad. "Realiza — dice con mucha razón — la función social del Derecho civil que corresponde al período de armonía del individuo con la sociedad".

"El hombre, pues, no vive aislado, sino dentro de la sociedad. Y ya en ella le sirve de fin y medio. De fin para poder desempeñar su misión en el mundo; Y de medio para cumplir los fines del individuo con funciones de carácter social. Mas como estos fines de carácter individual, se ejercitan, dentro de la gran órbita social, simultánea y colectivamente, y pueden, por consiguiente, hallarse en oposición, por estar también en contradicción los intereses individuales "se requiere" - añade, - para concordar tantas voluntades con aspiraciones distintas e intereses opuestos, un poder de dirección e impulsión que reduzca las

⁸¹LAVANDERA, revista de derecho inmobiliario, 1917: pp. 30.

contradicciones y organice la variedad en unidad, tendiendo a la mejor realización del fin personal y al social del bien común".

De ahí que la sociedad se organice en Estado para cumplir el fin jurídico. Y este Estado "reglamenta con leyes la vida en sociedad, y con variedad de instituciones y funciones establece y conserva el orden jurídico, reflejo del social e imagen del que resplandece en el universo".

Desarrollando su doctrina, dice el ilustre Notario lo siguiente: "El derecho fuerza física y moral, con energías de afirmarse y defenderse, necesita del organismo del Estado con potestad para su formación, aplicación y sanción. El poder que nace de la Soberanía con atributos de autoridad y fuerza, es la facultad de obrar para cumplir el fin jurídico; la función su ejercicio; el órgano su realización y el procedimiento su desarrollo por trámites adecuados, con efectos declarativos, probatorios y ejecutivos del derecho en la jurisdicción voluntaria y contenciosa." Apoyado en la opinión de Micelli, quien afirma "la necesidad que tiene el derecho de la cooperación de otras fuerzas para la práctica de sus normas", sostiene Lavandera que el organismo Estado "se compone de muchas magistraturas e instituciones sociales, órganos del Poder que obrando institucionalmente realizan las funciones indispensables para cumplir el fin jurídico... Entre ellas aparece la institución notarial con sus funciones y procedimientos para la declaración y cumplimiento del derecho. Por el ministerio de legalidad y justicia honoraria para la validez y eficacia de los actos jurídicos, aplica la ley que debe regirlos e impide las

transgresiones que los tribunales enmiendan. Desempeña una parte de la tutela jurídica que corresponde al Ministerio de Gracia y Justicia".⁸²

Por eso para Lavandera "la Institución notarial mira al individuo en relación con la sociedad viviendo en ella. Corresponde a la intervención y asistencia, información e influjo de la sociedad en la vida jurídica de los pueblos, con una cooperación de conocimiento técnico, conciencia pública y acción docente correctora y directiva, obra de justicia y de paz, magisterio de las leyes, enseñanza de la verdad jurídica y guía en el camino de lo recto; labor social de calificación y censura que armoniza los intereses individuales y colectivos, estableciendo el orden jurídico sobre bases justas y seguras. Cual órgano del poder ejecutivo que preside y dirige el desarrollo de la vida jurídico civil, regula las relaciones privadas y fija sus límites legales, adopta las normas conciliando su inflexibilidad con la variedad de los casos. Ejerce atribuciones del poder al tutelar y conserva los derechos, asegurando su validez y eficacia. Tutela que coadyuva a establecer y mantener el orden jurídico y la paz pública sobre bases de justicia, procurando la conjunción de la acción espontánea de las fuerzas sociales con la acción jurídica de las fuerzas de la ley; une a las fuerzas de hecho el valor coactivo y soberano de las fuerzas del derecho por medio del Poder. Desempeña parte de la tutela del Derecho público, bajo la cual nace y se cumple el Derecho privado, por la función legalizadora de la jurisdicción voluntaria, autorizando la forma pública y solemne de los actos jurídicos".

⁸²Hoy ministro de Justicia.

De lo anterior, deduce Lavandera que la institución Notarial es directora, gobernante, instrumento de justicia y arquitecto del Derecho privado, actuando con función de justicia, con función legalizadora, y como Ministerio público.

Ministro y Juez el Notario, la institución a que pertenece realiza un fin jurídico y una función pública de asistencia técnica. En conclusión afirma Lavandera que "el proceso Notarial debe realizar, como el judicial, tres funciones: formación y legitimación del acto, con la declaración firme y cierta de los derechos y obligaciones que produce su demostración plena y su cumplimiento forzoso".

Y por considerar al Notario como Magistrado y como Juez, le asigna al Notariado la característica de Magistratura, con autoridad y función, para aplicar el derecho a la voluntad de las partes, en su manifestación pacífica y normal, siendo su misión la de aprobar, legalizar, sancionar, autenticar, dirigir, autorizar y ejecutar el acto jurídico.

Tales son los razonamientos en que el señor Lavandera fundamenta su definición del Notariado y con el cual coincidimos.

3.3.2 La Notaria.

"Notariado", "Notaría" y "Notario" son tres vocablos jurídicos, que si bien mantienen entre sí íntima naturaleza y guardan estrechísima relación jurídica, también median entre los tres, diferencias, que sin separarlos, los delimita y distingue perfectamente. Y esta distinción ha tratado de puntualizar la doctrina científico notarial, dando, de aquel vocablo, su concepto jurídico.

El Notario catalán señor Falguera, nos dice lo siguiente: "La Notaría es una ciencia antigua, especial, sui generis, conocida en ciertos países, ignorada en otros, vulgar en Cataluña, desconocida en casi todas las demás provincias de

España; una ciencia que si bien reconoce por base el Derecho como la Jurisprudencia, lo enseña bajo diferente método, en otra forma: En una palabra, está destinada a formar Notarios como la Jurisprudencia lo está a formar Abogados. En el siglo XXI, no existía. Los Notarios se procuraban los conocimientos necesarios para el ejercicio de su profesión en las obras de Jurisprudencia; pero en el siguiente siglo un hombre pensador, un genio esclarecido, concentrando su profunda inteligencia, vislumbró entre el inmenso cúmulo de leyes una ciencia desconocida, la Ciencia de los depositarios de la fe pública; entresacó disposiciones legales, las ordenó, tomó lo necesario del Derecho civil, del mercantil y del penal, como entonces regía, lo compiló bajo una nueva forma, puso al lado de la regla elemental del Derecho sus aplicaciones a la redacción de instrumentos, y este trabajo de un entendimiento privilegiado dotó al mundo de una nueva Ciencia: la Notaría. La escuela de Bolonia, la ciudad en masa saludó alborozada esta creación científica; su autor fué admitido a enseñarla públicamente y aclamado como uno de los primeros doctores de la Universidad: el Cuerpo municipal le concedió honores inusitados y propios tan sólo de la soberanía, y hoy todavía el viajero, al reconocer las antigüedades de la ciudad por el impulso que dió al estudio del Derecho, puede leer en suntuoso monumento la inscripción destinada a perpetuar la memoria del insigne Rolandino Rudolfo, príncipe de la Notaría."

De tal manera que, para Falguera, la Notaría es una disciplina jurídica de contornos determinados, y por lo mismo equivalente al concepto que se le atribuye al del Derecho Notarial.

En nuestra opinión de tesis, la palabra Notaría puede tomarse en dos sentidos: Subjetivo y objetivo. Subjetivo cuando se refiere al individuo que ejerce la función Notarial o el cargo y profesión de Notario. Objetivo cuando se le atribuye a la institución Notarial.

Cuando en el lenguaje vulgar y corriente se dice v. gr. Fulano ejerce la Notaría, nos referimos al sentido subjetivo, y en tal sentido la atribuimos al hecho de desempeñar la función de Notario o ministerio Notarial. Cuando nos referimos a la institución en sí, independiente de toda consideración subjetiva, sin referirla a individualidad determinada, por ejemplo, cuando hablamos del Profesorado, del Secretariado, de la Magistratura, del Notariado, etc., nos referimos a lo que es la Institución en su organización legal concretada a un momento determinado y en sus aplicaciones y facultades distintas. En otro tercer sentido o aspecto puede tomarse la palabra Notaría: Es el lugar de actuación del funcionario Notario. Así sucede cuando decimos la Notaría de tal pueblo o la de don Fulano de Tal.

3.3.3 El notario.

Cuando se trata de definir al Notario, nos encontramos con una doctrina muy extensa acerca del tema, lo cual beneficia al presente trabajo de investigación. La competencia científica del Notario, su naturaleza profesional, sus caracteres, su competencia jurisdiccional y su autoridad, y en fin cuantos elementos permanentes e inmutables delimitan el criterio científico del Derecho Notarial, son todos elementos que bajo una u otra forma y con mayor o menor extensión, han tenido en cuenta los tratadistas de aquel Derecho para dar una definición científica del Notario.

Por lo anterior es que encontramos problemas jurídicos, tales como si el Notario es un funcionario público o un profesor de Derecho; Si es testigo de mayor excepción, o si tiene el concepto de tercero a los efectos de la ley Hipotecaria, que influyen muy principalmente para llegar al conocimiento del concepto científico del Notario. Pero estos problemas, por su excepcional importancia han de estudiarse separadamente.

Partiremos desde dos puntos de vista para dar el concepto científico del Notario, como funcionario público, o como profesor de Derecho. De todos modos, en uno u otro sentido, siempre fundan su razón de ser en la necesidad de dar forma fehaciente a las relaciones privadas de Derecho que son producto de la voluntad individual, las cuales no interesan solamente a los contratantes, sí que también a la sociedad que tiene especial interés en que consten en forma auténtica y fehaciente, sobre todo cuando afectan muy especialmente al orden económico, con el fin de contrastar el régimen de tributaciones y el movimiento y evolución de la propiedad en general.

Pero el Notario no sólo es un funcionario público y un profesor de derecho cuando dentro de la esfera de su misión actúa en la vida normal del derecho y lo aplica a las relaciones jurídicas propias de todo negocio jurídico. Es todavía más: Es un delegado especial del poder Público revestido de autoridad, para imponerse y ser respetado erga omnes (frente a todos) en el ejercicio de sus funciones. Siempre su augusta función se consideró ligada a la autoridad del poder público del cual, aquel funcionario, fue un delegado especial en armonía con la especialidad de su ministerio. Siempre obró dentro de la sociedad, socializando y su actuación y dio al Derecho un tinte sumamente democrático. Siempre ha

intervenido para dar al Derecho una misión augusta de paz y armonía social. Siempre ha procurado que las relaciones contractuales, hayan sido fiel reflejo de la voluntad individual y exacta convivencia en las normas del Derecho escrito.

Por estas consideraciones, estamos en condiciones de poder definir al Notario diciendo "que es el funcionario público, que jerárquicamente organizado y obrando por delegación del Poder del Estado, y por lo mismo revestido de plena autoridad en el ejercicio de su función, autentica las relaciones jurídicas normalmente creadas por la libre voluntad de las personas jurídicas, dándoles carácter de verdad, certeza y permanencia, previo el estudio, explicación y aplicación del Derecho positivo, a cada uno de los actos jurídicos de carácter normal en los cuales interviene"; o en términos más breves: "Es el funcionario público, que por delegación del poder del Estado y con plena autoridad en sus funciones, aplica científicamente el derecho en su estado normal cuando a ello es requerido por las personas jurídicas."

Sobre el concepto del notario y su función, la Conferencia de los Notariados de la Unión Europea, en la Declaración de Madrid refirió:

"El notario es un funcionario que ha recibido la autoridad del estado para dar fe de los documentos de que es autor, asegurando la conservación, fuerza probatoria, la fuerza ejecutoria y la eficacia de los mismos. Con el fin de garantizar la independencia necesaria de su actividad, el notario la ejerce en el marco de una profesión liberal que cubre todas las actividades jurídicas no contenciosas.

En igual sentido se expresa Ríos Helling⁸³ al definir al notario como “el profesional del derecho al que la ley ha conferido la facultad de autenticar o certificar los actos o hechos, jurídicos o materiales, que se celebren o acontezcan ante él y se hagan constar en instrumentos de su autoría, con la finalidad de proporcionar seguridad jurídica a quienes presta sus servicios”.

Consultando a la Ley del Notariado del Distrito Federal en su artículo 42 define con mucha precisión la figura notarial al señalar:

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

Dada la naturaleza territorial de nuestra propuesta como tesis, creemos que la definición más acertada, y con la que nos quedaremos, es la que nos otorga la Ley del notariado para el Estado de Michoacán, en su artículo 3^{ero}, define al Notario como

“Artículo 3o.- El notario es el profesional del Derecho 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, revistiéndolos de solemnidad y formas legales.” El notario conserva los instrumentos en el protocolo a su cargo, los reproduce y da fe de ellos. Actúa también como auxiliar de la administración de justicia, como consejero, árbitro o asesor internacional, en los términos que señalan las disposiciones legales relativas.”

⁸³ HELLIG, Practica del Derecho notarial, 1997, pp: 24.

3.4 Función notarial.

Una vez que definimos el derecho notarial y al notario público como funcionario investido de fe pública, es necesario definir la función notarial, en atención a que es una función de interés social, ya que con ella la sociedad encuentra una prevención a los conflictos sociales y solo se desarrolla adecuadamente cuando la designación del notario recae en una persona que cumple cuando menos con tres cualidades.

El notario público debe ser una persona honesta que ante todo y ante todos se conduzca con rectitud, debe ser una persona que sea experta en derecho, ya que ante él se plantearán situaciones de naturaleza jurídica que debe apreciar a la luz de los principios y reglas que otorga la ciencia jurídica y debe ser una persona comprometida socialmente, ya que no basta para cumplir a cabalidad con la función notarial el ser honesto y actuar con apego a la ley.

Para entender mejor la naturaleza de la función notarial, pondremos énfasis en el compromiso social que debe caracterizar al notario, el cual lo debe dotar de una búsqueda permanente en sus actuaciones de las verdaderas intenciones de quienes ante ellos comparecen, el compromiso social debe otorgar al notario la paciencia y tenacidad necesaria para escudriñar en cada caso, en cada situación que se le plantea, la génesis de la petición que se le hace.

En el artículo intitulado Breves Reflexiones sobre el Notario, Jorge Gutiérrez Álvarez refiere “El notario no debe ceñirse a ser un simple espectador de los hechos humanos en relación con el bien común terreno. Su actuación ha de trascender lo superficial de los elementos que se muestran. Debe captar, intentarlo al menos, al hombre, a sus actos y pensamientos y ello con toda cautela; realizar

el examen del acto jurídico que se pretenda formalizar ante su persona, evitando así maldades e injusticias que puede haber dentro del ser humano”.

El notario público con los años de experiencia, se debe convertir en un hábil entrevistador de los solicitantes de sus servicios, que mediante las preguntas adecuadas encuentre lo que en muchas ocasiones no se le ha planteado y pueda crear una propuesta adecuada para cubrir las necesidades de las personas que ante el acuden.

Al definirse la actuación del notario latino, se ha afirmado que el notario produce, autoriza, conserva y reproduce el instrumento público, lo cual significa que es el notario público quien redacta el instrumento público de conformidad con la ley y con la petición que le hayan realizado los comparecientes, lo cual necesariamente implica que el notario público previo a la elaboración del instrumento público, ha tenido un entrevista con quienes solicitan su servicio, en la que valiéndose de todos los recursos a su alcance el notario descubre las necesidades de quienes ante el comparecen y elabora una solución legal para ello.

En los términos planteados, el notario público define el curso de su actuación en las entrevistas que tiene con quienes solicitan sus servicios y es precisamente en esta entrevista donde apoyado en su compromiso social, descubre las necesidades de las personas que ante el comparecen y evita los conflictos sociales.

El notario en todo momento debe buscar la solución de las necesidades de quienes ante el comparecen, y nunca se limita a solo calificar de viable o no la solicitud de sus servicios, el notario construye apoyándose en la ley una solución

legal para resolver las necesidades de la gente. Es el notario público un asesor de la gente, un constructor de soluciones.

La actividad notarial es una función pública encomendada por el Estado a un particular. En nuestro país la función notarial se encuentra bajo la potestad del poder Ejecutivo de cada Entidad Federativa, quien está facultado por la respectiva norma para autorizar a los profesionales del derecho el ejercicio de la función notarial, que se traduce en la autenticación de los actos y documentos que las personas les presenten, otorgándoles legalidad y seguridad jurídica.

Sobre la función notarial, el reconocido abogado y notario mexicano Fernando Cárdenas, señala como objeto de la misma:

A. El asesoramiento técnico jurídico de alta calidad que el estado a través del Notario hace llegar a todos los ciudadanos que lo soliciten.

B. La seguridad en las relaciones jurídico privadas permitiendo el control de legalidad que está obligado a realizar el Notario, al redactar el documento público donde quedan asentados con las formalidades de ley los hechos o los actos jurídicos formalizados ante el Notario.

C. La seguridad jurídica al servir el documento público como prueba plena.

D. La prevención de conflictos judiciales.

La función notarial es eminentemente de carácter jurídico, toda vez que el notario después de escuchar a las personas, de asesorarlas y aconsejarlas profesionalmente, redactará el documento en el que se recoge la voluntad de los solicitantes quienes lo revisarán y de conformidad con lo plasmado lo firmarán.

Tiene esta función la característica de ser unipersonal a cargo del notario e imposible de ser delegada.

En el estado de Michoacán, el artículo 1º de la Ley del Notariado establece que el notariado es una función de orden público y su ejercicio se encargará a los notarios públicos. Esta norma regula la función notarial en sus apartados del 34 al 86, mientras que en el artículo 87 establece otros actos en los que puede intervenir el notario como parte de su función además de los relativos a las escrituras públicas y privadas.

Como ya se ha dicho, la función notarial corresponde al notario, empero como un caso excepcional y de acuerdo a las disposiciones de la Ley Orgánica de la Administración Pública, así como a la Ley del Servicio Exterior Mexicano y su Reglamento, los jefes de oficinas consulares podrán ejercer funciones notariales en los casos y modalidades que dichas normas estipulan.

CAPITULO 4

LA INTERVENCION JUDICIAL EN LA JURISDICCION VOLUNTARIA

4.1 Naturaleza jurídica de la jurisdicción voluntaria.

Durante el desarrollo del presente trabajo, hemos defendido fervientemente la idea de que nuestro ordenamiento jurídico mexicano no distingue entre los asuntos que carecen de Litis, y los que son contenciosos; por ende, la ciencia no ha procedido todavía ni siquiera a un severo reconocimiento de tales datos, de manera que muchas formas de proceso voluntario, incluso las más importantes, están todavía sin distinguir del proceso contencioso.

El asunto es si el procedimiento voluntario debe diferir del procedimiento contencioso. Nosotros encontramos casos en los cuales el procedimiento voluntario presenta en comparación al contencioso una mayor complicación; Hay otros, en los cuales, por el contrario, es un procedimiento contencioso grandemente simplificado. No se podría dar un signo más claro de que estamos frente a un ordenamiento muy imperfecto.

El enredo del procedimiento se halla en aquellos procesos que han estado hasta ahora confundidos con el proceso contencioso; Sin embargo, las modificaciones recientes a nuestros ordenamientos jurídicos permiten acercarnos a la realización del tema aquí planteado.

Expuesto el carácter de los actos de la jurisdicción voluntaria, corresponde formular una opinión sobre el problema de si el ejercicio de la función que entraña sería más propio de los órganos administrativos o de notarios que de los jueces civiles, a quienes se ha encomendado tradicionalmente.

Teniendo en cuenta la conexión que existe entre los actos de la jurisdicción contenciosa y los de la voluntaria, ya que la materia objeto se convierte automáticamente en contenciosa en cuanto surge oposición, y dada también la

naturaleza jurídica de la misma y la preparación especial que requiere el conocimiento de estos actos, a nuestro juicio, los únicos funcionarios a quienes pueden encomendarse, con las necesarias garantías, son los judiciales.

Este criterio, que es el tradicional en España y en los países hispanoamericanos, es, además, el único que, a nuestro juicio, debe mantenerse, tanto desde el punto de vista doctrinal como desde el legal. La legislación mexicana se ajusta a él.

4.2 Actos de jurisdicción voluntaria civiles, mercantiles y laborales.

La jurisdicción voluntaria, según el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, comprende todos los actos en que por disposición de la ley o por solicitud de los interesados se requiere la intervención del juez, sin que este promovida ni se promueva cuestión alguna entre partes determinadas (art. 893).

Los actos de jurisdicción voluntaria pueden ser, con relación a la materia, civiles, mercantiles o laborales.

A solicitud de parte legítima podrán practicarse en esta vía las notificaciones o emplazamientos necesarios en procesos extranjeros (art. 893, segundo párrafo).

De acuerdo con el Código de Procedimientos Civiles citado (art. 896), si a la solicitud presentada se opusiere parte legítima, el negocio se continuará conforme al procedimiento contencioso, de acuerdo con la naturaleza del asunto.

En los actos de jurisdicción voluntaria, el juez puede variar o modificar las providencias que dicte sin sujeción a los términos y formas establecidas respecto a la contenciosa. Se exceptúan los autos que tengan fuerza de definitivos y contra

los que no se hubiese interpuesto recurso alguno, a no ser que se demuestre que cambiaron las circunstancias que afectan al ejercicio de la acción (art. 897).

Las providencias de jurisdicción voluntaria son apelables en ambos efectos, si el recurso lo interpusiese el promovente de las diligencias, y sólo en el devolutivo cuando el que recurre haya venido al expediente espontáneamente o llamado por el juez o para oponerse a la solicitud que haya dado motivo a su formación (art. 898).

La sustanciación de las apelaciones en jurisdicción voluntaria se ajustará a los trámites establecidos para la de las interlocutorias (art. '899).

En los negocios de menores e incapacitados intervendrán el juez de lo familiar y los demás funcionarios que determine el Código Civil (art. 901).

4.3 En Michoacán.

Ahora bien, en nuestra legislación del Estado el Código de Procedimientos Civiles del Estado de Michoacán estipula en su artículo 1153:

“La jurisdicción voluntaria o vía de autorización, comprende todos los actos en que, por disposición de la ley o por solicitud de los interesados, se requiere la intervención del juez sin que se haya promovido ni se promueva cuestión alguna entre partes determinadas”.

Si bien, de la propia definición estipulada en el Código de Procedimientos Civiles, se entiende que forman parte de la jurisdicción voluntaria todos los actos que impliquen la intervención del juez sin que caigan en el campo litigioso, y en ese sentido se puede encontrar un amplio abanico de actos, empero el capítulo relativo a las disposiciones sobre jurisdicción voluntaria en dicho código, no

contiene relación alguna sobre los actos que correspondan a este apartado, solamente el artículo 1162 del ordenamiento en cuestión señala:

“Los actos de jurisdicción voluntaria de que no hiciere mención especial este Código, se sujetarán a lo dispuesto en este capítulo”.

En cambio el capítulo II del Título Décimo Séptimo que se refiere a la jurisdicción voluntaria, considera dentro de este apartado las informaciones ad perpetuam, así como el apeo, deslinde y amojonamiento.

Es en el Código Familiar para el estado de Michoacán, en el Título decimotercero donde se encuentran regulados la mayoría de los actos relativos a la jurisdicción voluntaria, de tal forma que el Capítulo II establece y regula los siguientes actos de jurisdicción voluntaria:

- Consignación de alimentos;
- Acreditación de hechos;
- Estado de interdicción y nombramiento de tutores y curadores;
- Suplencia del consentimiento de ascendientes o tutores para contraer matrimonio;
- Habilitaciones para comparecer a juicio;
- Depósito de personas;
- Venta de bienes de menores, incapacitados y ausentes, y transacción de sus derechos;
- Todos los demás asuntos que la ley prevea deben ser tramitados ante esta vía.

CAPITULO 5

LA INTERVENCION NOTARIAL EN LA JURISDICCION VOLUNTARIA

5.1 Ubicación del problema.

Reconocemos que la jurisdicción voluntaria ha sido considerada invariablemente un capítulo del derecho procesal; Uno de los deberes que nos planteamos con la presente investigación es precisar este aserto. Sin duda que denotar un concepto claro y distinto de lo que constituye la jurisdicción voluntaria en tanto su naturaleza sea jurisdiccional, criterio que no compartimos, lo es.

Los doctrinarios en el tema aseguran que la estructura científica del derecho procesal se asentó en tres firmes pilares: Las nociones de jurisdicción, la acción y el proceso. Y bien, denominando "jurisdicción voluntaria" a un complejo y variados actos de diversa naturaleza, llegando a la errónea conclusión de ser materia propia de la disciplina procesal.

Sin embargo, a nuestro humilde criterio, consideramos que si la denominación (continente) no refleja cabalmente lo denominado (contenido) hay que arrojarla por la borda. Tal es el caso de la llamada jurisdicción voluntaria.

Ahora bien, a estas instancias del presente trabajo hemos desarrollado con precisión dos conceptos fundamentales; La función notarial (véase el 3.4 del presente) y jurisdicción voluntaria (véase el 2.2 del presente). Lo anterior es necesario para cotejarlos y poder sacar nuestras conclusiones y ver en qué medida ambas ideas se corresponden.

5.2 El notario ante la jurisdicción voluntaria.

Definidos los conceptos de la función notarial y la jurisdiccional, cabe afirmar que cada uno de los actos que abarca la denominada jurisdicción voluntaria que participen de una y otra naturaleza, deben ser materia de competencia de notarios o de jueces, según fuera el caso.

Contra la opinión de Zanobini⁸⁴, entendemos que aquellos actos en los cuales el órgano judicial interviene simplemente para registrar o certificar hechos jurídicos de la vida privada, no constituyen actividad administrativa, sino propiamente ejercicio de la función notarial.

Ahora bien, existe una exigencia de garantía de autoridad por parte de los órganos a los que se les confía la realización de actos de jurisdicción voluntaria, es por eso que el Estado adopta la propia jerarquía de lo judicial ordinario.

Pero creemos que, por motivos de carácter histórico, los asuntos de jurisdicción voluntaria han sido atribuidos al conocimiento del juez, aun y cuando no sea su natural competencia.

Entendemos las diferencias específicas entre los actos propios de la función notarial, jurisdiccional y administrativa.

Navarro Azpeitia⁸⁵ considera, acertadamente, la competencia judicial dentro de la llamada jurisdicción voluntaria a los actos de amparo o protección de personas con capacidad nula o disminuida; Reservando a la intervención notarial las autenticaciones calificadoras ante fedatarios y las inscripciones registrales.

Por tanto, podemos afirmar que existen actos comprendidos en la jurisdicción voluntaria que son de naturaleza, ya notarial, ya jurisdiccional, denotando en su inmensa mayoría, varios caracteres peculiares de los actos administrativos. Podemos recordar que hay jurisdicción voluntaria o graciosa cuando el juez ejerce a falta de todo litigio poderes de constatación, de protección, de tutela, de comprobación.

⁸⁴Sull' amministrazione pubblica del diritto privato.

⁸⁵"Actas notariales de notoriedad", Anales de Acad. Matr. del Notariado, t. I. Pag. 49.

Los actos de jurisdicción voluntaria serán propios de la función notarial en tanto se ejerciten poderes de constatación o comprobación. Y así en ciertos actos de jurisdicción voluntaria la intervención del juez sólo tiene por objeto dar autenticidad o verificar el cumplimiento de una formalidad. Es precisamente con respecto a ellos que cabe alzar la voz en defensa de la reintegración de la función notarial, como en variados aspectos lo han hecho distinguidos notarialistas.

No existiendo Litis en los actos de jurisdicción voluntaria, ni un bien garantizado en contra de otra persona, sino una finalidad constitutiva de estados jurídicos nuevos, a consecuencia de la verificación del cumplimiento de determinadas formalidades o de la autenticación de ciertos actos, es notorio que siendo actos específicos de la función notarial, deben ser atribuidos a la competencia de quienes corresponda.

Bajo el nombre "jurisdicción voluntaria" se han designado aquellos actos que con el transcurso del tiempo pasaron de la competencia de los jueces ordinarios a la competencia o función de los notarios.

Es decir, que la intervención notarial es realización de ciertas funciones de jurisdicción voluntaria, esto es aquellas que se corresponden con el quehacer propio de la función notarial.

Citando a Castán Tobeñas, quien afirmó con profundidad que "teóricamente lo que hay que destacar es la procedencia de que se respete siempre la competencia de los jueces, respecto a la llamada jurisdicción voluntaria, en aquellos casos en los que se trata no ya de una mera actividad legitimadora o constataadora, sino de tutelar los intereses privados, mediante la garantía de la intervención, del órgano del Estado en determinados negocios". La afirmación

precedente es inobjetable en cuanto sostiene que la actividad constatadora o legitimadora escapa a la competencia judicial, pero consideramos aquellas funciones que sin ser típicamente notariales, tampoco son jurisdiccionales, pueden cuando razones de conveniencia u oportunidad lo exigen ser asignadas al ámbito del ejercicio profesional del notariado.

En lo que respecta al problema de la contenciosidad, se dice que para ser viable la intervención notarial, dentro de la llamada jurisdicción voluntaria, es menester que el elemento controversia permanezca ausente; Opinión que a nuestra manera de ver debe ser reconsiderada por ser sólo parcialmente exacta. Así, verbigracia: El marido pide al notario que levante acta a los efectos de comprobar el hecho del adulterio de su mujer, para aportarla ulteriormente a los procedimientos tendientes al divorcio. ¿Hay conflicto? Ni dudarlo, y sin embargo es legítima su intervención. La razón estriba en lo siguiente: Si el notario tuviere que emitir un juicio de valor acerca del hecho, sería incompetente; Estaría juzgando, dirimiendo un conflicto; Sin embargo su actuación es lícita pues él sólo constata un hecho, el cual, incluso no serviría de nada a la postre por la reciente adición del divorcio sin expresión de causa en Michoacán; El notario única y exclusivamente está dando fe de cuestiones perceptibles con sus sentidos, mas nunca una valoración.

Hay que recordar que la actividad del notario no puede asimilarse a la judicial, no debe ser motivo de diferenciación la contenciosidad de la relación, sino su aspecto jurisdiccional; Podrá interesar a la doctrina procesal la distinción pues es evidente que en la llamada jurisdicción voluntaria, si bien puede haber conflicto, no hay por definición (jurisdicción "no contenciosa") una formal traba de la litis.

Sanahuja considera que "la jurisdicción voluntaria es un residuo de la función legalizadora que se asignó al poder judicial, siendo un caso de pseudomorfosis de una función estrictamente notarial en parte, porque en otra es más que jurisdicción, es juris adictio, función completamente ajena al notario".

Con lo expuesto se acredita, que dentro de la llamada jurisdicción voluntaria, existen una serie de actos que hacen a la función notarial.

Sin entrar en las clasificaciones que la doctrina ha hecho, en torno a los actos de jurisdicción voluntaria, enumeramos a continuación aquellos actos respecto de los cuales es pacífica la doctrina en admitirlos como tales.

Ellos son:

- Informaciones ad perpetuam;
- El apeo, deslinde y amojonamiento;
- Consignación de alimentos;
- Acreditación de hechos;
- Estado de interdicción y nombramiento de tutores y curadores;
- Suplencia del consentimiento de ascendientes o tutores para contraer matrimonio;
- Habilitaciones para comparecer a juicio;
- Depósito de personas;
- Venta de bienes de menores, incapacitados y ausentes, y transacción de sus derechos;

- Etcétera...

Advirtió Alcalá Zamora y Castillo que los actos extrajudiciales propios de la jurisdicción voluntaria deben pasar a integrar la actividad notarial. Aquellos actos que impliquen per se declarar o acordar derechos, con cierto margen de discrecionalidad son propios de lo judicial, en tanto que conciernen a la actividad notarial los que si bien declaran o acuerdan derechos, presuponen para ello una constatación de requisitos o comprobación de calidades, ejercitada en virtud de una potestad legitimadora.

5.3 De lo teórico a lo práctico.

Nuestra postura respecto de la jurisdicción voluntaria en sede notarial se fortaleció con la investigación aquí planteada, sin embargo, aun y cuando concluimos en que es viable que ciertos actos de la denominada. "jurisdicción voluntaria" se incorporen a la esfera de la actuación notarial, nos preguntamos ¿Qué resultados daría tal intervención?

Debido a razones de diversa índole, antropológicas, etnográficas, culturales, sociales, políticas y económicas, los pueblos conviven y evolucionan siguiendo diferentes pautas de conducta; Es así como el latino es romántico y extrovertido, el sajón calculador e introvertido, y más...

Siendo que las normas regulan al hombre y los hombres tienen multitud de conductas, debemos esclarecer si es académicamente posible sustentar la tesis expuesta y confrontarla con la realidad existencial, ya que, no siempre se corresponden noesis y praxis.

La jurisdicción voluntaria en sede notarial es una realidad en distintos países, incluso en distintos estados, hablando de nuestra madre patria; Y es que, aun y cuando, reconocemos la influencia notarial que en este aspecto se manifiesta en la legislación comparada, no lo esgrimimos aquí como principal fundamento de nuestra posición, que sí será destacado, en tanto y cuanto evaluemos favorablemente sus efectos prácticos en la realidad.

Sabidas son ya las dificultades que se presentan dentro de los tribunales dada la amplitud comprendida en el campo jurisdiccional y los inconvenientes que éstos ocasionan para el normal desenvolvimiento de las tramitaciones judiciales.

Es por eso que sostenemos la colaboración y, ¿por qué no?, la coparticipación que el notario puede prestar en pro de la agilidad de determinados procesos.

No entendemos que esto puede entorpecer la administración de justicia dado que, como se ha sostenido, y del contexto del trabajo surge dichos actos de jurisdicción voluntaria pertenecen a la actividad notarial. Debido a las cualidades personales del notario es así como la intervención del funcionario fideifaciente concluiría en un evidente beneficio de los gobernados, tantas veces víctimas de la morosidad procesal, características de nuestros tribunales y especialmente en cuanto a procesos no contenciosos se refieren.

De lo dicho emana que si se da competencia al notario para intervenir dentro de los actos de la jurisdicción voluntaria oportunamente enumerados, reportará, sin dudar, una interesante coordinación de esfuerzos entre profesionales del derecho (abogado-escribano) que reanudará, en definitiva, en

celeridad y economía procesal, tan ansiosamente reclamada por quienes esperan lo mejor de ella.

CONCLUSIONES

El presente trabajo de investigación representa una enorme satisfacción para el autor, toda vez que, consideramos que representa un pilar que fundamenta y robustece nuestra postura respecto de la tramitología de la jurisdicción voluntaria en sede notarial; Postura que, inminentemente, tiene que llevarse a la práctica en nuestro estado de Michoacán por las razones que en seguida se exponen.

En el capítulo 1, se expusieron los antecedentes históricos de la función jurisdiccional en nuestro México, empezando en la época prehispánica y terminando por nuestra actualidad; Reconocimos con precisión la función judicial, estableciendo las actividades realizadas por el órgano jurisdiccional, las cuales no se agotan únicamente con el proveer a las partes, sino que se extienden a oír a las partes, inspeccionar pruebas apreciar y valorar pruebas, interpretaciones de la voluntad, así como las funciones de ser el rector del procedimiento en todo momento; Analizamos que los titulares del órgano jurisdiccional pueden ser jueces o magistrados, ambos desempeñan una función de vital importancia en la impartición de justicia, además de que deben contar con una amplia trayectoria en el poder judicial, así como contar con un conocimiento exhaustivo del Derecho para poder pasar exámenes de conocimientos, capacidades y todo un proceso de selección para poder desempeñarse como titulares de un órgano judicial.

En el capítulo 2, nos dimos a la tarea de encontrar el origen de la jurisdicción voluntaria, encontrando sus raíces en el Derecho romano, y que era ejercida por los cónsules romanos cuando salían de Roma; Denotamos nuestra inconformidad de denominar como “jurisdicción voluntaria” a los procesos no contenciosos que, para su reconocimiento, se necesita la intervención del Estado y que al ser un acto

meramente administrativo no tienen por qué someterse a conocimiento de los órganos judiciales (jueces) ya que la finalidad de estos es la de impartir justicia; Resaltamos la importancia que tiene la jurisdicción voluntaria en nuestro sistema jurídico mexicano, sin embargo, condenamos que estos asuntos sean ventilados ante órganos judiciales porque solamente suman una gran cantidad de trabajo y entorpecen la labor de una justicia pronta y expedita.

En el capítulo 3, pudimos conocer que, desde la conquista de los Españoles, existe la figura del escribano (Notario Público), quien a través del tiempo se consolidó en nuestro sistema jurídico y que a la fecha su notable labor es prácticamente necesario y de vital importancia en la sociedad; Analizamos diversas acepciones de diferentes autores y pudimos coincidir que la función notarial es una función pública, encomendada por el Estado a un particular (Notario), quien mediante la fe pública, autentica de actos y documentos que las personas le presenten, otorgándoles legalidad y seguridad jurídica, así como también, otorga el asesoramiento técnico jurídico de alta calidad, velar por las formalidades establecidas por la ley y prevención de conflictos judiciales; Lo anterior, analizamos, se logra ya que el actuar del notario se caracteriza por la honestidad, probidad y rectitud que hacen del Notario un verdadero profesional del Derecho.

En el capítulo 4, realizamos un reconocimiento de nuestra legislación michoacana en cuanto a la jurisdicción voluntaria, encontramos asuntos que están contemplados por la Ley para ser tramitados bajo la vía de jurisdicción voluntaria, ya sea en materia civil, laboral, mercantil o agrario.

En el capítulo 5, nos enfocamos en nuestra propuesta ya que, de manera exhaustiva, nos dedicamos a realizar una comparación para entender la compatibilidad que la jurisdicción voluntaria tiene con la función notarial, siendo este el punto medular de nuestro trabajo, reconociendo la naturaleza de la jurisdicción voluntaria que se limita única y exclusivamente a solicitudes que realiza el gobernado al Estado con la finalidad de que algún hecho o situación nazca a la vida jurídica, pero la Ley, equivocadamente, establece el proceso ante órgano jurisdiccional justificándolo con el hecho de que debe obtener el reconocimiento por parte del Estado para poder nacer a la vida jurídica; De lo anterior establecimos que no se debe someter al conocimiento del Juez toda vez que no media una verdadera función judicial ya que no existe una Litis, característica medular de la jurisdicción voluntaria, sino se debe someter al conocimiento del Notario Público en su calidad de representante del Estado para otorgarle la fe al acto y así obtener el reconocimiento del Estado que el gobernado necesita para resolver su asunto.

Ahora bien, habiendo mencionado lo anterior, consideramos que en la implementación de la jurisdicción voluntaria en sede notarial se deben considerar los siguientes puntos:

1. No utilizar el formato de oficialía de partes, promoción y acuerdo.

Como todos sabemos, el formato de oficialía de partes, promoción y acuerdo, es un formato de comunicación rígida propio de los tribunales, cuya función es dirimir conflictos y mantener una posición imparcial entre las partes.

La comunicación que existe entre el Notario Público y los solicitantes de sus servicios, es una comunicación informal que se desarrolla a partir de la

comparecencia del particular en la que derivado de cuestionamientos y petición de información, el Notario va descubriendo las necesidades del particular.

Derivado de la comparecencia del particular ante Notario Público, se le asesora acerca de los servicios que podrían brindarle y le explica el alcance jurídicos de los actos que realizarían.

Después de esta comunicación informal por medio de la cual se asesora a los particulares y en caso de ser viable la prestación de algún servicio notarial, de conformidad con las reglas establecidas para ello, se continua para desarrollar la actuación del Notario notarial siempre por comparecencia personal y en la privacidad propia de los asuntos en donde no se requiere la publicidad características de los procedimientos contenciosos.

El desarrollo de la jurisdicción voluntaria en sede notarial, no debe de probar al Notario de su forma natural de actuar, ni debe simular que las peticiones que se realizan al Notario son por medio de una promoción que ante él se hace y que la respuesta a dicha petición es por medio de una contestación con el formato de un acuerdo judicial.

Pensamos que es absurdo pensar que previo a que se desarrolle el servicio de la jurisdicción voluntaria en sede notarial, no existió una comparecencia ante el Notario Público y que derivado de ello no existió un acuerdo entre el notario y el particular sobre la forma en que se habrán de desarrollar el servicio y los honorarios que cobrara por ello.

La comunicación que existe y debe seguir existiendo entre el notario y los particulares, debe seguir siendo igual y no debe imitar la comunicación que existe entre los jueces y particulares.

Como quedo asentado líneas arriba, se ha establecido en la jurisdicción voluntaria en sede judicial un sistema de comunicación propio de los procedimientos contenciosos, que bajo ninguna circunstancia se debe imitar en la implementación de la jurisdicción voluntaria en sede notarial por no ser compatible con la forma de actuar del notario público, quien al verse obligado por la ley a actuar bajo el esquema de la jurisdicción voluntaria en sede judicial, inevitablemente caería en una simulación de una comunicación a base de promociones y acuerdos.

Las actuaciones del Notario Público en la jurisdicción voluntaria deben ser conforme a la naturaleza de su actuar y se debe evitar la formula inaplicable a las Notarías Publicas de oficialía de partes, promoción y acuerdo; empero lo anterior, no veríamos mal la elaboración de una solicitud por escrito que justifique el actuar del notario y que informe, de manera textual, al solicitante que en caso de inconformidad el asunto se ventilara de manera obligatoria ante un órgano jurisdiccional competente.

2. Los procedimientos y formas procesales no deben estar regulados en el código de Procedimientos Civiles, pero se deben de respetar.

Los procedimientos a seguir deben establecerse en norma distinta al Código de Procedimientos Civiles, siendo la norma más adecuada la Ley del Notariado que corresponda a cada entidad federativa.

Conforme a lo que se ha expresado anteriormente, históricamente las jurisdicciones voluntarias han sido tramitadas ante los Jueces, siendo esta la única razón por la que la regulación de los procedimientos para ellas establecidos se

encuentran en los Código de Procedimientos civiles, normas adjetivas que regulan la actuación de los tribunales.

Los procedimientos de cada entidad federativa, es a nuestro parecer la norma ideal para contemplar la actuación del Notario en jurisdicción voluntaria y debe evitar establecer la aplicación supletoria del Código de Procedimientos Civiles, ya que las formas de comunicación con los particulares, la publicidad de los procedimientos y la condición de las autoridad de los jueces hacen incompatibles las normas adjetivas de dicho cuerpo normativo con la actuación notarial; Sin embargo, aun y cuando consideramos que los procedimientos y requisitos deberían contemplarse en la Ley del Notariado, estos deben ser respetados, seguidos y vigilados en su cumplimiento por el Notario público.

3. No se debe convertir al Notario Público en una autoridad.

El notario Público se debe limitar a autorizar las actuaciones ante él desarrolladas, de la misma forma en que autoriza un instrumento público sin que sus actuaciones adquieran la naturaleza de acto de autoridad; El Notario Público se debe limitar, única y exclusivamente, a dar fe de los hechos que puedan ser perceptibles por sus sentidos, nunca emitir ningún tipo de valoración.

Consideramos que es perfectamente posible desarrollar la jurisdicción voluntaria en sede notarial sin que el Notario Público se convierta en autoridad, debiendo sus actuaciones conservar la naturaleza que hasta el día de hoy tienen.

Como ya hemos mencionado, el notario público si bien es cierto desarrolla una función que en origen correspondía al Estado, su actuación es la de un particular autorizado por el Estado para colaborar con él.

Las actuaciones del Notario Público no son actuaciones que guarden con los particulares una relación de supra-subordinación y por ello nunca emiten resoluciones que obliguen o constriñen a los particulares a realizar determinada conducta.

4. No resolución notarial

En el desarrollo de la jurisdicción voluntaria en sede notarial, debe prevalecer la naturaleza del Notario y sus actuaciones aun y cuando vayan a ser destinadas a presentarse ante alguna autoridad para que surtan efectos ante ella, la actuación del Notario, no debe y no puede ordenar a autoridad alguna que proceda de forma determinada.

El Notario Público de la misma forma que lo hace con los instrumentos públicos, se debe concretar a autorizar la actuación que ante él se realice por considerar que reúne todos los requisitos legales para ello, pero nunca y bajo ninguna circunstancia debe emitir una resolución que orden un determinado proceder, ya que el Notario no es y no debe convertirse en autoridad. Ahora bien, consideramos que todos los asuntos relativos a la jurisdicción voluntaria en sede notarial deberían constar en escritura pública, lo anterior, para los efectos de otorgar una seguridad jurídica total a los gobernados, empero nunca debería tomarse como una resolución notarial.

5. A salvo derecho de terceros

La conclusión de la jurisdicción voluntaria en sede notarial, es el otorgamiento de un instrumento público por parte del Notario, mismo que no debe de vulnerar derechos a terceros, de ser así, se deberá manifestar ante el Notario Público, respetando los términos de Ley, para que el haga el asentamiento

correspondiente, deje de conocer del asunto y gire el expediente a la oficialía de partes en el Estado para que el asunto se ventile ante el juez correspondiente, ya que al existir inconformidades, se convierta el asunto en contencioso y lo dirima la autoridad competente.

PROPUESTA

Nuestra propuesta planteada en el presente trabajo se limita a la adición al artículo 87 de la Ley del notariado para incluir una novena intervención, que a la postre quedaría así:

Artículo 87. Los Notarios, además de intervenir en escrituras públicas y privadas, podrán hacerlo en:

- I.- Los testamentos, de conformidad con la Ley respectiva;
- II.- El reconocimiento de firmas;
- III.- El otorgamiento de carta-poder, de su revocación, sustitución parcial o total;
- IV.- Las certificaciones de entrega de documentos o valores que se hagan en su Presencia;
- V.- La expedición de copias certificadas de documentos que se les presenten, de testimonios y certificados que procedan;
- VI.- Notificaciones, interpelaciones, requerimientos y protestos;
- VII.- Certificaciones de hechos que puedan apreciar por los sentidos;
- VIII.- Consignaciones de dinero conforme al artículo 11 de esta Ley; y,
- IX.- Intervenir, cuando el interesado opte por esta vía y no por la judicial, en los asuntos de jurisdicción voluntaria; los notarios llevarán, para el control de estos trámites en sede notarial, un libro índice de asuntos de jurisdicción voluntaria; y
- X.- Los demás actos que prevengan las leyes.

Toda vez que, la naturaleza de la jurisdicción voluntaria es de carácter administrativa no jurisdiccional, ya que no existe un litigio como tal, adecuándose perfectamente para que el Notario Público conozca, sin ningún problema, de la jurisdicción voluntaria, obligándoles a llevar un libro índice para estos asuntos, sin mencionar que la carga de trabajo que tienen los juzgados de primera instancia reduciría significativamente, ya que los gobernados tendrían la opción de elegir ante quien tramitar la jurisdicción voluntaria.

FUENTES

BIBLIOGRAFICAS:

ARELLANO García Carlos, Segundo curso de Derecho Procesal Civil, Editorial Porrúa, 2ª edición, México, 1997.

ARELLANO García Carlos, Segundo curso de Derecho Procesal Civil, Editorial Porrúa, 2ª edición, México, 1997.

CARNELUTTI Francesco, Instituciones de derecho procesal civil, Editorial Oxford, 1ª Edición, México, 1999.

CHICO de Borja María Elena, Historia del Colegio de Notarios, México, 1987.

DE PINA Rafael, Castillo Larrañaga José, Derecho Procesal Civil, Editorial Porrúa, 1ª Edición, México, 1996.

DE PINA Rafael, Diccionario de Derecho, Editorial Porrúa, 18ª Edición, México, 1998.

FERNANDEZ del Castillo Pérez Othón, Derecho notarial, México 1989.

GIMENEZ Arnau Enrique, Derecho notarial, España, 1976.

LOMELI Enríquez Narciso P., La competencia notarial en asuntos no contenciosos, revista de derecho notarial número 123, México, 2010.

MENGUAL y Mengual José María, Elementos del Derecho Notarial, tomo II, Barcelona, 1931.

PEREZ Fernández del Castillo Bernardo, Iconografía notarial mexicana, Editorial Aldina, única edición, México 1998.

HEMEROGRAFICAS

CARDENAS González Fernando Antonio, Competencia notarial en asuntos no contenciosos, Revista de Derecho notarial, número 122, México, 2009.

SALINAS Arreola Albino Ignacio y SALINAS Salinas René Adrián, La jurisdicción voluntaria y el notario público, revista contribuciones a las ciencias sociales, número 30, México, 2015.

SALINAS Arreola Albino Ignacio y SALINAS Salinas René Adrián, reflexiones sobre la jurisdicción voluntaria en sede notarial, revista escribano, número 62, año XVI, México 2013.

INTERNET:

<http://www.aldf.gob.mx/archivo-2d0a0e29cbb8bfb3d6b78aec500a58bb.pdf>

LEGALES:

Código Familiar del Estado de Michoacán. Volumen 165. 2017.

Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Michoacán. Volumen 164. 2017.

Ley del Notariado en el Estado de Michoacán. Volumen 164. 2017.

CONGRESOS:

BORJA Soriano Manuel, El notario de México y la jurisdicción voluntaria, Segundo congreso nacional del Notariado mexicano, México, 1957.

CONSEJO Federal del Notariado Argentino, Congreso Internacional del Notariado Latino celebrado en México, Octubre, 1965.