
El gozoso arte del derecho notarial

C O L E C C I Ó N
FRANCISCO J. SANTAMARÍA
Pensamientos y estudios jurídicos

José Manuel Piña Gutiérrez
Rector

El gozoso arte del derecho notarial

Agenor González Valencia

Stephanie Guzmán Landero



**UNIVERSIDAD JUÁREZ
AUTÓNOMA DE TABASCO**

González Valencia, Agenor, autor

El gozoso arte del derecho notarial / Agenor González Valencia, Stephanie Guzmán Landero.
-- Primera edición. -- Villahermosa, Tabasco : Universidad Juárez Autónoma de Tabasco, 2015

173 Páginas. -- (Colección: Francisco J. Santamaría. Pensamientos y estudios jurídicos).

Incluye referencias bibliográficas (p. 169-173)

ISBN: 9786076062593

1. Derecho notarial – México \ 2. Derecho notarial – Historia. I. Guzmán Landero, Stephanie, autor

L.C. KGF250 G66 2015

Catalogador: PMZ

Primera edición, 2015

D.R. © Universidad Juárez Autónoma de Tabasco
Av. Universidad s/n. Zona de la Cultura
Colonia Magisterial, C.P. 86040
Villahermosa, Centro, Tabasco.

El contenido de la presente obra es responsabilidad exclusiva de los autores. Queda prohibida su reproducción total sin contar previamente con la autorización expresa y por escrito del titular, en términos de la Ley Federal de Derechos de Autor. Se autoriza su reproducción parcial siempre y cuando se cite la fuente.

ISBN: 978-607-606-259-3

Apoyo editorial:	Francisco Morales Hoil
Diseño y formación:	Edna Rivera
Diseño de portada:	Blanca Quiariarte

Hecho en Villahermosa, Tabasco, México

*A mis alumnos de la Escuela de Derecho
de la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco
interesados por los orígenes y desarrollo
del derecho notarial.*

Índice

Palabras preliminares	XI
<i>Jesús Antonio Piña Gutiérrez</i>	
Prólogo	XVII
<i>Zózimo Vázquez García</i>	
Capítulo I	
Fuentes del derecho notarial	
Introducción	21
1.1 Origen de las escrituras griega y latina	23
1.2 Definición de derecho notarial	24
1.3 Esencia del derecho notarial	28
1.4 Resumen histórico del notariado, de Egipto a España	31
1.5 Enajenación de oficios	48
1.6 La figura del escribano en las obras de Miguel de Cervantes	49
1.7 La escribanía en América: algunas consideraciones sobre el oficio de notario	57
1.8 Sinonimia entre los vocablos escribano y notario	65
1.9 La función notarial	66

1.10 Notariado	69
1.11 El notario latino y el notario sajón	73

Capítulo II

Elementos de la función notarial

Introducción	79
2.1 Hechos notariales y relevancia social del notario	80
2.2 Instrumentos que rigen la actuación del notario	81
2.3 La función legitimadora del notario	87
2.4 Escritura y documento	89
2.4.1 Instrumentos públicos e instrumentos privados	91
2.4.2 Distinción entre instrumento y documento	93
2.5 Documento público	97
2.6 Documento privado	98
2.7 Diferencia entre escritura y acta notarial	98
2.7.1 Conceptualizaciones apropiadas	100
2.7.2 Escritura pública	102
2.8 Estructura del acta notarial	105
2.9 Forma, formalismo y formalidades	108
2.10 Clases de testamentos	111
2.10.1 Testamento público abierto	113
2.10.2 Testamento público cerrado	114
2.10.3 Testamento público simplificado	115
2.10.4 Testamento ológrafo	116
2.10.5 Testamento privado	116
2.10.6 Testamento militar	117
2.10.7 Testamento marítimo	117
2.10.8 Testamento hecho en país extranjero	118
2.11 Sucesiones ante notario	119
2.12 El protocolo	119
2.13 El protocolo consular	126

Capítulo III	
La fe pública	
Introducción	131
3.1 Precisiones conceptuales	133
3.2 La fe en el lenguaje religioso	135
3.3 La fama	137
3.4 La infamia	140
3.5 El infamador	145
3.6 Lo público y lo privado	145
3.7 La verdad y la verdad de prueba	148
Capítulo IV	
El notariado mexicano	
Introducción	151
4.1 Época prehispánica	153
4.2 Época colonial	155
4.3 Época independiente	157
4.4 Época contemporánea	160
4.5 Decálogo del notario	163
Reflexiones finales	165
Referencias	169

Palabras preliminares

Quiero iniciar esta participación felicitando afectuosamente y haciéndole llegar mis mayores muestras de admiración al doctor Agenor González Valencia, distinguido colega universitario, quien se ha destacado siempre por su entrega al estudio y la investigación del derecho, donde lleva una larga trayectoria realizando grandes aportaciones a la cultura jurídica de nuestro estado. Pero no sólo eso, sino que en su haber se encuentra un sinnúmero de logros en distintas áreas y campos, entre los que destacan una amplia cantidad de obras y artículos que ha escrito sobre diversos temas jurídicos; los cuales son fruto de todos sus años como investigador. Es un orgullo tener en Tabasco a juristas de la talla de Agenor González Valencia.

Este libro, *El gozoso arte del derecho notarial*, me parece sin duda extraordinario, en especial por la selección tan acertada de los temas y por su forma de abordarlos sin ambigüedad, sin exceso de tecnicismos y con un lenguaje sencillo. Es una obra de lectura muy apta para los estudiantes de derecho y para el público en general que quiera saber más acerca del notariado, debido al importante papel que éste juega en la sociedad; principalmente porque otorga seguridad jurídica sobre el patrimonio de las personas, misma que hoy es un derecho universal y uno de los principales fines del derecho.

La seguridad jurídica, según Delos, es “la garantía dada al individuo de que su persona, sus bienes y sus derechos no serán objeto de ataques violentos o que, si éstos llegan a producirse, le serán aseguradas por la sociedad, protección y reparación”¹. Cuando el individuo acude al notario, tiene la tranquilidad gozar de esta garantía.

De acuerdo con el diccionario citado, una de las acepciones de la misión del notariado significa *poder*, es decir, la facultad que se da a alguien de desempeñar algún cometido. Pero con el poder también viene siempre una responsabilidad, que recae sobre los hombros del notario y es la de garantizar a las personas que los actos que realiza con él están dotados de legalidad y certeza. Por ello, un notario debe estar muy preparado, pues como bien lo explica el autor en su obra, quien a su vez cita a Bernardo Pérez Fernández del Castillo, el quehacer del notario consiste en:

- *Escuchar con atención*: para tratar de conocer todas las circunstancias que le permitan entender la inquietud de las partes y sus alcances.
- *Interpretar*: después de escuchar busca los motivos y causas que sus clientes han tenido para querer llevar a cabo una operación.
- *Aconsejar*: dar un consejo jurídico eficaz y concreto.
- *Preparar*: cumplimentar requisitos previos a la firma de una escritura pública.
- *Redactar*: el notario califica y determina el tipo de acto jurídico de que se trata y procede a la redacción de las cláusulas, las cuales debe expresar con claridad.
- *Certificar*: el notario da fe de que la voluntad de los contratantes se tradujo al documento y se llevó a cabo en cada caso particular.
- *Autorizar*: es el acto de autoridad del notario que convierte al documento en auténtico y da eficacia jurídica al acto de que se trate.

¹ DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO, TOMO VIII, MÉXICO, UNAM, 1984, P. 99.

- *Conservar y reproducir*: gracias al sistema de matricidad de documentos.

Estas actividades se dan al menos en el notariado latino, el cual es propio del sistema jurídico de derecho latino. Dicho sistema, basado en la ley escrita, es esencialmente formalista y está constituido por el conjunto de principios jurídicos aplicables en aquellos países en los que su ciencia jurídica se ha formado sobre la base del derecho romano. El notariado latino se encuentra organizado de tal manera que brinda a la sociedad plenas garantías de seguridad y certeza jurídica en la prestación de los servicios de fe. Sus principales características son las siguientes: es una función pública y social, cuyo objetivo principal es otorgar seguridad jurídica; brindar asesoría, consejo e información de alta calidad; dar forma legal a los actos y hechos jurídicos a los que la ley concede valor probatorio pleno; estar organizado bajo el sistema de matricidad y reproducción de documentos; establecer principios rectores para desempeñar la función notarial, tales como autonomía, imparcialidad, redacción, conservación, inmovilidad, rogación, autoría, legitimación, fe pública, reproducción, publicidad, así como la calificación y la legalidad. Por todo lo anterior, para ser notario público latino se requiere ser profesional del derecho con título de abogado o equivalente.

Por otro lado, el *notary public*, propio del *Common Law*, tiene funciones completamente diferentes. A éste se le permite intervenir en muy contados actos para acreditar principalmente la identidad de ciertas personas en la firma de documentos. Es solamente un autenticador de firmas, su actividad no constituye una función pública, ni redacta el documento, toda vez que carece de preparación técnica-jurídica, además que la ley no lo exige, así como tampoco le exige controlar la legalidad y legitimación de los actos en los que interviene. Para ejercer esta función no se requiere ser abogado, la duración de su cargo no es vitalicia, sino temporal. Además, no cuenta con un protocolo donde asiente los originales de los actos en los que interviene como fedatario, por lo tanto, no existe una matriz de la cual se pueda extraer una copia de dichos actos.

Nuestro país, desde luego, pertenece al sistema jurídico de derecho latino y por eso el notariado que tenemos es el latino, que es precisamente sobre el que profundiza Agenor González Valencia en la presente obra.

Los notarios públicos desempeñamos un papel muy importante y de gran compromiso social a favor de México, con plena responsabilidad en el ejercicio de la fe pública. Damos certidumbre jurídica en la constitución de empresas, en la elaboración de testamentos y en muchos otros actos jurídicos. Somos un respaldo institucional en los programas de vivienda y en el otorgamiento de la fe pública durante la celebración de las actividades electorales. También somos coadyuvantes de la autoridad en materia fiscal, pues recaudamos los impuestos de los actos realizados en la notaría.

Además de esto, actualmente en materia de seguridad, con la llamada Ley Federal para la Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita publicada en octubre de 2012, el notariado contribuye a la labor gubernamental. En esta ley se determina que el notariado tiene asignada una responsabilidad central: ayudar a identificar dichas operaciones. Así, las autoridades contarán con un instrumento jurídico más para erradicar delitos como el del lavado de dinero.

Más allá de todo esto, la esencia del trabajo notarial reside en representar un filtro y control eficaz y confiable, de los hechos y actos patrimoniales más importantes para la sociedad.

Los notarios somos aplicadores preventivos del derecho y con ello podemos evitar un número considerable de juicios. Por esto se dice que la contratación de los servicios del notario refleja el deseo de vivir en orden.

Dicho en pocas palabras, la misión de este gremio, en sentido general, es otorgar certeza y seguridad jurídica a los mexicanos, coadyuvar con la instancia gubernamental en la recaudación de impuestos y desarrollar una función social que cotidianamente es tardada; por lo que se requiere de un notariado inmerso en la modernización, para hacerla más ágil. El notario debe conocer las nuevas tendencias del derecho universal, así como las disciplinas que ahora son parte de su función. Es una obligación del notario mexicano del siglo XXI.

Los requisitos para ser notario son distintos en cada estado, ya que son establecidos por la correspondiente ley local. Sin embargo, en términos generales, se requiere ser licenciado en derecho o abogado, haber realizado una práctica en alguna notaría, tener buena reputación tanto profesional como personal, y aprobar o en su caso ser vencedor en un examen de oposición. Todos estos son requisitos muy lógicos de acuerdo a la gran responsabilidad que tiene el notario, y hay uno entre ellos que destaca: buena reputación.

Me atrevo a hacer hincapié en ese punto debido a lo importante que es hacer las cosas de manera correcta y que la trayectoria de alguien que aspira a ser notario hable por sí misma; pues el cliente, al solicitar sus servicios, está dejando en sus manos algo tan valioso como su patrimonio y por eso necesita tener la confianza suficiente para saber que actuará con profesionalismo. Debido esto, la necesidad de asegurar que esta actividad sea realizada por los mejores profesionales del derecho.

Numerosos juristas han descrito al notario como sinónimo de confianza, honestidad, probidad, certidumbre y seguridad jurídica, para ser depositario de la fe pública delegada por el Estado. Por eso, es imperante para todos los que ejercemos tan necesaria labor, capacitarnos y actualizarnos de manera continua.

Con su magnífica obra, Agenor González Valencia se propone precisamente llegar tanto a los estudiantes como a los profesionales del derecho, pues como acabo de mencionar, todos necesitamos de estudio permanente.

El gozoso arte del derecho notarial viene a ser una guía de mucha utilidad e interés, ya que se trata de un estudio abarcador acerca de este arte, como bien lo dice el título. A través de los capítulos que componen este libro conocemos el fascinante mundo del notariado, pues provee una travesía histórica para mostrarnos sus orígenes, partiendo de Egipto y pasando por las culturas antiguas de Grecia y Roma, que dieron grandes aportes al derecho y, en este caso, al notariado. Atendiendo a sus tendencias líricas (ya que además de jurista, Agenor González Valencia es un destacado poeta y escritor), hace alusión a obras señeras que mencionan esta digna labor, como *El ingenioso hidalgo Don Quijote de la Mancha*. Este recorrido y análisis es muy importante, pues permite que revisemos el pasado de esta noble actividad y que aprendamos de él.

Posteriormente, el autor se adentra en los elementos del derecho notarial, describiendo diversos conceptos básicos como la patente, los documentos públicos y privados, la escritura pública, el testamento y sus diversas clases, fe pública, etcétera; y los explica de forma clara y sencilla.

Asimismo, el libro contiene abundantes referentes históricos universales, que dan cuenta de que el notario cumple una trascendente función profesional del derecho, investido de fe pública.

Para concluir su obra, el autor presenta una síntesis de la historia del notariado en el ámbito específico de México, lo que resulta muy interesante

porque nos lleva a conocer las raíces directas de esta actividad en nuestro país. Este documento es un texto tanto necesario como oportuno y tal vez incluso urgente, pues hace falta mejorar la preparación de los profesionales del derecho.

Habiendo dicho lo anterior, no me queda más que reiterar mis felicitaciones al autor por tan importante logro. Agradecerle por compartir con nosotros sus conocimientos al legarnos una obra fascinante con esa metodología impecable que lo distingue, pues ha dedicado su tiempo y esfuerzo a ser el mejor profesional del derecho; del cual ahora los lectores podrán beneficiarse gracias a esa dedicación, a su capacidad para explicar las cosas y a su compromiso intelectual con las mejores causas de nuestro estado. A él, mi respeto y mi reconocimiento.

Enhorabuena y muchos éxitos.

Dr. Jesús Antonio Piña Gutiérrez
Notario Público Número 31

Prólogo

Cuando mi amigo el señor doctor en derecho Agenor González Valencia me hizo la encomienda de prologar esta obra, accedí gustosamente dada la temática de que se trata y le hice notar que su publicación ocurre en un momento en que realmente es necesario que se conozca a fondo qué es la institución notarial, ya que en la actualidad desafortunadamente existen muchos ilusos que creen que el desempeño de esta actividad es sinónimo de sacarse la lotería o de que en pocos años se harán millonarios. Es decir, poco o nada saben del Decálogo del Notario y los Mandamientos del Abogado, ni mucho menos del Código de Ética Notarial aprobado de acuerdo con los estatutos de la Asociación Nacional del Notariado Mexicano, A. C., que en uno de sus preceptos literalmente expresa: “Además de delictuosa, es desdeñable y fraudulenta la actitud de un notario que establece oficinas y autoriza documentos fuera de su competencia...” Y en otro establece: “Es competencia desleal cuando un notario, para atraer más clientela, da comisión de sus honorarios, se anuncia o hace publicidad de sus servicios”. Aquí, afortunadamente los menos, sin ningún respeto a la dignidad del cargo, descaradamente tienen abiertos despachos en la capital del estado, aun siendo notarios en otro u otros municipios, ante la mirada tolerante de las

autoridades, sin faltar quienes se anuncian como merolicos. En lo que menos piensan es en enaltecer este oficio sino en hacerse ricos pronta y fácilmente, olvidándose de las formalidades que deben observar en el cumplimiento de tan importante función.

Es por eso que considero que esta obra, integrada por una interesante compilación del autor, deberá convertirse en libro de cabecera no solamente de los aspirantes a ser notarios públicos sino para todos los estudiantes de la licenciatura en derecho, pues en estas páginas encontrarán las razones por las que se dice que los jueces emiten fallos en las contiendas judiciales, pero los notarios tenemos la sublime misión de prevenirlas. De ahí la conveniencia de seguir teniendo presente la frase del jurista español Joaquín Costa: “Notaría abierta, juzgado cerrado”.

Además, desde la época de los escribanos dichos profesionales del derecho debían ser conocedores de la lengua escrita, ya que su trabajo siempre ha consistido primordialmente en dejar una prueba escrita de actos y hechos jurídicos que tendrán consecuencias en fechas muy posteriores a su celebración.

A mí me hubiera gustado más que nuestro autor enmarcara su estudio en la legislación de Tabasco, ya que se han dado acontecimientos dignos de comentarse, como, por ejemplo, el caso insólito que sucedió cuando en el estado hubo una trilogía de funciones cuando los jueces mixtos de primera instancia desempeñaban ese cargo, pero además eran registradores y notarios públicos por receptoría, lo que indefectiblemente provocaba que se cometieran múltiples inmoralidades en las tramitaciones de las escrituras. Ese hecho lo ignoran muchos jóvenes estudiantes y profesionales del derecho.

Por lo que respecta a la época actual, todavía está sin finiquitarse la secuela del abuso de poder en que se incurrió y el nepotismo imperante, el cual quedó sobradamente comprobado, durante los dos últimos sexenios de gobierno. Me estoy refiriendo al efecto pendiente que forzosamente tendrá el fallo histórico de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la cual sentó un precedente histórico en los anales del foro tabasqueño, que esperamos venga a poner coto a la nefasta costumbre sexenal de que los gobernadores en turno al final de su gestión solían repartir, sin recato alguno, nombramientos de nuevos titulares de notarías públicas entre sus favoritos, en detrimento del prestigio de tan noble profesión. Lo que llamó poderosamente la atención fue que cuando se dieron los actos primarios en este bochornoso caso era

presidente del Tribunal Superior de Justicia un notario, y que, cuando se dio el singular fallo, tanto el secretario de gobierno como el procurador general de justicia, también eran fedatarios públicos. Considero que, en su momento, ellos hubieran podido poner orden tan pronto tuvieron conocimiento fortuito del tema.

Dada la trascendencia de los acontecimientos, quienes pertenecemos al gremio y asistimos a las jornadas y congresos notariales en diferentes ciudades de la república tuvimos que reconocer, avergonzados, la veracidad de la noticia que fue difundida por todos los medios de comunicación nacionales. Por lo anteriormente expuesto, reitero que esta obra indudablemente será un eficaz auxiliar para que todos los que en el futuro aspiren a ser notarios públicos se documenten sobre las grandes responsabilidades que se adquieren con la sociedad durante su actuación como tales y, sobre todo, prevengo que no hay que olvidar las experiencias que están viviendo los protagonistas de los recientes acontecimientos.

Estimado lector, el libro que posa en sus manos es digno de leerse con especial atención, pues seguramente aprenderá muchas cosas que habían pasado inadvertidas para usted, pero que son de sumo interés no sólo para los estudiantes y los profesionales del derecho sino para la ciudadanía en general; pero también para nuestras lenes autoridades, dada la importancia de la función notarial.

Zózimo Vázquez García
Notario Público Número 9

Capítulo I

Fuentes del derecho notarial

*Verba volant, scripta manent**

Introducción

El hombre, en la escala zoológica, se eleva a través del sentimiento y el pensamiento. Es a través del *logos* que podemos explicar a otros lo que percibimos del mundo y de nosotros mismos. Fuimos provistos para trascender por medio de la palabra oral y escrita, que es el medio por el cual organizamos, a través de símbolos, un código lingüístico cuyo contenido está integrado por conceptos e ideas que forjan el pensamiento, la comunicación y la vívida constancia de nuestra presencia.

Toda vez que este trabajo tiene por objeto demostrar el placer estético que provoca el gozoso arte del derecho notarial, estimamos oportuno dedicarle una sintética descripción de la escritura y la expresión gráfica manifiestas en el quehacer cotidiano del notario. Este privilegiado personaje dotado de fe pública, provisto de independencia, libertad y buen juicio,

* Las palabras vuelan, lo escrito permanece.

encarna en su quehacer fedatario la verdad real enmarcada en la verdad jurídica con la finalidad de preservar la paz social.

El hombre deja constancia de su historia a través de signos gráficos inteligibles; comienza por representar imágenes y después fija ideas abstractas en soportes de la memoria, como la arcilla, la piedra y el papel, procurando la representación de sonidos articulados. Así, en la mezcla de representaciones de símbolos y fonemas hereda al porvenir la escritura jeroglífica, usada en su tiempo por quienes superaron la etapa primitiva.

El pueblo fenicio, culto e inteligente, creó el alfabeto, esto es, el conjunto de signos o letras que expresan los sonidos del lenguaje y cuya invención se atribuye a Cadmo². Realizándose de este modo el último y definitivo avance de la escritura fonética, consistente en aplicar un signo a cada una de las distintas letras, que ligadas entre vocales y consonantes integran las palabras.

El pueblo arameo, legatario de ese instrumento de relación, propagó el alfabeto en diversos terruños del oriente; y los griegos, cantores del tiempo, al adoptarlo, lo perfeccionaron llenándolo de marciales timbres en la epopeya plena de primaverales rapsodias presentes en la *Iliada*. Todos los alfabetos de los idiomas europeos, excepto el turco, proceden del talento fenicio.

Los caracteres griegos muestran alteraciones, y de la forma jónica recogida por hablantes de esa lengua resultaron cuatro géneros de escritura: la *capital*, mayúscula regular y bien proporcionada; *uncial*, mayúscula de grandes dimensiones, llamada así porque debía tener la altura de la doceava parte del pie (uncia); la *cursiva*, corriente y rápida que se usó desde el siglo II de nuestra era; y la *minúscula*, que teniendo los trazos más rápidos, acabó por sobreponerse a los demás géneros³.

En el transcurso del tiempo, la idiosincrasia y las costumbres de cada pueblo influyeron en sus correspondientes escrituras; en las que se advierten modificaciones características que han ido determinando los estilos diferentes conocidos a la fecha⁴.

² Cadmo.- Mit. Hijo de Agenor, rey de Fenicia, que fundó en Beocia (Grecia) la ciudad de Tebas, por el año 1580 a. de C. Se le atribuía la invención del alfabeto y la difusión de muchas formas de cultura. *Diccionario enciclopédico abreviado*, tomo II, 7ª ed., Madrid, Espasa-Calpe, 1957, pp. 372-373.

³ Juan B. Iguíniz, *El libro*, México, Porrúa, 1998, pp. 11-12.

⁴ Loc. cit.

1.1 Origen de las escrituras griega y latina

El notario público, profesional del derecho, también debe ser un profesional de la lengua escrita. Por tal razón, es necesario que use correctamente la lengua, ya que su labor consiste primordialmente en dejar una prueba escrita de hechos y actos jurídicos.

Encontramos el origen del castellano en la escritura latina; y el de ésta, en la escritura griega. Mommsen⁵ señala que el alfabeto griego, al tiempo que se va propagando y desarrollando entre todas las comunidades itálicas, se va corrompiendo. Por ejemplo, las letras medias desaparecieron de los idiomas etruscos: entre los umbríos se pierden la α y la β ; la d es la única que abandonaron los samnitas, y la α los romanos; éstos casi confundían la d y la r . La o y la u se confundían también desde épocas muy antiguas en Etruria, mientras se preparaba ya en el Lacio el mismo accidente. Lo contrario sucede respecto de las sibilantes. En tanto, los etruscos se obstinan en conservar la z , la s y el sch (el san), y los umbríos rechazan la s e inventan dos nuevas sibilantes, los samnitas y los faliscos se contentan, como los griegos, con la s y la r ; los romanos conservan solamente la s . Es verdad que siendo los importadores del alfabeto griego, los italianos, gente instruida y hablante de las dos lenguas, tenían oídos sensibles a los sonidos más delicados. Sin embargo, llegado el día en que su escritura dejó de copiar servilmente a su modelo helénico, elidió⁶ poco a poco las medias y las breves, y alteró resueltamente las sibilantes y las vocales —elisiones o alteraciones esencialmente contrarias al genio de la lengua griega—; así desaparecieron, a la vez, un gran número de formas de flexión o de derivación. Se dirá que esto era efecto de la barbarie; sea, pero no puede verse en ella más que la corrupción fatal en que caen incesantemente todas las lenguas cuando la literatura y la gramática racional no se oponen a ello⁷.

Estas reflexiones de Mommsen llevan a considerar la importancia que para el estudio del derecho —en especial del derecho notarial— tienen

⁵ Theodor Mommsen, *Historia de Roma*, tomo I, 4ª ed., Madrid, Aguilar, 1960.

⁶ Elidir.- Gram. Suprimir la vocal con que acaba una palabra cuando la que sigue comienza con otra vocal. *Diccionario enciclopédico abreviado*, tomo III, 7ª ed., Madrid, Espasa-Calpe, 1957, p. 628. *Ibid.*, pp. 279-280.

⁷ *Ibid.*, pp. 279-280.

las raíces de las lenguas griega y latina, que animan con su ritmo clásico la armonía de nuestro hermoso idioma castellano.

1.2. Definición de derecho notarial

Mengual y Mengual⁸ advierte que casi todos los pueblos se preocupan por darle al derecho notarial un carácter unitario y científico; y a la institución, un carácter orgánico. En lo que ha faltado acuerdo, al parecer, es acerca de las bases sobre las cuales debe descansar la institución y, por consiguiente, su regulación, porque en cada nación influye, indudablemente, su pasado en la formación actual y futura de sus instituciones. Sin embargo, de igual forma se impone ya la formación científica del derecho notarial desde el momento en que al notariado se le reconoce una misión instructora o docente y, por tanto, la constitución de una rama del derecho que sirva para sistematizar la vida jurídica de la institución.

Este mismo autor sostiene que dos criterios se manifiestan para alcanzar la formación de la disciplina jurídica que nos interesa, a saber: el criterio científico o racional, y el criterio legal. El criterio científico se funda en aquellos elementos inmutables y permanentes de todo derecho, mismo que constituye su característica esencial y consecuentemente lo eleva a la categoría de derecho sustantivo como rama independiente de todo derecho, aunque relacionado con las diversas manifestaciones de éste. El criterio legal es consecuencia del distinto concepto que de la institución notarial tienen los diversos Estados que la reglamentan⁹.

Como el criterio legal se basa en la diversidad de leyes positivas que regulan el notariado en las diferentes naciones, Mengual y Mengual sostiene que la concepción de derecho notarial, con base en estas leyes, no puede tener unidad, porque tampoco existe la unidad de criterio legal en la concepción jurídica estatal del funcionario notario. Bajo este concepto expresa el autor, bien puede decirse que derecho notarial es “el conjunto de normas jurídicas de carácter positivo que regula el funcionamiento y organización

⁸ José María Mengual y Mengual, *Elementos de derecho notarial*, tomo II, volumen I, Barcelona, Librería Bosch, 1932, p. 9.

⁹ Loc. cit.

de la institución notarial en los distintos países”¹⁰. No obstante, argumenta que no es este derecho, de suyo variable y mutable, el que es preciso formar, si deseamos un notariado obediente y un plan unitario y sustantivo de reconocida universalidad.

El derecho notarial debe formarse con elementos propios, sustantivos y permanentes en su esencia; y como garantía de las relaciones jurídicas. De manera tal que aunque estas relaciones varíen en tiempo y lugar, ajustadas a las necesidades sociales de los pueblos y a su historia, la garantía que proporciona aquel derecho sea siempre la misma y obedezca a principios inamovibles, sin hallarse expuesta a las realidades y caprichos de los legisladores¹¹.

Mengual y Mengual aclara que no pretende manifestar con ello que el derecho notarial ha de quedar petrificado y exento de aplicación de la ley del progreso, peculiar de todos los organismos y de todas las instituciones. Desde esta perspectiva, no podrá el derecho notarial —incluso es necesario que no lo esté— hallarse sujeto y subordinado a dicha ley del progreso y, en efecto, acomodarse a las diversas necesidades de los pueblos; sólo que estas necesidades repercutirán en la forma, en lo accidental del derecho, en la aplicación de éste, en la extensión de su esfera, de su actuación y en las atribuciones, facultades y organización del notariado, y jamás en lo que le es inmutable y permanente ni en aquello que lo constituye en disciplina jurídica propia e independiente¹². De allí la necesidad de constituir científicamente el derecho notarial demostrando su existencia, sus partes, sus elementos esenciales, sus características y, en fin, cuanto se destaca con vida propia, para diferenciarlo entre las distintas ramas del derecho general.

Más adelante, el propio autor argumenta que el derecho notarial es una rama científica del derecho público. Advierte, además, que es sustantivo, porque siendo eminentemente sancionador de derechos e incluso originador de otros nuevos, regula con la intervención y autoridad del funcionario notario las relaciones jurídicas voluntariamente impuestas por los seres de derecho. También lo es porque se ha dado en todos los tiempos y lugares, como consecuencia de esos elementos permanentes que le son propios y

¹⁰ *Ibid.*, pp. 9-10.

¹¹ *Loc. cit.*

¹² *Loc. cit.*

que igualmente son resultado del carácter científico que le es peculiar, y que tiene en la figura del funcionario notario público su representación legal, fehaciente y total que le confiere el Estado, por medio de la cual sanciona la voluntad individual que libremente busca su amparo, al expresarse en forma jurídica en aquella representación legal. Y además, como manifestación del derecho excluye toda norma jurídica expuesta en situación excepcional o de violencia. Podemos, pues, definir el derecho notarial de la manera siguiente: “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”¹³.

No olvidemos que en el siglo XII, en Bolonia, Italia, Rolandino escribe la *Summa artis notariae*. Por ello se considera que el arte notarial es anterior al derecho notarial.

Emérito González apunta, citando a Mengual y Mengual, que el concepto de derecho notarial debe estudiarse bajo dos tipos de definiciones que podrían calificarse, la una como positiva y la otra como doctrinal¹⁴. En la primera afirma que el derecho notarial es el conjunto de normas jurídicas de carácter positivo, que regula el funcionamiento y organización de la institución notarial en los distintos países. Este autor observa que Mengual y Mengual no hace referencia al contenido de la función notarial. Y sostiene que se trata de una 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.

Siguiendo con los argumentos de Emérito González, al referirse al concepto, extensión y límites del derecho notarial, éste señala que hasta hace pocos lustros las leyes que organizaban el notariado y completaban el conocimiento de las escrituras públicas legisladas en el Código Civil constituían la llamada legislación notarial¹⁵. A su conjunto, Salvat lo denominó derecho notarial.¹⁶

¹³ *Ibid.*, pp. 15-16.

¹⁴ Carlos Emérito González, *Derecho notarial*, Buenos Aires, La Ley, 1971, p. 14.

¹⁵ *Ibid.*, pp. 13-14.

¹⁶ Raymundo M. Salvat, *Tratado de derecho civil*, “Parte general”, tomo II, Buenos Aires, Tipográfica, 1964, p. 334, *apud* Carlos Emérito, González, *op. cit.*, pp. 13-14.

Ese nombre se le otorgó a la primera cátedra de esta asignatura, creada en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata en 1939. El autor comenta que esto se debió a que el estudio de lo notarial se hacía con base en la redacción eficiente del instrumento público, su fórmula y formularios. Es por ese motivo que existieron, más que obras de investigación jurídica, abundantes formularios en los cuales se repetían las fórmulas sacramentales de antaño.

Por lo anterior, apunta que en vez de ciencia jurídica se hacía arte escriturario o, si se quiere, notarial. Esa etapa ha quedado concluida, nos dice. Sin embargo, dicha labor fue útil para el derecho y la corporación notarial; y fue así como el primero se favoreció con aportes beneficiosos. El notariado ganó, a su vez, cultura y prestigio. Miles de notarios de antes, prácticos o vocacionales, sin título universitario y con escasos conocimientos del derecho, aunque con ejemplar sentido de la función notarial y de la más pura ética profesional, encontraron en aquellos libros fuente fecunda de información, consejo o solución a los heterogéneos problemas que se sucedieron en el diario quehacer. Con el notariado y la creciente evolución jurídica de sus integrantes fue mejorándose la legislación, y con el auxilio de las otras fuentes del derecho llegó a constituirse en derecho notarial¹⁷.

Agrega Emérito González que el desarrollo de la investigación notarial adquirió un gran impulso en España, a partir de su Ley Orgánica de 1862, lo que marcó una evolución en el desarrollo notarial de aquellos Estados en los que se aplicaba el derecho de tipo latino¹⁸.

A la vez, el autor advierte que en la legislación notarial o en el concepto mucho más amplio de derecho notarial hay dos elementos sustanciales: el instrumento público y su configurador¹⁹. El primero es la cosa que muestra la existencia de un negocio jurídico; el segundo, el hombre que lo hace en ejercicio de una función que llamamos *fedataria* y que es conferida por el Estado para dar validez y seguridad jurídica a cuantos instrumentos sean autorizados por ese hombre (el notario) o, en la expresión más antigua, escribano público.

¹⁷ Loc. cit.

¹⁸ Loc. cit.

¹⁹ Loc. cit.

En la definición ofrecida en el Tercer Congreso Internacional del Notariado Latino celebrado en París en 1954 se afirma que: “El derecho notarial es el conjunto de disposiciones legislativas y reglamentarias, usos, decisiones jurisprudenciales y doctrinas que rigen la función notarial y el instrumento público notarial”. En la misma reunión de expertos se hizo hincapié en que al derecho notarial hay que considerarlo siempre en su doble aspecto de derecho: como regulador de las normas jurídicas que estructuran el instrumento público notarial y como la función específica del órgano que integralmente lo acciona y ejecuta²⁰.

El propio Emérito González invita a que destaquemos el uso de la expresión *derecho notarial* y no *legislación*, ya que aquélla constituye un conjunto de principios teóricos y de normas positivas, y no simplemente de ley o norma, que es sólo un título equivalente a negar una autonomía didáctica y científica de estos estudios jurídicos. Sostiene que el derecho notarial está constituido, por un lado, por normas y principios con objeto fijo: el instrumento público, como forma exteriorizada de la voluntad, sin interesar el contenido. Y, por otro, la organización notarial, siempre al servicio del derecho²¹.

1.3 Esencia del derecho notarial

Para Bañuelos Sánchez²², el derecho notarial es un derecho para el derecho, esto es, para el derecho objetivo, en la medida en que confiere derechos subjetivos. La esencia jurídica a la cual sirve no es propiamente el derecho general, formulado en la ley, sino más bien los derechos concretos subjetivos, sean cuales fueren las fuentes de donde emanen, tomando en cuenta que para su determinación o actuación se requiere la iniciativa de los interesados.

Esa esencia o sustancia sobre la que opera el derecho notarial no se define por su carácter de derecho privado sino que se encuentra constituida simplemente por derechos subjetivos, tengan éstos carácter privado o carácter público. El citado autor señala que el derecho subjetivo es el mismo derecho objetivo puesto a disposición de los particulares; es decir, la norma jurídica que en cuanto a su aplicación se encuentra condicionada a una

²⁰ Loc. cit.

²¹ *Ibid.*, pp. 15-16.

²² Froylán Bañuelos Sánchez, *Derecho notarial*, México, Cárdenas, 1977, pp. 8-9.

declaración de voluntad de la persona a quien favorece. Por ello viene a ser una participación de los súbditos en el derecho objetivo, la cual puede tener muy distinto alcance según la voluntad particular que condicione una fase u otra del ciclo de realización jurídica. Así, la voluntad puede ser decisiva en la creación de una norma jurídica concreta, como acontece en materia contractual y testamentaria. Esa misma voluntad en ocasiones sólo es apta para actualizar un derecho reconocido potencialmente, concretándolo o robusteciéndolo, tal como acontece con los llamados derechos potestativos o facultativos. Finalmente, la misión de la voluntad puede reducirse a condiciones para la ejecución de un derecho establecido en la ley o en cualquier otra norma jurídica. Este autor señala que, en el primer caso, la función de la voluntad es de carácter normativo y, en los otros dos, de estricta aplicación jurídica. El primero es la sustancia propia del derecho notarial: los contratos y testamentos han constituido siempre el objeto de las escrituras notariales.

Los tratados de notaría, después de unos preliminares sobre el oficio del notario y la forma de redactar las escrituras, invertían gran parte de la obra en la exposición de los contratos y las últimas voluntades (aparte de los juicios). Lo anterior puede verse en Rolandino (*Summa totius artis notarie*), en Gali (*Opera artis notariae*), en Comes (*Viridarium artis notariatus*) y en Gispert (*Teoría del arte de notaría*)²³.

El segundo: uso de derechos potestativos mediante declaraciones de voluntad, también es materia del derecho notarial (resolución de contratos en el caso del artículo 1124 del Código Civil del Distrito Federal, protestos de letras y requerimientos), sólo que a veces se exige el ejercicio de la acción judicial (derechos de *retractum* y, en general, impugnación de actos jurídicos). En cambio, el tercero, o sea, el ejercicio del derecho para obtener condena y ejecución, entra plenamente en el campo del derecho procesal²⁴.

De lo expuesto se observa que la aplicación de las leyes, en el caso del derecho notarial, se hace depender de la declaración de voluntad de los interesados. Por eso el campo del derecho notarial es más limitado que el del derecho procesal. Aquél, por imperativo natural de su función autenticadora, sólo garantiza la parte del ordenamiento jurídico que confiere derechos. Y

²³ Loc. cit.

²⁴ *Ibid.*, pp. 8-9.

como éstos se dan particularmente en el derecho privado, es allí donde se desenvuelve la labor del notario, sin que por tal razón deba inhibirse de intervenir en las ramas del derecho público, en ciertos casos de existencia de derechos públicos subjetivos. Además, se trata de un derecho de carácter formal en dos sentidos: en cuanto es una ordenación del derecho sustantivo desde el punto de vista de autenticidad, legitimidad, legalidad, coordinación de intereses y eficacia ejecutiva, esto es, en cuanto al material dado e informado por los referidos principios (forma interna); y al valerse como medio para su aplicación práctica de la forma instrumental (forma externa)²⁵.

Bañuelos Sánchez manifiesta su interés al hacer constar la naturaleza pública del derecho notarial, derivada particularmente de la función autenticadora que reglamenta²⁶. Afirma que a veces las normas determinan que el comportamiento jurídico sea según lo que disponga algún órgano del Estado; y otra, según lo ordene el mutuo acuerdo. En el primer caso nos encontramos en la esfera del derecho público y, en el segundo, en la esfera del derecho privado.

Con dicho autor podemos decir que en ningún campo se ofrecen con transmisible contraste ambos derechos como en la práctica notarial. Vemos que como derecho formal, el derecho notarial es público ya que su función de autenticar se da en relación con los particulares; heterónoma, esto es, ejercida por el notario, una vez determinada su competencia, con estricto rigor por imperativo de la ley, sin tomar en consideración la voluntad de los interesados. En cambio, el contenido es comúnmente derecho privado y, dentro de éste, aquel sector donde domina como soberana la voluntad de los particulares²⁷.

No podemos desconocer que el derecho notarial presenta aspectos que impiden incluirlo completamente dentro de la esfera del derecho público: la función autenticadora sólo puede ejecutarla el notario una vez que ha sido solicitada por la voluntad particular y para intereses de carácter privado, y la misma relación jurídica formal se encuentra condicionada por la relación sustancial, generalmente de derecho privado²⁸.

²⁵ *Ibid.*, p. 9.

²⁶ *Loc. cit.*

²⁷ *Loc. cit.*

²⁸ *Loc. cit.*

Esto último, evidencia Bañuelos Sánchez, es consecuencia del carácter adjetivo del derecho notarial, más acentuado que en el derecho procesal. Éste regula el proceso como entidad autónoma, y las condiciones para que exista y sea posible una resolución son independientes de las condiciones del derecho y de la acción. En cambio, la forma notarial es una garantía del acto o contrato que contiene y una de las condiciones de la autorización notarial ha de ser la validez del acto sustancial²⁹.

Lo descrito enseña que el derecho notarial es una entidad jurídica autónoma de naturaleza objetiva, formal.

1.4 Resumen histórico del notariado, de Egipto a España

En las sociedades primitivas no era necesario el notariado ni los instrumentos de autenticación, entre otras razones porque los actos jurídicos tenían en ese tiempo la existencia pública que garantizaba el que fueran respetados. En cambio, cuando las sociedades llegan a cierto grado de desenvolvimiento, sienten la necesidad de dar certeza pública a los actos y contratos que en sí carecían de ella; y puesto que la autenticidad es cualidad inherente a los actos del poder público, se acude por necesidad natural, como fuente de autenticación, a los tribunales o a una magistratura con atributos de soberana para que invistan al acto privado con el manto de aquella fuerza que le falta³⁰.

En consecuencia, desde la antigüedad se encuentran vestigios de esta institución. Inclusive, antes de la escritura alfabética dichos actos se celebraban oralmente, en presencia del pueblo reunido en la plaza pública o en presencia de testigos, o bien, mediante prácticas ceremoniales cuya finalidad era dar fe y perpetuar la memoria de esos actos.

Mengual y Mengual destaca que la prueba más ordinaria de la existencia de las convenciones resultaba de la declaración hecha por las partes interesadas y los testigos, en presencia del pueblo reunido en asamblea³¹. Señala como ejemplo que, según el Génesis, Abraham compró a Efrón una

²⁹ Loc. cit.

³⁰ Loc. cit.

³¹ José María Mengual y Mengual, *op. cit.*, pp. 449-451.

sepultura para enterrar a Sara. La compra se realizó ante el pueblo por la cantidad de 400 talentos³².

Repasando la historia, en el Génesis se lee que Abraham fue privado por los súbditos del rey Abimelec de la propiedad de unos pozos que había excavado; luego hizo las paces con dicho rey, obteniendo de éste el reconocimiento de sus derechos, y dándole siete ovejas le dijo: “Recibid estas siete ovejas para que sirvan de testimonio de que habéis descubierto los pozos”. Y allí donde se celebró la alianza fue llamado Beerseba para que atestiguara la alianza mutua que se había jurado entre Abraham y Abimelec. Y cuando Jacob celebró su convenio con Labán, cogió una piedra, la colocó para servir de monumento y ordenó a los demás concurrentes que trajesen otras piedras. Habiéndolas reunido en su nombre, Labán dijo a Jacob: “Este montón y estas piedras servirán de testigo entre los dos” (Gn. 21: 31). Igualmente, el profeta Jeremías en el año 620 a. de C. da cuenta de la adquisición que había hecho de una herencia: “He comprado, a Jeremías de Hanameel, hijo de mi tío, el campo situado en Anatholh, por el que he pagado siete sicles³³ y seis piezas de plata; el contrato ha sido escrito y sellado ante testigos, y pesado el precio he tomado el contrato de adquisición, sellado sus cláusulas según las solemnidades prescritas en la ley y con los sellos puestos a sus alrededores. Este contrato lo entregué a Baruch, hijo de Nerías y Masías en presencia de Hanameel, mi primo hermano y de los testigos cuyos nombres constan en dicho contrato” (Gn. 32: 10).

Como referencia, también podemos considerar que Atanasio (296-373) fue tenido como notario del Obispado de Alejandría y con tal carácter intervino en el Concilio de Nicea el año 325³⁴.

Entre los hebreos, el conocimiento del arte de escribir que poseía cualquiera de las partes contratantes era motivo suficiente para la redacción y formalización del convenio. Pero si los contratantes ignoraban —que era lo

³² Moneda griega equivalente a sesenta minas (la mina pesaba 100 dracmas). El dracma era una moneda griega de plata cuyo valor era de cuatro sestercios (el sestercio valía dos ases y medio). El as, moneda de cobre usada por los romanos que en el principio no estaba acuñada y cuyo peso era de una libra. Al ser acuñada conservó su valor de doce onzas. La onza era la duodécima parte del as.

³³ *Numism.* Moneda de plata, con peso de media onza, usada antiguamente en Israel. *Diccionario enciclopédico abreviado*, tomo VII, 7ª ed., Madrid, Espasa-Calpe, 1957, p. 178.

³⁴ Froylán Bañuelos Sánchez, *Derecho notarial*, tomo I, op. cit., pp. 25-26.

más frecuente— aquel arte, entonces estaban obligados a reclamar la intervención del oficial o funcionario público destinado a tales fines, que recibía el nombre de escriba o escribano. De éstos, había en el pueblo hebreo muchas clases, siendo los principales los siguientes: escribas o escribanos reales, escribas de la ley, escribas del pueblo y escribas del Estado³⁵.

Bañuelos Sánchez señala que los escribas del rey tenían como fin principal autentificar los actos de éste. Las Sagradas Escrituras citan como tales funcionarios a Giosafet, Saraja, Siva y Saphan³⁶.

a) Egipto

En Egipto encontramos igualmente al escriba, sólo que allí hubo escuelas como las de Heliópolis y Abydos en las que seguían sus estudios aquellos que aspiraban a las altas magistraturas. El escriba era, en principio, una especie de delegado de los colegios sacerdotales, quien tenía a su cargo la redacción de los contratos. El sacerdote, por su cualidad de funcionario público, era el verdadero notario. El documento autorizado por el escriba carecía, por sí mismo, de autenticidad, por lo que se acudía al magistrado cuando quería revestírsele de tal carácter. El magistrado estampaba el sello, con lo cual el instrumento privado se convertía en público³⁷.

b) Grecia

En Grecia se establecieron oficiales públicos encargados de redactar los contratos de los ciudadanos. Aquí cabe señalar la relación que tenía la escritura gráfica vulgar con la actuación del funcionario llamado *mnemon*³⁸, a quien correspondía la conservación, registro y memoria de los tratados y actos públicos y de los contratos privados que, de esa manera, adquirían autenticidad. El sentido etimológico de la palabra *mnemon* es “hacer memoria,

³⁵ Loc. cit.

³⁶ Loc. cit.

³⁷ *Ibid.*, p. 18.

³⁸ □□□□□□□ □□□□ □. S. memoria. // recuerdo. // mención. // monumento; inscripción. // archivos. Florencio Sebastián Yarza, *Diccionario griego-español*, Barcelona, Sopena, 1954, p. 907.

recordar, de ahí que etimológicamente *mnemon* era el que recordaba, el que mencionaba, el que tomaba notas y, en conclusión, el que vigilaba”³⁹.

c) Roma

Bañuelos Sánchez encuentra en Roma el ensayo más antiguo de función legitimadora, mediante la jurisdicción, con la *cessio in jure*, cuyos orígenes se remontan probablemente a los tiempos anteriores a la Ley de las XII Tablas, si bien no alcanza el pleno desarrollo hasta después de ésta⁴⁰.

Siguiendo las inspiraciones de Mommsen y de Mayns, Bañuelos Sánchez refiere que la primera manifestación de los trabajos notariales probablemente sea la hallada en una tabla de bronce en Roma, en el siglo XVI, la cual contiene el fragmento de una ley cuya finalidad era reglamentar el servicio de los que estaban a las órdenes de los magistrados romanos, cuyos empleados tomaron los nombres de *scribae*, *viatores* y *proecone*. Esta ley fue conocida como *Lex Scribis, Viatoribus et Proeconibus*⁴¹.

Otra fuente citada para el estudio del notariado en Roma es la tabla de bronce encontrada en Mazinezzi, antiguo ducado de Plasencia, en el año de 1747, en la que se halla inscrita una hipoteca constituida sobre una porción de fincas situadas en Veleja, con el fin de garantizar una renta creada por Trajano a favor de un número determinado de vecinos de dicha villa, llamándose Tabula Alimentaria a esta inscripción que data del año 103 de la era cristiana⁴².

Han llegado a nuestros días varias inscripciones más, unas en bronce y otras en piedra, de testamentos otorgados, entre los que merece especial mención el de un tal Dasumius, en el año 109 de la era cristiana, así como varias inscripciones expresivas de actos de emancipación, constitución y reconocimiento de servidumbre y del derecho de superficie⁴³.

Todo indica que la función notarial existió desde los primeros tiempos, a pesar de que no estuviese creado el funcionario competente para dar fe

³⁹ *Ibid.*, pp. 19-20.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 23.

⁴¹ *Ibid.*, p. 27.

⁴² *Ibid.*, pp. 27-28.

⁴³ *Loc. cit.*

de esos actos. Es por eso que a este funcionario se le ve multiforme y representado unas veces por los lugartenientes de los *tribuni plebis* o tribunos de la plebe; cuyos lugartenientes tenían especialmente a su cargo la custodia de los archivos del Estado depositados en el templo de Ceres; otras, en los *apparitores* del tiempo de la República, empleados asalariados encargados de la redacción de las escrituras y otros servicios subalternos, entre cuyos funcionarios merecen citarse los *scribas* o *librarii*, e igualmente en el *premierius notariarum*, director de la *Schola Notariarum*, de cuyo organismo salían los notarios (*notarii*) encargados de la formación de los procesos verbales y la redacción de escrituras⁴⁴.

d) Tabelliones, exceptores y notarios

Bañuelos Sánchez enseña que en la época romana había tres escritores encargados de redactar los documentos legales: los tabularios o *tabelliones*, los exceptores y los notarios⁴⁵.

Los tabularios eran los oficiales del censo. De posición social elevada, entraban en la categoría de ciudadanos, siendo su magistratura la más alta de la ciudad. Era tal la confianza y simpatía que llegaron a inspirar que se les encargaba hasta la custodia de los testamentos. Mas esta confianza pública fue desapareciendo al llegar el periodo de la decadencia económica, en el cual esos funcionarios fueron víctimas de la más desenfundada persecución por parte del fisco. Desde entonces, para la custodia de los testamentos y la redacción de los documentos privados se dio preferencia a otra clase de escritores, conocidos con el nombre de *tabelliones*⁴⁶.

Los *tabelliones* eran ciudadanos de clase elevada, siendo el *tabellionato* título suficiente para pertenecer a la curia, es decir, al mayor Consejo Ciudadano al que Ulpiano incluyó en el foro cerca del archivo público, *In quo instrumenta deponantur* (Digesto XLVIII, 19, 9), formando, como todas las artes y profesiones reunidas, un colegio⁴⁷.

⁴⁴ Loc. cit.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 39.

⁴⁶ Loc. cit.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 40.

También los notarios y los exceptores —explica Bañuelos Sánchez—⁴⁸ fueron redactores de documentos. Las fórmulas excesivamente rigoristas y complicadas del derecho civil romano no podían ser recogidas y aplicadas por quienes tenían como única ocupación el estudio. De ahí que los escribanos o escritores particulares o privados y públicos, llamados *scribae*, *tabularii*, *notarii*, censores y *logographi*⁴⁹ ocuparan esas funciones según fuere su especialidad. Los *notarii* escribían por medio de notas breves, empleando su estilo⁵⁰ con asombrosa rapidez. Los ciudadanos ricos tenían en sus casas varios esclavos encargados de ocupaciones profesionales distintas. Uno de estos esclavos, llamado *gramaticus*, enseñaba a leer a los niños. Otro ejercía la medicina y la cirugía, y se le denominaba *medicus chirurgus*⁵¹. Otro era el *mercator*, porque atendía las subsistencias y el vestuario de la casa. Al que enseñaba religión y los principios científicos se le conocía con el nombre de *philosophus*. Y existía también el poeta y el escribano o escribiente, a los que se les confiaba, principalmente, el registro doméstico en el cual todo padre de familia anotaba diariamente los gastos de la casa, los convenios y las obligaciones contraídas. Los tabularios con carácter de escribanos públicos podían tomarse, igualmente, de entre los esclavos y podían dirigirse a todos los ciudadanos⁵².

En un principio esta especie de escritores pertenecía a la clase servil, pero por la obra o función que prestaron como estenógrafos comenzaron a actuar como redactores oficiales, elevándose, sensiblemente, su posición social hasta tal punto que los notarios formaron un cuerpo de escritores de elevada categoría en el mismo palacio imperial⁵³.

⁴⁸ Loc. cit.

⁴⁹ Del g. b. *logógrafa*, el que escribe en prosa; prosista. || Logógrafo, historiador en prosa. || El que escribe discursos para otros. Florencio Sebastián Yarla, *Diccionario griego-español*, Barcelona, Sopena, 1954, p. 848.

⁵⁰ Del lat. *stilus* y éste del gr. *estilos*. *columna*. m. Punzón con el cual los escribanos realizaban su trabajo en las tablas. *Diccionario enciclopédico abreviado*, tomo III, 7ª ed., Madrid, Espasa-Calpe, 1957, p. 1070.

⁵¹ Cirujano. *Chirurgien*; it, *chirurgo* (del gr. *chirurgo*) m. El que ha estudiado la cirugía y la ejerce. *Diccionario enciclopédico abreviado*, tomo II, op. cit., p. 812.

⁵² Froylán Bañuelos Sánchez, op. cit., p. 40.

⁵³ *Ibid.*, pp. 40-41.

Sin embargo, es menester reconocer que la ley jamás exigió —o al menos lo hizo hasta muy avanzada la civilización romana—, para la redacción de los documentos, la presencia de un funcionario especial, siendo libres los particulares de redactar por sí y escribir sus documentos. También podían hacerlo mediante la intervención de un *tabellion* o de un tabulario, a quienes se les daba preferencia, porque ostentaban un oficio público que imprimía la garantía de veracidad, mientras que los *tabelliones* poseían conocimientos del derecho, lo que confería al documento indiscutibles garantías de legalidad⁵⁴.

Justiniano imprimió a toda esta materia mayor orden y seriedad, legislando acerca de ella en el Código y en las Nuevas Constituciones y Auténticas. En el Código o *Codicis repetitae praelectionis* aparecen el libro x, título LXIX, dedicado a los *tabulariis, scribis, logographis et censualibus*; y el libro XII, título VII, que lleva por epígrafe *De premicerio et secundicerio et notariis*. En el *Liber constitutionum novellarum*, se encuentran la Constitución XLV que tiene por título *De tabellionibus et ut protocolia dimittat in chartis* y la LXXVI, que legisla sobre las siguientes materias: la seguridad y la fe de los instrumentos, y en primer lugar del depósito, del voto y otros documentos escritos privadamente con o sin intervención de testigos; de los cotejos de escritura de propia mano, de los documentos expuestos por personas que no saben o saben poco de letras, de los contratos no escritos, de los contratos hasta la cuantía de una libra de oro, de los que se hacen a los campos y de que la ley tenga aplicación en los documentos y contratos futuros⁵⁵.

e) La actuación de los notarios en la Europa medieval

En lo que atañe al orden de las ideas jurídicas, en la Edad Media la civilización bárbara no registra progreso alguno, sino todo lo contrario. Las leyes bárbaras, poco conocidas, debiéndose acaso a la facilidad con que los vencedores se asimilaban tanto al derecho romano como al derecho de los pueblos a los que sometían, no aportaron jurídicamente algo que pueda considerarse de interés para la historia del notariado. Bañuelos Sánchez

⁵⁴ Loc. cit.

⁵⁵ *Ibid.*, pp. 39-41.

señala que en el caso de España, en las leyes visigóticas hasta el *Liber iudiciorum* o Fuero Juzgo podemos encontrar escasas referencias a la actuación de los escribas o notarios⁵⁶.

Carral y de Teresa indica que en la Edad Media en todos los países europeos se advierte una tendencia encaminada a que los escribanos refuercen su papel de fedatarios; y a pesar de que es difícil precisar la historia del notariado en esta época, resulta indudable que va en aumento el prestigio del *instrumentum* extendido y suscrito por notarios, ya que en el siglo XVIII aparece el notario como el representante de la fe pública⁵⁷.

A la escuela de Bolonia se atribuye la mayor influencia en el desarrollo de la ciencia notarial y, como acertadamente señala Jiménez Arnau, si bien esa influencia es indudable, España en cambio aparece como líder del movimiento legislativo en materia notarial. En Castilla, el Fuero Real Primero (1255) sostiene que el oficio de escribano es “público e honrado e comunal para todos”; y las partidas después, en los títulos XVI y IX de la Partida Tercera, construyen el notariado como una función pública y reglamentan la actuación notarial con bases que han sido columnas de la institución hasta la divulgación de la Ley Orgánica Española de 1862⁵⁸.

Para Bañuelos Sánchez, la Edad Media resulta un tanto incierta respecto a la historia del notariado. Sin embargo, afirma que en todos los países de Europa se produce un ambiente social favorable para que los escribanos refuercen su papel de fideifacientes. Así, la carta notarial, el *instrumentum* extendido y suscrito por notario, tiene que cobrar necesariamente un prestigio creciente ya que sólo así se explica que en el siglo XIII aparezca el notario como representante de la fe pública y su intervención otorgue autenticidad a los documentos⁵⁹. Igualmente, este investigador manifiesta que a la escuela de Bolonia se le atribuye la mayor influencia en el auge de la ciencia notarial, especialmente por los autores italianos.

Es importante indicar que en Bolonia aparece la Escuela del Notariado cuya influencia es asimilada por toda Europa, incluida España, hasta el punto

⁵⁶ Froylán Bañuelos Sánchez, *op. cit.*, p. 69.

⁵⁷ Luis Carral y de Teresa, *Derecho notarial y derecho registral*, México, Porrúa, 1986, p. 67.

⁵⁸ *Loc. cit.*

⁵⁹ Froylán Bañuelos Sánchez, *op. cit.*, pp. 69-70.

de que se conocían y estudiaban las obras de Rolandino. Posteriormente los tratadistas italianos difundieron el conocimiento de la labor de esta escuela.

El mismo Bañuelos Sánchez expresa que a la labor precursora de Irnerio (hacia fines del siglo XI fue escrito el *Formularium tabelliorum* o Formulario Irnerio) se debe añadir la de Rainieri di Perugia, autor de la *Ars notariae*. No obstante, la acrópolis de esta escuela notarial corresponde a Rolandino Passagerio, llamado también Rolandino Rodulfino o Rolandino Rodolfo, nacido en 1207 y quien en 1234 es notario en Bolonia y profesor que da lecciones públicas de notaría⁶⁰.

Las obras escritas por Rolandino son: *Summa artis notariae*, llamada también *Summa aurea*, *Diadema*, *Summa Rolandina* y *Summa Orlandina*, en la que se propuso corregir y mejorar las fórmulas notariales hasta entonces usadas, y que consta de tres partes: contratos, testamentos y juicios. La *Aurora*, que son comentarios a la *Summa*, el *Tractus notularum*, que es una introducción a la ciencia de la notaría en la que, aparte del derecho notarial formal, se incluye un estudio de todos los aspectos del derecho sustantivo que interesan al notario, especialmente los contratos. Las *Flos testamentorum* o *Flos ultimarum voluntatem*, y *De officio testamentorum in Villi vel Castris*, de menor valor científico que el anterior, constituyen una serie de lecciones prácticas y consejos a los notarios que en nuestros días llamaríamos rurales⁶¹.

En relación con lo expuesto sobre la escuela de Bolonia y su enorme influencia en el mundo europeo, surge la idea de que el derecho notarial no es reciente sino que se remonta a varias centurias. Su existencia se debe a Rolandino, en el siglo XIII, quien tomando como cepa la función notarial coronó a la notaría con las excelencias de ciencia y arte, heredando a la posteridad que el plano de sustanciación de estas actividades residiera en el notariado. Y en verdad —afirma Bañuelos Sánchez— esta expresión fue un acierto, pues aparte de constituir un alzamiento contra la indiferencia de los juristas de esa época, que no intuyeron el carácter científico de la notaría, Rolandino sacó al notariado del estado de opacidad en que se hallaba para convertirlo, virtualmente, en el ente legal que habría de organizar y disciplinar la ciencia y el arte de la notaría, y definir y jerarquizar a su órgano funcional, el notario, así como a su producción específica, el instrumento público. Por

⁶⁰ Loc. cit.

⁶¹ *Ibid.*, p. 72.

algo Rolandino fue un genio esclarecido; su fina coherencia lo llevó a exaltar su profesión, haciendo del notariado una ciencia y de la notaría un arte, de reconocida sensibilidad, por ser la instrumentación pública no sólo cuestión de mecánica notarial sino también asunto de creación intelectual.

Con este análogo pensamiento, Rolandino fue seguido en la península itálica por muchos notarios, algunos de ilustre actuación. Pero se desconocen los seguidores que debió tener en la patria de Cervantes. No obstante, se sabe que en España se comprendió la ventaja que aportaría aprender la “ciencia de la notaría”. Tomó buena iniciativa en 1682 el notario Gerónimo Gali y Ramón, de Barcelona, con un libro de doctrina que “representaba unidas la práctica y la teoría” de la notaría. Asimismo, a principios del siglo XVIII el libro de José Gómez, pasó a ser un texto de estudio y consulta por su claro resumen de la ciencia notarial; en 1828, la traducción al castellano de la obra en latín hecha por el propio notario Gilbert reveló que ésta fue una obra de texto “ordenada y arreglada a los principios fundamentales de la ciencia notarial”⁶².

f) España

Como en todo el occidente de tradición latina, la implantación del notario en España y Portugal fue el momento final de una larga evolución histórica de los *scriptores* documentales⁶³. Así, Bono nos lleva en su descripción a cinco momentos que a continuación presentamos:

- En la primera mitad del siglo XIII tiene lugar la implantación del *notarius publicus*, el cual desplaza paulatinamente a los *scriptores* meramente profesionales sin título de nominación. Este proceso de cambio tiene especiales características en cada reino hispánico.
- La aparición de notarios —ya siempre con la denominación técnica de *notarius publicus*— de creación episcopal, abacial y, en no pequeña medida, real, se manifiesta desde el primer cuarto del siglo XIII en las ciudades. También los señores e incluso las órdenes militares nombran notarios en sus respectivos ámbitos. Los de Barcelona

⁶² *Ibid.*, pp. 71-72.

⁶³ José Bono, *Breve introducción a la diplomática notarial española*, Sevilla, Consejería de Cultura y Medio Ambiente-Junta de Andalucía-Dirección General de Bienes Culturales, 1990, pp. 18-24.

originariamente fueron de nominación regia, aunque sujetos a una pensión *pro censu*; las villas y ciudades del dominio real suelen tener privilegio del rey para la creación de notarios (así, Perpiñán, Manresa, Lérida, etc.); en las ciudades episcopales (por ejemplo, Gerona, Urgel, Elna, Vich, Tarragona) los notarios son de nominación episcopal. El rector *ecclesiae* o párroco de diferentes localidades tenía cualidad y función notariales, bien por la colación canónica de la rectoría, o bien, en su caso, por concesión real a censo de la escribanía.

- En los siglos xiv y xv se desarrolla y afianza en España y Portugal la institución notarial, siendo característica la tensión entre el poder real, que retiene con firmeza el derecho a la creación de notarios, y el poder comunal, de las ciudades y villas, que con tesón defienden el suyo de nombrar a los que desempeñen en ellas el oficio notarial. Las prerrogativas señoriales de los obispos en algunas ciudades, que incluían la nominación de notarios, entraron también en pugna con las prerrogativas de la autonomía comunal. En Castilla muchas ciudades convalidaron su derecho a la creación de notarios mediante privilegios reales (Toledo, Murcia, Sevilla, etc.) y Alfonso XI en las Cortes de Valladolid de 1325 (Cortes Castellanas de 1377) reconoció tal derecho a los lugares que ya lo usaran por fuero, privilegio o confirmación real o por uso de 40 años. En Aragón, Jaime I en 1300 permitió a las ciudades, villas y aldeas poner los *scriptores publici* (notarios) en el número (*numeros certus*) conveniente. En Navarra, la ciudad de Pamplona ya venía nombrando los notarios, lo mismo que en Tudela (confirmado en 1355) y las villas, en general. En Cataluña, Valencia y Mallorca los notarios de las ciudades son de designación comunal, aunque entre ellos figuran en buena parte de creación real (por ejemplo, en Valencia y, en parte, Barcelona), que actúan como notarios comunes.
- Para contrarrestar la excesiva multiplicación de los notarios actuantes en las ciudades (originada por la desmedida creación regia de notarios), surge el principio de *numerus clausus* (número cierto, en Aragón) o fijación del número de notarías de cada ciudad, que no puede normalmente ser rebasado y que es establecido por un pri-

vilegio real. Así sucede en Castilla y en Aragón, en cuyas ciudades los notarios de creación (o aprobación) municipal se convierten en notarios *de número*.

- Junto a los notarios de número en Castilla y Aragón, y los de creación (o aprobación) municipal de Navarra, Cataluña, Valencia y Mallorca, se desenvuelven en amplia medida los notarios de creación real, distribuidos en dos clases, a saber: los *incardinados* en un determinado oficio notarial que, por lo tanto, forman parte de los de número local, en Castilla y Aragón, o de los notarios de la ciudad a través de una *approbatio* municipal, en Barcelona, Valencia y muchas otras ciudades, y los notarios *generales* sin adscripción a un concreto oficio, y con competencia general en todo el reino.

En España, para obtener el cargo notarial se exigía los siguientes requisitos personales y de aptitud:⁶⁴ 1) la edad, que por regla general era de 25 años en Castilla (en algunas ciudades, como Sevilla y Córdoba, bastaban 24 años), Valencia, Tortosa y Mallorca; en Cataluña, 24 años; en Lérida y Aragón, 20 años. La edad exigida para los notarios apostólicos *auctoritate* era también la de 25 años. La edad de 18 años era la exigida en caso de sucesión en un oficio notarial; 2) aptitud física (*entendudo* de razón, *abile*); 3) sexo viril⁶⁵, sobreentendido en las fuentes; 4) libertad, es decir, no ser de condición servil (*deven ser omes libres*); 5) religión cristiana, pues el hereje excomulgado era incapaz para los oficios *publica officia*; 6) seglaridad, pues todas las fuentes exigen que los notarios deben ser laicos, aunque la prohibición a los *clerici* del ejercicio notarial tuvo muchas atenuaciones y excepciones (esta prohibición no regía, naturalmente, para los notarios de la Iglesia); 7) idoneidad moral (*buena fama* en Castilla, *sufficientia in moribus* en Cataluña y Valencia); 8) vecindad (que presupone la nacionalidad) en el lugar en donde había de ejercerse el *officium*, requisito no suficientemente reglamentado.

⁶⁴ Eduardo Bautista Pondé señala que la primera ley que admitió el ejercicio del notariado por parte de la mujer fue la ley italiana de 1913. En *Origen e historia del notariado*, Buenos Aires, Depalma, 1967, p. 276.

⁶⁵ José Bono, *op. cit.*, pp. 25-26.

Después de transcribir los requisitos personales para obtener el cargo notarial (*officium notariae*) que señala Bono, veamos los requisitos de aptitud (*sufficiencia*) o idoneidad técnica que él mismo apunta: 1) saber escribir, con los conocimientos precisos para una redacción correcta del texto (*escrevir bien*); 2) entender en derecho, para la adecuada formulación negocial en el documento (*entender de la arte de la escribanía* o *Ars notariae*). Ambos requisitos suponen ser *sufficiens ad conficiendum instrumenta* (*abastant per fer cartes*), como exigen las fuentes aragonesas, o *sufficient en scientia*, como dicen las valencianas y catalanas, que también exigen hablar y redactar en latín⁶⁶.

Carral y de Teresa⁶⁷, siguiendo a Otero y Valentín, distingue en la historia de España seis periodos, de los que retomamos tres para nuestra compilación:

PRIMER PERIODO

Abarca desde la independencia de Roma hasta el siglo XIII. A Casiodoro se atribuye la aguda observación, repetida en nuestros días, que consiste en distinguir el papel de los *jueces* de los *notarios*, afirmando que *aquéllos* sólo fallan contiendas, en tanto que éstos tienen por misión el prevenirlas.

Forman parte de este primer periodo las 46 fórmulas visigóticas, según las cuales los órganos necesarios para la formación de los instrumentos públicos son los siguientes⁶⁸: 1) los otorgantes; 2) los testigos presenciales, que llegaron a exigirse hasta en número de doce. Según dichas fórmulas, el escriba presencia, confirma y *jura* en derecho, pero se abstiene de intervenir, a no ser que las partes libremente se lo soliciten. El hecho de que el escriba jurara en derecho, implicaba un principio de fe pública, en virtud de que el juramento sólo se otorgaba para que la afirmación fuese creída por aquellos que no la escuchaban o presenciaban.

En el año 641 fue promulgado el Fuero Juzgo. Dicho cuerpo legal divide a los escribanos en dos clases: escribanos del pueblo y escribanos comunales. Únicamente los escribanos podían escribir y leer las constituciones (leyes),

⁶⁶ Loc. cit.

⁶⁷ Luis Carral y de Teresa, *op. cit.*, pp. 69-75.

⁶⁸ Véase entrada "Instrumentum". En Sócrates Jiménez y Santiago Triana, *Diccionario de derecho romano*, *op. cit.*, p. 177. "Del lat. *Instrumentum*. Escrito que se redactaba al celebrarse en Roma una estipulación. En él se anotaba el objeto del contrato, el cumplimiento de las formalidades legales y los nombres de los testigos que asistieron al acto".

para evitar el falseamiento tanto de su promulgación como de su contenido. Esta práctica es otra demostración de cómo la fe pública se hizo indispensable no solamente para precisar y concretar la verdad de ciertos hechos sino, antes que nada, para garantizar la existencia y legitimidad de los textos legales.

En este primer periodo se hace referencia al notario para confirmar los contratos.

Segundo periodo

Abarca del siglo XIII al siglo XV. Se caracteriza porque en él se determina la función como pública. Le dan su sello básico las leyes de Alfonso X, el Sabio, o sea, el Fuero Real y las Siete Partidas.

- a. El Fuero Real (año de 1255) —informa Carral y de Teresa— se ocupa de escribanos públicos, jurados, para que no hubiese dudas y evitar las contiendas⁶⁹. Era obligatorio otorgar testamento ante la presencia de escribanos. Quienes ejercían esta función pública actuaban como meros auxiliares de los deseos de los particulares y se acostumbraba que tomasen notas de los documentos que redactaban o en los que intervenían. Dichas “notas primeras” eran útiles en el caso de que la carta se perdiera o surgiera respecto a ella alguna duda y así pudiese “ser probada por la nota donde fue sacada”.
- b. El código de las Siete Partidas. En las partidas se obliga a que “las notas” de los escribanos se inscriban en “el libro que se llama registro, que quiere tanto decir como escrito de remembranza de los fechos de cada año”, y que también se llamó minutarario. Las cartas⁷⁰ deben ser “fechas por manos de escribanos públicos [...] porque falsedad nin engaño non pueda ser fecho en ellas”.

⁶⁹ *Ibid.*, p. 70.

⁷⁰ Joaquín Escriche, “Cartularios”, *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, tomo I, México, Porrúa, 1979, pp. 432-433. “Antiguamente a las escrituras se le llamaban cartas: es por ello que entre los romanos se les daba el nombre de *cartularios* a quienes tenían el encargo de cuidar, examinar y reconocer las cartas; tablas o instrumentos públicos; y equivalían bajo ciertos aspectos a nuestros archiveros”.

El segundo periodo contiene las características siguientes:

- Se reconoce la función instrumental como de *interés social*, imponiéndose en inmuebles y testamentos.
- El escribano tenía que procurar *conocer* directamente a los otorgantes.
- Intervenían tres testigos, como mínimo, en las cartas públicas.
- Los escribanos debían llevar su *registro* o *minutario* por año, y al final debían poner *su seña* o *signo*, debiendo conservar el registro.
- Debía de hacerse la *redacción* sin abreviaturas y *manuscrita* por el notario o por otro escribano.
- Las cartas podían ser *reproducidas* siempre que mediara la autorización del alcalde, quien entonces tenía atribuciones judiciales.
- A la muerte del escribano, sus *archivos* eran recogidos por el alcalde, ante testigos, para ser entregados al *sucesor*.
- Las partidas determinan los requisitos generales que debían corresponder a todas las escrituras, a los modelos o a las fórmulas, sobre los actos y contratos más usuales.
- Respecto a la *eficacia* de las cartas o escrituras: a) en juicio, el interesado debía probar que quien las había autorizado era realmente escribano público en esa fecha; b) si el escribano lo negaba, la carta sería falsa; c) la deposición de testigos no era válida contra la de escribano de buena fama, si se encontraba la nota en el registro, pero si no se encontraba, prevalecía el dicho de los testigos.

En conclusión, en este segundo periodo las cartas o instrumentos sólo acreditaban lo celebrado, por lo que no pasaban del género de actas. Imperaba la voluntad de los otorgantes y el escribano sólo era el medio para garantizar una prueba del hecho de celebración del acta o contrato, pero sin que garantizase técnicamente con su competencia el justo obrar de las partes. El escribano era, pues, un medio para acreditar pruebas.

Ordenamiento de Alcalá (año de 1348). Dado en Alcalá de Henares por el rey don Alfonso XI y cuyo propósito fue el de coordinar las leyes y conciliar los sistemas de ritos y costumbres jurídicas. Contiene dos leyes de interés para el notariado: la Ley Única del Título 16, en la que se establece que aquel que se hubiese obligado a algo, no podría aducir falta de forma o solemnidad ni falta de intervención de escribano público, pues la *obligación* contraída y el

contrato aceptado valía y debía ser otorgado en cualquier manera que *parezca que uno se quiso obligar a otro*. Esta ley significaba un dique para detener la marcha de los ritos, y suprimía la distinción de “pacto” o convención y la de “contrato” o estipulación, permitiendo que cualquier forma o modo empleado para la manifestación de la voluntad fuese válido, sin que al respecto valiesen disculpas o pretextos.

La otra ley es la del Título 19 del Ordenamiento de Alcalá, en la cual se establece que el testamento debe hacerse ante escribano público, con presencia de tres testigos al menos, vecinos del lugar; en dicha ley se impone la unidad del acto para el testamento y se reconoce como válido morir parte testado y parte intestado.

TERCER PERIODO

Este periodo, denominado Reforma de los Reyes Católicos, comprende dos épocas:

Primera época: esta etapa se inicia antes del descubrimiento de América, pero sin pasar del siglo xv. Juan Ramírez, escribano del Consejo Real, redacta las capitulaciones matrimoniales de los reyes católicos y recopila cartas reales, provisiones y pragmáticas. Con motivo del Primer Centenario de la Ley Orgánica del Notariado Español de 1862, tales documentos fueron exhibidos en Madrid, junto con otras joyas de la historia del documento notarial⁷¹.

Carral y de Teresa⁷² señala que en esta primera época de la Reforma de los Reyes Católicos fueron dictadas cinco disposiciones sobre los escribanos y su competencia. En 1480 se revocaron los oficios de los Concejos acrecentados, igualmente “las Cartas Reales que permitían heredar, renunciar y traspasar los oficios”, y se dictaron disposiciones que obligaron a pasar un examen y llenar otros requisitos para poder despachar las escribanías públicas. De estas disposiciones, la más importante consistió “en la determinación de la competencia jurisdiccional del escribano”, disponiéndose que las escrituras de contratos, obligaciones y testamentos debían pasar ante escribanos reales y públicos del número de los pueblos y para que “puedan dar fe de todos los autos extrajudiciales sin pena alguna”.

⁷¹ Loc. cit.

⁷² Loc. cit.

En 1491 se insiste sobre la *competencia de los escribanos*, ordenándose que ningún otro escribano real ni apostólico diera fe ni recibiera “los contratos sobre ventas, trueques y enajenaciones de bienes raíces”, quedando prohibida la autorización de dichos actos a los escribanos del Concejo, a los de Cabildos, a los escribanos de Cámara, y a otros. Los escribanos de número estaban obligados a *dar copia* de las cartas “a los recaudadores de Alcabalas”, para que hiciesen efectivo el impuesto sobre las enajenaciones de bienes raíces. Esto —observa Carral y de Teresa— ya se asemeja a la función moderna del notariado. Y ratificó la práctica de emplear la escritura pública (forzosamente) en la enajenación de bienes raíces⁷³.

En resumen, en la primera época se aprecia lo siguiente:

- Se restringió el nombramiento de los escribanos.
- Se restringió el comercio con los oficios.
- Se exigió el examen, así como otros requisitos para que los escribanos pudiesen despachar su nombramiento.
- Los escribanos reales y los públicos de número fueron los únicos capacitados para intervenir en asuntos extrajudiciales, y relacionados con bienes raíces.
- El valor probatorio de las cartas de los escribanos era relativo e inseguro.

Segunda época: corresponde al siglo xvi. Las disposiciones de esta segunda época, asignadas a un “perspicaz oidor”, que no era “del oficio” de escribanos, ya que les duplicaba a éstos el trabajo y les multiplicaba las responsabilidades, por la custodia de los fondos archivados.

Igualmente, son cinco las disposiciones de esta etapa:

- 1) En 1501 los escribanos provistos en oficios *renunciados* presentarían los títulos en los ayuntamientos dentro de los 60 días.
- 2) En 1502 se dispuso que en los registros de escrituras se entregasen al escribano sucesor del muerto o privado del oficio. Esta disposición se consideró importante, ya que reconoce que el fondo de

⁷³ Loc. cit.

la función instrumental no tiene carácter patrimonial (lo cual ya se había dispuesto antes, y no se había cumplido, como con posterioridad tampoco se cumplió generalmente).

- 3) En 1503 se prohibió nombrar otros escribanos en los pueblos donde los hubiese de número.
- 4) Igualmente, en 1503 se dispuso que los escribanos asentaran los derechos que llevan las partes, tanto en el registro como en las cartas que dieran.
- 5) En ese mismo año de 1503 se otorgaron cinco leyes sobre la formación del protocolo y otras disposiciones relativas.

1.5 Enajenación de oficios

Consideramos importante hacer referencia a la práctica de comprar y heredar el ejercicio de la fe pública, turbio y persistente vicio que macula, cuando se da, la virtuosa práctica notarial. Se olvida que en un país democrático las funciones públicas no son hereditarias y tampoco patrimonio de familia; no están en el comercio ni son dádivas, y no debieran otorgarse como compensación política. Además, la honestidad no es transmisible de padres a hijos. En una democracia cada quien labra, con sus actos, su propio destino y prestigio social.

Al referirse a la enajenación de oficios, Carral y de Teresa rememora que las partidas consideraban la función del escribano como pública, y ésta se extinguía con la muerte del titular, pues un oficio público no era propiedad particular, sino del señorío del reino⁷⁴; sin embargo, dicha tesis jamás se aplicó, ya que la facultad de ejercer la fe pública se entendió concedida a perpetuidad, con el carácter de “cosa” que estaba en el comercio y que por tanto se podía comprar y heredar. A esta viciosa práctica se le llamó “enajenación de oficios”, que se multiplicó hasta el infinito ya que aumentaba la popularidad y los partidarios de quienes las otorgaban. Esta práctica que provocó la multiplicidad de los oficios *rebajó el nivel moral y técnico de los escribanos*

⁷⁴ *Ibid.*, pp. 72-73.

y como llegó un momento en que todo aquel que pagara unos ducados podía por ello mismo convertirse en escribano, se echó mano del sistema, para abastecer las arcas del erario. Llegaron a existir, según los tratadistas, hasta diez mil escribanos en toda España, aunque Quevedo los hacía llegar a veinte mil. En esta desenfadada fiebre de enajenación de oficios, las dos jurisdicciones de escribanos que fijaban las partidas (escribanos del rey y escribanos públicos de las ciudades y de las villas) proliferaron en multitud de jurisdicciones que dieron lugar al surgimiento multiplicado de escribanos, de tal modo que resultaba difícil siquiera mencionarlos.

Mediante el pago correspondiente, se llegó a extremos tales como a dispensar la edad, la subasta de los oficios vacantes, la dispensa de visitas de inspección y a la posibilidad de nombrar sustitutos, así como a nombrar escribanos facultados para actuar en todo el territorio de España.

Tales defectos de la enajenación de oficios alarmaron a los monarcas, quienes dictaban disposiciones para neutralizar estas nocivas costumbres. Ante esto, los reyes católicos prohibieron trocar ni dar por precio los oficios, que deberían proveerse a la pluralidad de votos de los consejos (extractada de la “Introducción” de Giménez Arnau)⁷⁵.

1.6 La figura del escribano en las obras de Miguel de Cervantes

En la segunda parte de la obra *El ingenioso hidalgo Don Quijote de la Mancha*, Cervantes relata cómo Alonso Quijano vuelve a la cordura y, sintiendo próxima la muerte, solicita que le traigan un confesor para que lo confiese y a un escribano para que le dicte su testamento; y así, vuelta la razón, suplica que en tanto el señor cura lo confiesa vayan por el escribano⁷⁶.

En el capítulo LXXIV, Cervantes relata la manera como Don Quijote cayó enfermo, del testamento que hizo y su muerte.

Estamos en la segunda parte del Quijote. La vida no es eterna. Todo tiene su ciclo. Culmina. Así la vida de este caballero andante igualmente transita del ser al no ser. Cuenta Cervantes que la vida de Don Quijote no

⁷⁵ Loc.cit.

⁷⁶ Miguel de Cervantes Saavedra, *Don Quijote de la Mancha*, capítulo lxxiv, “De cómo Don Quijote cayó malo y del testamento que hizo y su muerte”, México, Edición del iv centenario, rae-Asociación de Academias de la Lengua Española, Santillana Ediciones Generales, 2005, p. 1099.

tuvo privilegio celestial para detenerse, llega a su fin y acabamiento cuando dicho personaje menos lo pensaba, porque, o ya fuese de la tristeza que le causaba el verse vencido, o ya por la disposición del cielo que así lo ordenaba, una persistente calentura se le arraigó, teniéndolo en cama seis días, en los cuales fue visitado continuamente por el cura, el bachiller y el barbero, sus amigos, sin que en momento alguno se separase de su cabecera el buen escudero Sancho Panza⁷⁷.

Sus amigos llaman al médico, quien le tomó el pulso y no le agradó mucho, expresando que por sí o por no el enfermo atendiese a la salud de su alma, ya que la del cuerpo corría peligro⁷⁸.

Esto fue escuchado por Don Quijote con ánimo sosegado, sin embargo, no fue oído así por su ama, ni por su sobrina, y ni por su escudero, los cuales comenzaron a llorar con ternura, como si ya le tuvieran muerto delante. Fue —narra Cervantes— el parecer del médico que melancolías y desabrimientos lo acababan. Don Quijote rogó que le dejaran solo, ya que quería dormir un poco. Haciéndolo así, se durmió de un tirón más de seis horas, que hicieron pensar al ama y a la sobrina que se había de quedar en el sueño⁷⁹. Al cabo de las seis horas despertó, y exclamó:

¡Bendito sea el poderoso Dios, que tanto me ha hecho! En fin, sus misericordias no tienen límite, ni las abrevian ni impiden los pecados de los hombres.

Estuvo atenta la sobrina a las razones del tío y parecióle más concertadas

—¿Qué es lo que vuestra merced dice, señor? ¿Tenemos algo de nuevo? ¿Qué misericordias son éstas, o qué pecados de los hombres?

—Las misericordias —respondió Don Quijote—, sobrina, son las que en este instante ha usado Dios conmigo, a quien, como dije, no las impiden mis pecados. Yo tengo juicio ya libre y claro, sin las sombras caliginosas de la ignorancia que sobre él me pusieron mi amarga y continua leyenda de los detestables libros de las caballerías. Ya conozco sus disparates y sus embelecocos, y no me pesa sino que este desengaño ha

⁷⁷ *Ibid.*, pp. 1101-1104.

⁷⁸ *Loc. cit.*

⁷⁹ *Ibid.*, pp. 1099-1100.

llegado tan tarde, que no me deja tiempo para hacer alguna recompensa leyendo otros que sean luz del alma. Yo me siento, sobrina, a punto de muerte: querría hacerla de tal modo, que diese a entender que no había sido mi vida tan mala, que dejase renombre de loco; que, puesto que lo he sido, no querría confirmar esta verdad en mi muerte. Llámame, amiga, a mis buenos amigos, al cura, al bachiller Sansón Carrasco y a maese Nicolás el barbero, que quiero confesarme y hacer mi testamento⁸⁰.

De dicho trabajo se excusó la sobrina con la entrada de los tres. Apenas los vio Don Quijote, cuando expresó:

—Dadme albricias, buenos señores, de que ya yo no soy Don Quijote de la Mancha, sino Alonso Quijano, a quien mis costumbres me dieron renombre de bueno. Ya soy enemigo de Amadís de Gaula y de toda la infinita caterva de su linaje; ya me son odiosas todas las historias profanas de la andante caballería; ya conozco mi necedad y el peligro en que me pusieron haberlas leído; ya, por misericordia de Dios he escarmentado en cabeza propia, las abomino.

Cuando esto lo oyeron decir los tres, creyeron sin duda que alguna nueva locura le había tomado, y Sansón le dijo:

—¿Ahora, señor Don Quijote, que tenemos nueva que está desencantada la señora Dulcinea, sale vuestra merced con eso? ¿Y ahora que estamos tan a pique de ser pastores, para pasar cantando la vida, como unos príncipes, quiere vuestra merced hacerse ermitaño? Calle, por su vida, vuelva en sí y déjese de cuentos.

—Los de hasta aquí —replicó Don Quijote—, que han sido verdaderos en mi daño, los ha de volver mi muerte, con ayuda del cielo, en mi provecho. Yo, señores, siento que me voy muriendo a toda prisa: déjense burlas aparte y tráiganme un confesor que me confiese y un escribano que haga mi testamento, que en tales trances como éste no se ha de burlar el hombre con el alma; y, así, suplico que en tanto que el señor cura me confiesa vayan por el escribano.

Miráronse unos a otros, admirados de las razones de Don Quijote, y, aunque en duda, le quisieron creer; y una de las señales por donde conjeturaron se moría fue el haber vuelto con tanta facilidad de loco a cuerdo,

⁸⁰ Loc. cit.

porque a las ya dichas razones añadió otras muchas tan bien dichas, tan cristianas y con tanto concierto, que del todo les vino a quitar la duda, y a creer que estaba cuerdo. Hizo salir la gente el cura, y quedóse solo con él y confesóle.

El bachiller fue por el escribano y de allí a poco volvió con él y con Sancho Panza; el cual Sancho, que ya sabía por nuevas del bachiller en qué estado estaba su señor, hallando a la ama y a la sobrina llorosas, comenzó a hacer pucheros y a derramar lágrimas. Acabóse la confesión y salió el cura diciendo:

—Verdaderamente se muere y verdaderamente está cuerdo Alonso Quijano el Bueno; bien podemos entrar para que haga su testamento.

Estas nuevas dieron un terrible empujón a los ojos preñados de ama, sobrina y de Sancho Panza, su buen escudero, de tal manera, que los hizo reventar las lágrimas de los ojos y mil profundos suspiros del pecho; porque verdaderamente, como alguna vez se ha dicho, en tanto que Don Quijote fue Alonso Quijano el Bueno a secas, y en tanto que fue Don Quijote de la Mancha, fue siempre de apacible condición y de agradable trato y por esto no sólo era bien querido de los de su casa, sino de todos cuantos le conocían.

Entró el escribano con los demás, y después de haber hecho la cabeza del testamento y ordenado su alma Don Quijote, con todas aquellas circunstancias cristianas que se requieren, llegando a las mandas, dijo:

—*Item*, es mi voluntad que dé ciertos dineros que Sancho Panza, a quien en mi locura hice mi escudero, tiene, que porque ha habido entre él y mis ciertas cuentas, y dares y tomares, quiero que no se le haga cargo de ellos ni se le pida cuenta alguna, sino que si sobrare alguno después de haberse pagado de lo que debo, el restante sea suyo, que será bien poco, y buen provecho le haga; y si, como estando yo loco fui parte para darle el gobierno de la ínsula, pudiera ahora, estando cuerdo, darle el de su reino, se le diera, porque la sencillez de su condición y fidelidad de su trato lo merece⁸¹.

[...] es mi voluntad que si Antonia Quijana mi sobrina quisiere casarse, se case con hombre de quien primero se haya hecho información que no sabe qué cosas sean libros de caballerías; y en caso de que se averiguare

⁸¹ *Ibid.*, pp. 1100-1102.

que lo sabe y, con todo eso, mi sobrina quisiere casarse con él y se casare, pierda todo lo que le he mandado, lo cual puedan mis albaceas distribuir en obras pías a su voluntad.

[...] suplico a los dichos señores mis albaceas que si la buena suerte les trajere a conocer al autor que dicen que compuso una historia que anda por ahí con el título de *Segunda parte de las hazañas de Don Quijote de la Mancha*, de mi parte le pidan, cuan encarecidamente ser pueda, perdone la ocasión que sin yo pensarlo le di de haber escrito tantos y tan grandes disparates como en ella escribe, porque parto de esta vida con escrúpulo de haberle dado motivo para escribirlos⁸².

Cerró con esto el testamento y, tomándole un desmayo, se tendió de largo a largo en la cama. Alborotáronse todos y acudieron a su remedio, y en tres días que vivió después de este donde hizo el testamento, se desmayaba muy a menudo. Andaba la casa alborotada, pero con todo, comía la sobrina, brindaba el ama y se regocijaba Sancho Panza que esto del heredar algo borra o templea en el heredero la memoria de la pena que razón deje el muerto⁸³.

Después de recibir los sacramentos y de haber abominado con convincentes razones de los libros de caballerías, Don Quijote llega al fin de su vida. Ante su lecho se encuentra presente el escribano, quien asombrado expresa jamás haber leído en ningún libro de caballerías que caballero alguno, andante, hubiese muerto en su lecho tan sosegadamente y tan cristianamente como Don Quijote, quien entre compasiones y lágrimas de los que lo rodearon — expresa Cervantes— dio su espíritu, es decir, que se murió⁸⁴.

Viendo esto el cura, le pidió al escribano diese por testimonio cómo Alonso Quijano el Bueno, llamado comúnmente “Don Quijote de la Mancha”, había fallecido de muerte natural y que el tal testimonio lo pedía para quitar la ocasión de que algún otro autor que Cide Hamete Benengeli le resucitase falsamente e hiciese inacabables historias de sus hazañas⁸⁵.

⁸² *Ibid.*, pp. 1103-1104.

⁸³ *Loc. cit.*

⁸⁴ *Ibid.*, p. 1104.

⁸⁵ *Loc. cit.*

Así fue el fin del ingenioso hidalgo Don Quijote de la Mancha, cuyo lugar —afirma Cervantes— no quiso poner Cide Hamete puntualmente, por dejar que todas las villas y lugares de la Mancha contendiesen entre sí “por ahijársele y tenerle por suyo como contendieron las siete ciudades de Grecia por Homero”⁸⁶.

Siguiendo las palabras de Federico de Onís⁸⁷, expresamos:

La muerte de Don Quijote —criticada por los qui jotistas, que, entendiendo a medias a Cervantes, querrían que Don Quijote muriese como un héroe antiguo afirmando su fe en sus ideales— tiene más profundo y más humano sentido. Don Quijote en la hora de la verdad llega —ha llegado gradualmente— al fondo de su cordura, y ve su vida toda, como deben verla todos los hombres en tal trance, a otra luz, que revela su valor ante la eternidad. Sólo en ese momento llegamos a saber cuál es la esencia humana de Don Quijote, como por primera vez llegamos a saber cómo se llamaba. Aquel hombre de carne y hueso que al parecer en el primer capítulo no sabíamos si se llamaba Quijada, Quesada o Quejana, y que bajo el nombre de Quijote ha vivido las innumerables aventuras de su vida contadas en esta gran novela “sin apartarse un punto de la verdad”, tenía su nombre verdadero y definitivo, que aparece en la hora de su muerte: Alonso Quijano el Bueno. Y la esencia verdadera y última de su carácter, la que da unidad a su locura y su cordura, la que le hace igual “en tanto que fue Alonso Quijano a secas y en tanto que fue Don Quijote de la Mancha”, es la bondad. Y Sancho, de quien lo primero que supimos es que era “hombre de bien”, queda confirmado en esta verdad esencial de su humanidad, cuando su amo en la hora de la muerte afirma: “y si cuando estaba yo loco fui parte para darle el gobierno de una ínsula, pudiera ahora estando cuerdo darle el de un reino, se le diera”, porque lo merece su bondad. La bondad es lo único que no sufre rectificación y que es válido a través de la locura y la cordura, de la vida y de la muerte; fue el lazo que unió tan estrechamente a Don

⁸⁶ Loc. cit.

⁸⁷ “Estudio preliminar”, *El ingenioso hidalgo Don Quijote de la Mancha* (Ed. y notas de Federico de Onís), Clásicos Jackson, volumen VI, 3ª ed., México, W. M. Jackson Inc. Editores, 1968, pp. xxx-vi-xxxvii.

Quijote y Sancho Panza hasta hacerlos uno mismo, y es el que une a toda la humanidad con ellos.

Encontramos la figura del escribano en la obra de Cervantes, tanto en *El Quijote*, como en una de sus *Novelas ejemplares* más conocida: “El licenciado Vidriera”. Consideramos importante, para nuestro trabajo, hacer mención de dicha presencia, dado lo sobresaliente de este personaje, descrito fielmente en la obra referida.

En el diálogo siguiente, el autor da una definición de escribano:

—¿Qué es esto, señor licenciado, que os he oído decir mal de muchos oficios, y jamás lo habéis dicho de los escribanos, habiendo tanto que decir?

A lo cual respondió:

— Aunque de vidrio, no soy tan frágil que me deje ir con la corriente del vulgo, las más veces engañado. Paréceme a mí que la gramática de los murmuradores, y el la, la, la, de los que cantan, son los escribanos, porque así como no se puede pasar a otras ciencias si no es por la puerta de la gramática, y como el músico primero murmura que canta, así los maldicientes por donde comienzan a demostrar la malignidad de sus lenguas; es por decir mal de los escribanos y alguaciles, y de los otros ministros de la justicia, siendo un oficio el del escribano sin el cual andaría la verdad por el mundo a sombra de tejados, corrida y maltratada. Así dice el Eclesiástico: *In manum Dei Potestas hominis est, et super faciem scribae imponet honores*.^{*} El del escribano, persona pública y el oficio del juez no se puede ejercitar cómodamente sin el suyo. Los escribanos han de ser libres, y no esclavos, ni hijos de esclavos. Legítimos, no bastardos, ni de ninguna mala raza nacidos. Juran secreto, fidelidad, y que no harán escritura usuraria; que ni amistad ni enemistad, provecho o daño les moverá a no hacer su oficio con buena y cristiana conciencia. Pues si este oficio tantas buenas partes requiere, ¿por qué se ha de pensar que de más de veinte mil escribanos que hay en España, se lleve el diablo la cosecha, como si fuesen cepas de su majuelo? No lo quiero creer, ni es bien que ninguno lo crea. Porque finalmente digo que es la gente más necesaria que había en las repúblicas bien ordenadas; y que si llevaban demasiados derechos, también hacían

^{*} En la mano de Dios está el poder del hombre y sobre el rostro del escriba impone respeto.

demasiados tuertos, y que de estos dos extremos podía resultar un medio que les hiciese mirar por el virote⁸⁸.

De los alguaciles dijo que no era mucho que tuviesen algunos enemigos, siendo su oficio, o prenderte, o sacarte la hacienda de casa, o tenerte en la suya en guarda, y comer a tu costa. Tachaba la negligencia e ignorancia de los procuradores y solicitadores, comparándolos a los médicos, los cuales, que sane o no sane el enfermo, ellos llevan su propina; y los procuradores y solicitadores lo mismo, salgan o no salgan con el pleito que ayudaban⁸⁹.

Al pie del original de *El ingenioso hidalgo Don Quijote de la Mancha*, figura la rúbrica de Juan Gallo de Andrada, escribano del Consejo de Castilla:

TASA-⁹⁰ Yo, Juan Gallo de Andrada, escribano de Cámara del Rey nuestro Señor, de los que residen en el su Consejo, certifico y doy fe que, habiéndose visto por los señores de él un libro intitulado El ingenioso hidalgo de la Mancha, compuesto por Miguel de Cervantes Saavedra, tasaron cada pliego del dicho libro a tres maravedís y medio; el cual tiene 83 pliegos, que al dicho precio monta el dicho libro doscientos y noventa maravedis y medio, en que se ha de vender en papel; y dieron licencia para que a este precio se pueda vender, y mandaron que esta tasa se ponga al principio del dicho libro, y no se pueda vender sin ella. Y para que de ello conste, di el presente en Valladolid, a veinte días del mes de diciembre de mil y seiscientos y cuatro años.

*Juan Gallo de Andrada*⁹¹

⁸⁸ Miguel de Cervantes Saavedra, "El licenciado Vidriera", *Novelas ejemplares*, México, Porrúa, 2004, p. 184.

⁸⁹ Loc. cit.

⁹⁰ TASA.- Los libros de la época debían insertar al principio una serie de documentos análogos al *copyright*, el depósito legal y otros requisitos modernos, la tasa, con el precio de la venta al público, de acuerdo con el número de pliegos; el testimonio o fe de erratas, para certificar que el texto impreso se adecuaba al manuscrito presentado para su censura, salvo en las erratas expresamente señaladas; el *privilegio real*, con indicación del plazo durante el cual se autorizaba la publicación; y la *licencia o aprobación*, eclesiástica, civil o de ambas procedencias, que en el caso de la "Primera parte" del *Quijote*, sin embargo, debió de perderse en la imprenta. *Op. cit.*, p. 3.

⁹¹ Miguel de Cervantes, *Don Quijote de la Mancha*, México, RAE-Asociación de Academias de la Lengua Española, 2005, p. 3.

1.7 La escribanía en América: algunas consideraciones sobre el oficio de notario

El 12 de octubre de 1492 se abre ante el almirante Cristóbal Colón y sus marinos, un mundo nuevo: llegaban a la isla de Guanahaní en el archipiélago de las Bahamas, donde se realiza el primer acto de escribanía en América. El almirante toma posesión a nombre de los soberanos españoles y el escribano de la armada, don Rodrigo de Escobedo, levanta el acta, consumándose así el descubrimiento oficial al bautizar la isla como San Salvador⁹².

Antes de continuar con nuestro breve recorrido histórico por el mundo de los escribanos, es útil hacer algunas precisiones sobre el término que nos ocupa: la palabra *notarii* —afirma Froylán Bañuelos Sánchez—⁹³ es un derivado de la voz *nota*, ya que para designar al funcionario se tomó en cuenta más que la naturaleza de la función, la forma gráfica o material de prestarla. Así, los *notarii* tomaron esta organización a causa de su manera particular de escribir por notas o signos; y lo hacían con tanto apremio —explica— que el mismo Marcial nos asegura “que por mucho que corriesen las palabras, la mano iba más de prisa todavía”.

Bañuelos Sánchez indica que la particularidad de estas notas estribaba en que la mayoría de veces servían como reemplazo de una palabra cualquiera por la primera letra de la misma, en cuyo caso se le daba el nombre de *siglas*, de cuya palabra derivó el nombre de *singularii* (*singulum litera*); y otras veces, las notas eran signos o rasgos convencionales que reemplazaban las palabras, y entonces los funcionarios o escritores de aquellas notas tomaban el nombre de *notarii*⁹⁴.

Tulio Tiro, liberto de Cicerón —expone Bañuelos Sánchez—, fue el primero en inventar dichos rasgos o signos, que por ello tomaron las referidas *notas* el nombre de *tironianas*. Dicha especie de escritura formulista cayó en desuso y llegó a perderse hasta que Julio Tardif las reveló de nuevo a mediados del siglo XIX⁹⁵.

⁹² Juan Andrade Torres, *El nuevo milenio, una historia económica y social*, México, Universidad Juárez Autónoma de Tabasco, 2005, pp. 68-69.

⁹³ Froylán Bañuelos Sánchez, *op. cit.*, pp. 30-31.

⁹⁴ *Loc. cit.*

⁹⁵ *Loc. cit.*

Joaquín Escriche informa que, entre los romanos, el notario era un secretario que asistía al Senado y anotaba o escribía con la mayor velocidad y por medio de cifras y abreviaturas todo cuanto hablaban los padres conscriptos o recitaban los abogados. Mas entre nosotros —explica— es el escribano público el que tiene por oficio redactar por escrito, en la forma establecida por las leyes, los instrumentos de las convenciones y últimas voluntades de los hombres⁹⁶. El nombre de notario viene de la palabra latina *nota*, que significa título, escritura o cifra, ya sea porque los escribanos recibían antes en cifras o abreviaturas los contratos y demás actos que pasaban ante ellos, ya sea porque en todo instrumento ponían, como todavía lo hacen, su sello, marca, cifra o signo, para autorizar. Lo mismo es notario que escribano público, cuyo artículo puede verse en su lugar; pero en algunas partes ha prevalecido vulgarmente la costumbre de llamar escribano al que entiende de los negocios seglares y notario al que entiende de los eclesiásticos⁹⁷.

La figura del notario, asevera José Bono⁹⁸, en el desempeño de una función pública (*officium*), para la que es necesario un legítimo título de habilitación, es producto del Renacimiento legal surgido en Bolonia en el siglo XII.

Refiriéndose al notario como persona pública, dicho autor observa que desde la *dieta*⁹⁹ de Roncaglia (1158) se estableció la nominación de los notarios como uno de los *iura regalia* del imperio. Este derecho también es ejercido por los papas, como soberanos en lo espiritual; pero es a partir de la paz de Constanza (1183) cuando se reconoce a los comunes lombardos el derecho a la nominación de notarios como una de sus regalías. En adelante se estimará —y esto es de suma transcendencia— que solamente será notario quien haya sido nombrado legítimamente como tal (esto es, que haya obtenido el *privilegium tabellionatus*; o sea, quien ostenta “título” de su oficio). El juramento notarial, que fue obligatorio desde antiguo, es considerado como requisito

⁹⁶ Loc. cit.

⁹⁷ Joaquín Escriche, *Diccionario razonado...*, op. cit., tomo III, México, Porrúa, 1979, p. 1338.

⁹⁸ José Bono, *Breve introducción a la diplomática notarial española* (Parte 1ª), Sevilla, Consejería de Cultura y Medio Ambiente-Junta de Andalucía-Dirección General de Bienes Culturales, 1990, p. 12.

⁹⁹ “Del vocablo latino *dieta*, de dies, día. f. Junta o Congreso que en ciertos estados que forman confederación, deliberan sobre negocios que les son comunes”. *Diccionario enciclopédico abreviado* Espasa-Calpe, 7ª ed., tomo III, Madrid, Espasa-Calpe, 1957, p. 427.

indispensable que vinculaba al cumplimiento de los deberes formulados en su texto, y determinaba la responsabilidad en caso de incumplimiento¹⁰⁰.

Asimismo, expone que en el siglo XIII queda establecido el *publicus notarius*, cuya nominación se reserva al poder soberano (también se reconoce a los comunes el derecho a nombrarlos) en diferentes legislaciones románicas; tal es el *Liber Augustalis* de Federico II (1231) para Sicilia, los *Fori regni Valentiae*, de Jaime I (1240), la *Compilatio* de 1247 para Aragón, el Fuero Real, 1255 y las Partidas (1270-1280) de Alfonso X, para Castilla. A su vez, en Italia se desarrolla una amplia literatura de formularios (Pseudo-Irnerio, ca. 1205; Corradino, ca. 1224; etc.) a la que de inmediato siguen los tratados clásicos de *Ars notariae*, de Rainero de Perugia (1224-1234), de Salatiel (1242-1254) y de Rolandino (HDN 1, 1, 208-220). La doctrina del derecho notarial, *Instrumentum publicum*, aparece tratada en las decretales de los papas, en la sede *De Fide instrumentorum* (x, 2.22, y antes en las *Quinque compilationes*¹⁰¹.

Observamos que en la Junta de Consejo Permanente de la Unión Internacional del Notariado Latino, celebrada en La Haya en marzo de 1986, fueron aprobados principios fundamentales del notariado de tipo latino¹⁰², de los que señalamos respecto del título primero que se ocupa del notario y de la función notarial, los siguientes:

- a) El notario es un profesional del derecho especialmente habilitado para dar fe de los actos y contratos que otorguen o celebren las personas, de redactar los documentos que los formalicen y de asesorar a quienes requieran la prestación de su ministerio.
- b) La función notarial es una función pública que el notario ejerce de forma independiente sin estar encuadrado jerárquicamente entre los funcionarios al servicio de la administración del Estado u otras corporaciones públicas.

¹⁰⁰ *Ibid.*, p. 17.

¹⁰¹ *Ibid.*, p. 18.

¹⁰² Bernardo Pérez Fernández del Castillo, *Doctrina notarial internacional*, 2ª ed., México, Porrúa-Asociación Nacional del Notariado Mexicano, 2001, pp. xxi-xxii.

- c) No se podrá acceder al notariado si no se han seguido con éxito los estudios que se exigen en cada país para el ejercicio de profesiones jurídicas.
- d) Se recomienda exigir a los candidatos que, para llegar a ser notarios, superen previamente ciertas pruebas teóricas y prácticas.
- e) El notario debe cumplir su función de forma escrupulosamente imparcial. Se establecerán al efecto las incompatibilidades que se estimen pertinentes.

En lo tocante al título segundo, relativo a los “Documentos notariales”, señalados en la obra citada de Pérez Fernández del Castillo, advertimos las siguientes referencias al notario:

- a) Si el notario, en el ejercicio de su función notarial ocasiona, por negligencia o mala fe, daño a la persona que ha requerido la prestación de su ministerio, está obligado a indemnizar a la parte perjudicada.
- b) Los notarios redactarán los documentos notariales conforme a su leal saber y entender y reflejarán en él claramente la voluntad de los otorgantes, que previamente habrán de interpretar, adaptándola a las exigencias legales o de técnica jurídica necesarias para su plena eficacia.
- c) No se podrá imponer al notario la obligación de que los documentos que autorice deban redactarse conforme a minuta que les presente un letrado o los propios interesados. El notario es libre de aceptar o no la minuta o de introducir en ella, con la conformidad de los otorgantes, las modificaciones que estime pertinentes.
- d) La actuación notarial se extiende también a la legitimación de firmas de particulares puestas en documentos privados (salvo que se trate de documentos que formalicen actos que deban constar en documento notarial), a la expedición de testimonios de toda

clase de documentos y al cotejo de éstos con sus originales, dando fe de la conformidad entre el original y la copia¹⁰³.

En el debate para determinar si el notario es o no un funcionario público, se advierte que fue la Ley del Ventoso XI de 1803 la que por primera vez estableció que el notario es un funcionario público¹⁰⁴. No obstante, la Ley del Notariado francesa de 1943 califica al notario como oficial público.¹⁰⁵

En México, la ley de 1901 señala al notario como funcionario público. Este criterio lo siguieron las posteriores leyes de 1932, 1945 y 1980. En las reformas publicadas en el *Diario Oficial de la Federación* el 13 de enero de 1986 se calificó al notario como un “profesional del derecho”¹⁰⁶.

Pérez Fernández del Castillo, después de un análisis exegético de la legislación mexicana, concluye que el notario no es un funcionario público ya que no se encuentra enquistado dentro de la organización de la administración pública al no recibir salario ni existir contrato de trabajo o relación jurídica de dirección y dependencia¹⁰⁷; por otra parte, el Estado no responde por los actos de él, su ingreso no es por “nombramiento gracioso”, sino por examen de oposición, y su cargo normalmente es vitalicio.

Por su lado, Horacio Hidalgo propone reformas para instituir en las leyes fundamentales del país el poder legitimador del Estado mexicano, cuyo ejercicio y operación se ubica en leyes secundarias, y que se reafirme de manera que se considere al notario como órgano constitucional autónomo, medio eficaz de solución de conflictos, con lo cual contribuye a la importancia y calidad del propio Estado, debido a que su delicada función debe estar garantizada y custodiada por leyes fundamentales del Estado mexicano¹⁰⁸.

Pérez Fernández del Castillo apunta que el notario debe gozar de independencia para tomar libremente sus decisiones, de acuerdo con los valores

¹⁰³ *Ibid.*, p. xxiii.

¹⁰⁴ *Ibid.*, p. 165.

¹⁰⁵ *Loc. cit.*

¹⁰⁶ *Ibid.*, pp. 165-166.

¹⁰⁷ *Loc. cit.*

¹⁰⁸ Horacio Hidalgo Mendoza, “El notario, órgano constitucional autónomo”, *Revista de Derecho Notarial*, año xlv, núm. 119, diciembre, México, Asociación Nacional del Notariado Mexicano, p. 41.

de justicia, equidad y seguridad jurídica. Reflexiona que la independencia fomenta la creatividad y la imaginación en la construcción y redacción de contratos que se adecuen a las necesidades de ambas partes. Observa que el notario se debe liberar de la imposición de esquemas, contratos de adhesión y condiciones generales de contratación impuestos por una de las partes, normalmente la más poderosa. También dice este autor que debe tener independencia económica y personal para no sentirse obligado a consignar en su protocolo este tipo de contrato, si dependiera económicamente de un solo cliente, institución bancaria o cualquier otra dependencia. En este sentido —anota— las organizaciones notariales deben de cuidar y auxiliar a los nuevos notarios que se inician sin trabajo y que pueden ser presas fáciles de los consorcios (bancos, despachos de abogados o contadores, inmobiliarias...) ¹⁰⁹.

El citado autor señala como funciones del notario las de asesoría, redacción, certificación y expedición, sin dejar de advertir que con pequeñas variantes en el transcurso del tiempo han existido obligaciones permanentes que los notarios deben cumplir. La sociedad siempre ha esperado de ellos una actuación moral calificada, exigida en las normas jurídicas ¹¹⁰.

En la actualidad el quehacer del notario consiste en escuchar, interpretar y aconsejar a las partes, preparar, redactar, certificar, autorizar, conservar y reproducir el instrumento. Dicha función se desarrolla de acuerdo con la descripción de Pérez Fernández del Castillo ¹¹¹ en la forma que a continuación transcribimos:

Escuchar: cuando alguna persona desea celebrar algún contrato, otorgar su testamento, levantar una fe de hechos o se encuentra envuelta en un problema jurídico, acude al notario. En una primera audiencia le confía y plantea sus conflictos y deseos. El notario lo escucha con atención y trata de conocer todas las circunstancias que le permitan entender la inquietud de las partes y sus alcances. En el bosquejo de las situaciones presentadas a su consideración, tal vez existan matices que por su alcance es preciso aclarar. Es probable que, una vez que el notario les hace conocer las leyes y las con-

¹⁰⁹ Bernardo Pérez Fernández del Castillo, “La imparcialidad del notario: garantía del orden contractual”, *Revista de Derecho Notarial*, año XLV, núm. 119, diciembre, México, Asociación Nacional del Notariado Mexicano, p. 97.

¹¹⁰ *Loc. cit.*

¹¹¹ *Ibid.*, pp. 97-100.

secuencias jurídicas de sus actos, los clientes adviertan que se encuentran en una situación que ni siquiera se imaginaban.

Interpretar: el notario, después de escuchar a sus clientes, se sensibiliza y busca los motivos y causas que han tenido para querer llevar a cabo una operación. Así, conoce sus deseos, interpreta su voluntad y, según los medios a su disposición, abre un abanico de posibilidades para satisfacer la voluntad del cliente dentro del ámbito jurídico.

Aconsejar: una vez que las partes han planteado claramente sus problemas y el notario ha interpretado exactamente su voluntad, éste, con su repertorio jurídico, puede dar un consejo jurídico eficaz y concreto. Es muy frecuente que un planteamiento jurídico tenga soluciones diferentes. Entre los caminos a seguir pueden encontrarse los típicos o una solución atípica particular; podríamos decir, un “traje a la medida”. La capacidad, preparación jurídica, conocimientos y experiencia del notario son fundamentales para dar una solución y aconsejar lo que más se adecua a los hechos presentados por sus clientes.

Preparar: para la preparación y redacción de una escritura pública, se necesita cumplimentar requisitos previos a la firma. Por ejemplo, en las traslativas de dominio de un bien inmueble, debe obtenerse el certificado de libertad de gravámenes del predio por parte del Registro Público de la Propiedad; la identificación plena de los contratantes; contar con el título de propiedad; tener el acta de matrimonio del enajenante a fin de examinar el régimen bajo el cual contrajo nupcias; el avalúo bancario que sirva de base para la cuantificación de los impuestos; la actualización del pago del impuesto predial y del servicio de agua; en caso de extranjeros, el permiso de la Secretaría de Relaciones Exteriores para adquirir el inmueble, etcétera. Satisfechos los requisitos, se inicia el proceso de redacción del instrumento.

Redactar: para la redacción es necesario que el notario se exprese con propiedad, claridad y concisión; además, debe utilizar un lenguaje jurídico y su exposición ha de ser lógica.

Las partes han expuesto su deseo; el notario califica y determina el tipo de acto jurídico de que se trata y procede a la redacción de las cláusulas en que vuelca su creatividad de profesional del derecho y, por tanto, busca que por igual y en forma equitativa las partes resulten beneficiadas. De esta manera demuestra su calidad de juriconsulto; desarrolla su labor de perito en derecho, reconocida por la ley, así como su práctica en la redacción

adquirida a través de la experiencia. Gracias a su estudio, sabe qué disposiciones integran el orden jurídico, las acomoda, las adecua al beneficio equitativo de los clientes y las transcribe en la escritura. La redacción de las cláusulas requiere de sabiduría legal y responsabilidad profesional para evitar que en el contrato se declare como verdadero aquello que no es cierto, de suerte que prevalezca, mediante el orden jurídico y la buena fe, la realización de la voluntad de las partes sin contratiempo.

Si la redacción del clausulado es jurídicamente correcta y precisa, y si se usa propiedad, sencillez y exactitud en el lenguaje, no habrá conflicto entre las partes.

Certificar: en la certificación el notario da fe de que la voluntad de los contratantes se tradujo al documento y se llevó a cabo en cada caso particular. Es la parte donde manifiesta el contenido de su fe pública. A saber: dar fe de la existencia de los documentos relacionados en la escritura; fe de conocimiento; fe de lectura y explicación del instrumento; fe de la capacidad jurídica de los otorgantes para realizar libre y sin coacción actos jurídicos; y, finalmente, fe de otorgamiento de la voluntad mediante el estampado de su firma.

Ciertamente, cualquier abogado puede examinar los antecedentes físicos y jurídicos de un documento, redactar las cláusulas, seleccionar las disposiciones jurídicas aplicables y expresar en lenguaje jurídico la voluntad de las partes; pero no puede certificar. Esta facultad corresponde a los fedatarios, en este caso al notario, porque el Estado le da ese poder mediante sus leyes.

El notario —por su calidad de fedatario—, al certificar, formula un juicio de certeza que se impondrá a los demás.

Autorizar: la autorización de la escritura es el acto de autoridad del notario que convierte al documento en auténtico. En efecto, es él quien en ejercicio de sus facultades como fedatario público da eficacia jurídica al acto de que se trate, y permite, en el caso de un hecho, que las circunstancias asentadas produzcan los efectos de prueba plena. La autorización, como lo ha expresado la doctrina española, es el acto del autor y creador de la escritura o del acta notarial.

Conservar y reproducir: el notario satisface plenamente los ideales de seguridad jurídica, no sólo por la actividad examinadora y preventiva que integra su función, sino porque responde al principio de conservación y reproducción del documento.

Mientras que en los documentos privados no hay posibilidad de reproducción, pues a diferencia del notarial no existe una matriz que se guarde en forma permanente, el protocolo pertenece al Estado y lo conserva el notario durante cinco años, a cuyo término lo redepone en el Archivo General de Notarías, en donde permanece definitivamente, de suerte que en la Ciudad de México pueden consultarse documentos notariales elaborados desde 1527.

1.8 Sinonimia entre los vocablos escribano y notario

Llama la atención la sinonimia entre *escribano*, *notario* y otras acepciones. En Francia, España, Italia, Bélgica, México y todos los países de Centro y Sudamérica, a excepción de Uruguay y Argentina, prevalece el nombre de notario. En Portugal y Brasil se le denomina *tabellion (tabeliao)*¹¹².

Ahora bien, relacionando la función con la persona, se le dice igualmente: *fedatario*, *escribano público*, *autorizante* y *funcionario público autenticante*. El código argentino lo llama *oficial público*, *funcionario público*, *escribano*, y circunscribiendo más la expresión, también recibe la denominación de *instrumentador* o *configurador*, cuando él sea el sujeto de la relación y a fin de no repetir alguno de los nombres principales¹¹³.

A los notarios, al igual que a los abogados, se les dice *letrados*, por ser peritos en derecho y por su afición a las letras. Como dato curioso, apuntamos la invención literaria del soneto que, se supone, data del siglo XIII y se le atribuye a Giacomo de Lentini, notario de la corte de Federico II de Sicilia.

Para nosotros, dada la función del notario en nuestro derecho notarial que le inviste de fe pública, lo catalogamos como un profesional del derecho y, por ende, su poder fedante y facultad de fidei-ficiencia se le otorga por ley¹¹⁴.

Bañuelos Sánchez argumenta que debe dársele la denominación de *fedatario*, ya que su función específica es “dar fe”¹¹⁵.

¹¹² Apud Froylán Bañuelos Sánchez, *Derecho notarial*, op. cit., p. 86.

¹¹³ Loc. cit.

¹¹⁴ Loc. cit.

¹¹⁵ Loc. cit.

1.9 La función notarial

Mengual y Mengual asevera que ha llegado ya el momento de que la función notarial, en todos los Estados nacionales, pase por nuevos derroteros, siguiendo una trayectoria de verdadera autonomía, organizada y científica¹¹⁶.

Mientras tanto, Bañuelos Sánchez, recurriendo al *Tratado de derecho notarial* de Sanahuja y Soler, apunta que la función notarial se encuentra dotada de energía jurídica con especiales características que la separan de otras ramas del derecho y concretamente de la materia probatoria y de la procesal, en forma suficiente para constituir dentro del ordenamiento jurídico la base de un conocimiento autónomo¹¹⁷. Y sostiene que, siguiendo la línea de estos razonamientos, se puede afirmar que el derecho notarial es aquella parte del ordenamiento jurídico que asegura la vida de los derechos en la normalidad, mediante la autenticación y legalización de los hechos de que dependen.

José Bono, en su estudio sobre la diplomática notarial española¹¹⁸ expresa que la función notarial era independiente, pues se desenvolvía autónomamente (sin depender de mandato jerárquico), no pudiendo ser constreñida en su desempeño; y que además era personal, es decir que había de ejercerse *personaliter*. Este principio de la personalidad de la función, en la práctica estuvo totalmente desvirtuado por tolerancia de los mismos reyes, tanto en Castilla como en la corona de Aragón, que facultaron ampliamente a los notarios para nombrar delegados *ad vicem*, sustitutos en el *officium* (Castilla: *excusador*; corona de Aragón: *substituti*), tolerancia que también existió respecto a los notarios de creación señorial¹¹⁹.

No en el *officium* —agrega—, pero sí meramente en el *ministerium* o desempeño de la función, existió la delegación que confería el notario a otro o a un simple *scriptor* para que, por su mandado, realizara la función escritu-

¹¹⁶ *Apud* Carlos Emérito González, *op. cit.*, pp. 14-20.

¹¹⁷ José María Sanahuja y Soler, *Tratado de derecho notarial*, t. I, Barcelona, Bosch, 1945, pp. 112 y ss, *apud* Froylán Bañuelos Sánchez, *op. cit.*, pp. 7-8.

¹¹⁸ La diplomática notarial española es “la explicación crítica del desenvolvimiento de la forma del documento notarial, esto es, de su estructura (*compositio*) resultante de la aplicación de los requisitos (formalidades: *sollemnia*, *sollemnitas*) que realiza, a tenor de la ordenación legal, el notario”. José Bono, *op. cit.*, p. 12.

¹¹⁹ *Ibid.*, pp. 28-29.

raría por causa de imposibilidad (enfermedad, ausencia, etc.) del delegante. A veces tenía lugar de una manera continuada, con carácter auxiliar, mediante un *scriptor* cualificado, como sucedía en Cataluña (*scriptores iurati*). En este supuesto, el documento llevaba siempre el refrendo expreso del notario¹²⁰.

García, en entrevista concedida a la revista *Fuerza Jurídica*¹²¹, manifiesta que la función notarial es tarea trascendente en virtud de que el notariado es una institución de servicio, asistencia, desarrollo económico, seguridad y certeza jurídica.

La misión notarial es la de brindar y dar a la comunidad la seguridad, la certeza con eficiencia, eficacia y agilidad y con elementos para el desarrollo de los asuntos que requieren la intervención notarial en el país. Dicho autor asienta que en la medida en que nuestro país ha avanzado en un mundo de interacciones con los diferentes actores del planeta, la función notarial debe seguir el camino de coordinación y de interacción con los distintos actores de la economía, en todos los sectores y en los diversos sistemas jurídicos.

Comenta que en la función notarial los notarios tienen que conformar un instrumento que contenga los derechos de las partes, de tal manera que ante un conflicto los documentos que se presenten sean prueba plena para quien lo sustenta y con base en este tipo de documentos, más la aplicación de la ley, el juez decida una controversia.

Igualmente, advierte que la función notarial es una tarea trascendente, ya que el notariado es una institución de servicios.

En palabras de García, el notario mexicano es un abogado especializado con alta formación jurídica que interviene en los negocios comerciales y civiles como fedatario público y consejero legal de los inversionistas, empresarios y particulares.

En México —expresa— los actos que se celebran ante la fe y el consejo de un notario son prueba plena ante los tribunales de todo el país, y al mismo tiempo son garantía absoluta de legalidad y seguridad jurídica.

Expone que al hacer negocios en México, su patrimonio estará legalmente respaldado si antes de firmar un contrato o efectuar una inversión se consulta directamente a un notario.

¹²⁰ *Loc. cit.*

¹²¹ “Notariado mexicano, 50 años de compromiso social”, *Revista Fuerza Jurídica*, núm. 12, noviembre-diciembre, México, 2005, pp. 63-64.

Señala que el notario interviene en los siguientes asuntos: a) compra y venta de inmuebles; b) constitución de empresas; c) otorgamiento de mandatos; d) compra y acciones de sociedades; e) fideicomisos en playas y fronteras, f) testamentos y herencias; g) operaciones financieras y de crédito; h) arbitraje civil y comercial, etcétera.

Sostiene que los contratos otorgados ante los notarios son garantía de certeza legal que otorga el Estado mexicano a quienes solicitan su servicio, y observa que más de doscientos años de servir a mexicanos y extranjeros respaldan la calidad profesional de los notarios del país.

En cuanto a la mujer en la función notarial, Someda de Marco habla de personas ejercitadas como taquígrafos y semiógrafos, esto es, tomadores de versiones, sea por signos o notas, y que recibían un adiestramiento especial para el buen cumplimiento de sus labores¹²². Estas actividades, según dicho autor, también eran accesibles a las mujeres. Dicho comentario es interesante, ya que si bien la mujer se ha incorporado a la función notarial, llama la atención que en la antigüedad, en tiempos en que el proceso de evolución de los derechos femeninos estaba lejos de alcanzar la igualdad que en muchos aspectos hoy se ha logrado, en ese tiempo tuviesen espacio en la función notarial¹²³.

La primera ley que admitió el ejercicio de la función notarial por parte de la mujer fue la ley italiana de 1913. Pero no por inclusión expresa, sino por omisión, ya que no estableció para tal efecto una expresa prohibición. La Ley de Ventoso, explica por su parte Bautista Pondé, no dice nada al respecto y consecuentemente podría dar pie a suponer que la mujer francesa, ya en 1789 pudiera actuar como notaria. Sin embargo, esto no era posible en forma alguna, ya que si bien el artículo 35, que es el que puntualiza los requisitos para ser admitido en el notariado, no hace mención al hecho de que deba ser varón o mujer, y enuncia que debe “estar en el goce de los derechos de ciudadanía, haber cumplido con el deber de la conscripción militar, tener 25 años cumplidos y justificar la práctica prescrita en los siguientes artículos”. Eran tiempos en que la mujer aún no estaba incorporada al goce de los derechos plenos de ciudadanía y, sobre todo, como aún ocurre en la mayor parte de los Estados que integran la comunidad mundial, escapaba al requisito de

¹²² Pietro Someda de Marco, *Notariato friolano*, Udine, Talleres Arti Grafiche Fríulane, Udine, 1958, p. 24.

¹²³ Loc. cit.

cumplir con la obligación del servicio militar. De este texto, señala el autor comentado, es que resulta la imposibilidad de que la mujer fuera admitida al ejercicio de la función notarial¹²⁴.

Más adelante, Bautista Pondé explica que entre lo que la ley no prohíbe, está la ejercitación del notariado por parte de la mujer. La historia del notariado fue insistente en prohibir estas tareas a la mujer; en un comienzo porque se le asignaba una condición de actividad viril, sólo propia del hombre. Posteriormente no se hizo consideración de índole alguna sino que directamente se puntualizaba que para ejercer el cargo había que ser varón. La ley italiana de 1913 no establece nada al respecto, y al no hacer enunciado de ninguna naturaleza dio ocasión a que la mujer aspirara a la función notarial. Esto dio motivo en Italia a que debiera sustanciarse judicialmente esta petición, y después de alternativas explicables por lo que pudo haber tenido de precursor y sorpresivo una petición de tal índole, la justicia fijó el derecho de la mujer para la obtención de la investidura que le permitiera actuar como notaria.

1.10 Notariado

Soberón Mainero sostiene que la palabra *notariado* proviene de *notorio* y ésta del latín *notarius*. Esta institución comprende todo lo relativo a la notaría y a los notarios¹²⁵.

La definición de notariado conlleva la de notario, ya sea que se entienda el notariado como función o que se le estime como el gremio de quienes lo desempeñan.

La naturaleza del notariado se manifiesta en la práctica y consiste en el conjunto de facultades constitutivas del ejercicio de la función notarial, que es una prerrogativa del poder público encaminada a declarar el derecho mediante una manifestación con la que se da forma al acto jurídico¹²⁶.

La institución del notariado surge de la propia organización social y constituye, en términos generales, el sistema organizado de profesionales del derecho investidos de fe pública para autorizar o dar fe de hechos o actos

¹²⁴ Eduardo Bautista Pondé, *Origen e historia del notariado*, Buenos Aires, Depalma, 1967, p. 276.

¹²⁵ Miguel Soberón Mainero, Entrada "Notariado", *Nuevo diccionario jurídico mexicano*, tomo I-O, México, Porrúa-UNAM, 2001, p. 2628.

¹²⁶ Loc. cit.

que ante ellos pasan o se otorgan. Su presencia se hace patente desde las primeras manifestaciones contractuales de la sociedad; es un magistrado, representante del poder público, obligado y capaz de recibir y dar forma a cuanta manifestación jurídica surja en la vida de una relación contractual¹²⁷.

El notariado es una institución *sui generis* surgida como producto social, protectora de las relaciones derivadas de la vida económica de los hombres y basada siempre en la fe pública, que es su elemento distintivo¹²⁸.

El autor afirma que si bien se tiene noticia de la existencia de un notariado antiquísimo, tan remoto como las primeras manifestaciones contractuales del género humano, la tendencia clásica sostiene que el notariado, como tal, ordenado y formal, adquirió dicho carácter bajo el imperio romano, con los *tabularii*, oficiales administrativos custodios de documentos del Estado, y con los *tabelliones*, funcionarios públicos, cuya tarea consistía en redactar actos escritos a petición de partes interesadas, en presencia de ellas y de testigos, firmadas por las partes, por los testigos y por los propios *tabelliones*¹²⁹.

La doctrina enseña que el *tabellion* fue el auténtico precursor del notariado; nace por una necesidad de la vida pública. El *tabularii* es una creación del derecho público, en tanto que el *tabellion* es consecuencia de las costumbres sociales. Así, en el siglo XII los *tabularii* y los *tabelliones* se confundieron en una clase bajo la denominación de notarios¹³⁰.

Contra la opinión de quienes manifiestan que el notariado no es indispensable para la convivencia social, asentamos, por lo contrario, que es conveniente para su normal desarrollo, ya que a la sociedad le es necesario la existencia de una función encargada de investir de autenticidad los negocios jurídicos para que perduren en el tiempo y en el espacio, y por esa razón crea un órgano adecuado en el que radique la función, integrado por personas competentes en el reconocimiento del derecho, pero que a su vez ostenten la delegación del Estado para autenticar e investir de fe pública los negocios jurídicos¹³¹.

¹²⁷ *Ibid.*, p. 2629.

¹²⁸ *Loc. cit.*

¹²⁹ *Loc. cit.*

¹³⁰ *Loc. cit.*

¹³¹ *Op. cit.*, p. 6.

Cuando el derecho es declarado en forma pacífica, ajeno a coacción alguna, con absoluta y completa libertad por parte del individuo y sin que éste sea obligado coactivamente a la prestación de la obligación recíproca al derecho, nace una institución que, garantizada por el poder público, autentica aquellas declaraciones jurídicas, verdaderos mandatos del legislador de cumplimiento voluntario innecesario. *Voluntario*, porque sin coacción jurídica de ninguna especie, el individuo declara al 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 notariado¹³².

Mengual y Mengual define el 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”¹³³.

Refiriéndose a los orígenes de esta institución, dicho autor manifiesta que en el periodo embrionario de la sociedad la función aparece difusa y sin delimitación. La escasez de leyes permite su fácil aplicación; la inexistencia de la propiedad privada en su aspecto individualista excusa la forma jurídica de su exteriorización fehaciente; la limitación y escaso número de convenciones hacen necesaria su exteriorización para que perduren a través del espacio y el tiempo y aseguren su cumplimiento, ya que siempre se fían a la honradez y buena fe del individuo; no existiendo propiedad privada, es innecesario formalizar una prueba preconstituida que afiance aquella propiedad y la libre de toda posible transgresión. Sin embargo, las relaciones sociales no sólo se circunscriben a la esfera de lo económico, y la necesidad de autenticar los actos del poder encarnado en una persona que rige y gobierna a los individuos en cualquiera de sus distintos estados históricos hace necesaria la función que imprima publicidad, seguridad y fijeza a los actos de dicho poder, a fin de que sus mandatos sean cumplidos y guardados¹³⁴.

¹³² *Ibid.*, p. 7.

¹³³ *Ibid.*, pp. 15-16.

¹³⁴ *Ibid.*, p. 21.

El referido autor advierte:

Cuando las leyes exigen requisitos especiales para la validez de las estipulaciones, y los derechos civiles se asientan sobre bases más firmes, y nacen multitud de instituciones, de las cuales unas amplían, otras restringen y otras completan la capacidad, y aparecen nuevas formas de las convenciones, y las necesidades aumentan, y se hace más vasto el campo en que el hombre puede desarrollar su actividad, y las relaciones jurídicas se multiplican, y la civilización se extiende, entonces, decimos, a la buena fe sucede la desconfianza, y al conocimiento de la ley cuando ésta era sencilla, reemplaza el desconocimiento del derecho en el grado indispensable para ajustar, en todo caso, a sus preceptos las relaciones que se celebren. Esta insuficiencia personal para dominar los preceptos que han de observarse en todos los actos y contratos, traducándose su inobservancia en los perjuicios que lleva consigo la nulidad de éstos, da lugar, por una parte, a una nueva rama de la actividad ejercida por personas competentes conocedoras de las leyes, y cuya misión es aplicarlas en relaciones jurídicas de naturaleza privada; y de otra a que los particulares acudan a ellas con más frecuencia cada vez, no sólo para escuchar su consejo, acerca de los actos que se proponen realizar, sino también para que redacten y escriban los documentos en que hayan de consignarse, con lo cual se obtiene la doble ventaja de que el contrato, los derechos y las obligaciones que forman su contenido se ajusten a las leyes evitándose los peligros de su invalidación y consiguiéndose y depurándose previamente los defectos o los errores en que los interesados por sí solos pudieran incurrir, y la de que la persona que los extiende queda convertida, por este sólo hecho, en un testigo de mayor excepción, puesto que a él confían de buen grado los contratantes la interpretación de su voluntad. Éste es el origen natural del notariado, el cual aparece, por tanto, mucho antes de que la ley le confiara el depósito de la fe pública¹³⁵.

No es tarea fácil precisar el fundamento histórico del notariado. Un estudio completo de la materia nos conduciría a la investigación de los

¹³⁵ *Apud* José María Mengual y Mengual, *op. cit.*, pp. 21-22.

orígenes históricos en todos y cada uno de los distintos países del mundo, pero lamentablemente la bibliografía notarial aún no ha concluido esta investigación. De manera general, no habría inconveniente en admitir la opinión de Falcioni cuando expresa que la institución del notariado nace en forma muy limitada, y que el notario no es, en principio, más que un escribiente que sobre la tabla o pergamino imprime la palabra y el pensamiento de los hombres¹³⁶.

Para Soberón Mainero, apoyado en Carral y de Teresa, el legislador, al organizar el notariado, debe decirse a sí mismo:

El notariado existe históricamente; es indudable que existe para asegurar la certeza, la permanencia y la paz jurídica entre los particulares. Esas cualidades de los actos jurídicos son indispensables. Sin embargo, aparece la pregunta: ¿Cómo debo lograr esa certeza, permanencia, seguridad y paz jurídica? La respuesta aflora: Organizando el notariado que ya existe y respetándolo en sus bases esenciales que son aquellas sin las cuales no podríamos lograr las máximas aspiraciones de seguridad jurídica, permanencia y certeza indispensables para vivir en armonía dentro de un clima pacífico a la sombra del Estado de derecho¹³⁷.

Otro oficio importante relacionado con el notario es el de los llamados *cartularios*. Carlo Magno instituye la primera manifestación del notariado como organismo de auténtica función pública: los *judices chartulariis*, personajes del Estado investidos de potestad para reducir a instrumentos, con signos de fe pública, las declaraciones de voluntad de los contratantes¹³⁸.

1.11 El notario latino y el notario sajón

Como dato referido al notariado latino y al notariado sajón, Bañuelos Sánchez¹³⁹ advierte que en la legislación comparada debemos tomar en cuenta que

¹³⁶ Celeste Falcioni, *Manuale teorico-practico del notariato*, apud José María Mengual y Mengual, *op. cit.*, p. 23.

¹³⁷ Miguel Soberón Mainero, *op. cit.*, pp. 2628-2630.

¹³⁸ *Ibid.*, p. 2629.

¹³⁹ Froylán Bañuelos Sánchez, *Derecho notarial*, tomo I, *op. cit.*, p. 84.

existen criterios diversos para su clasificación. En realidad, como el notariado germánico no tiene carácter uniforme y no supone una manera distinta de concebir la fe pública, podemos reducir a dos los sistemas de regulación del notariado: el latino y el sajón, cuya diferencia primordial estriba en que en el primero el notariado representa al Estado, mientras en el segundo no. Sin embargo, el notariado sajón realiza una cierta función pública al autenticar firmas. De manera que, ampliando las notas características de cada uno de estos tipos, apoyándonos en lo expresado por Bañuelos Sánchez, podemos expresar lo siguiente respecto de las características del notario latino:

- a) Es funcionario público y profesional del derecho.
- b) El documento que autoriza es solemne y auténtico.
- c) Su competencia se mueve dentro del campo extrajudicial, aunque se relaciona con la jurisdicción voluntaria.
- d) Hay una organización corporativa y una sumisión a la autoridad del Estado a través de los órganos administrativos correspondientes.

Este tipo es el existente en los países latinos y germánicos, europeos y americanos¹⁴⁰.

En cambio, las características del notario sajón son las siguientes:

- a) Es un profesional y no un funcionario público, y excepcionalmente presta autenticidad en los actos en que el derecho internacional lo exige.
- b) Su intervención no hace al documento solemne ni auténtico, ya que se limita a las firmas del documento.

¹⁴⁰ *Ibid.*, p. 85.

- c) Su competencia no es exclusiva, ya que pueden concurrir con él otros profesionales del derecho, como abogados y procuradores, salvo en materia de protestos y legalizaciones internacionales. El notario puede actuar ante los tribunales.
- d) La colegiación no es forzosa, aunque existen corporaciones voluntarias de notarios.

Este tipo de notariado existe en Inglaterra y en la generalidad de Estados Unidos de Norteamérica, con alguna excepción, como el estado de Louisiana, que sigue el latino¹⁴¹.

Es oportuno aclarar que el término *latino* no se refiere a los países latinoamericanos, sino a los que siguen la historia y tradición jurídica romano-germánica y que en la actualidad integran la Unión Internacional del Notariado Latino¹⁴².

El citado autor explica la diferencia que existe entre el notario anglosajón y notario latino bajo el siguiente esbozo comparativo:

El notario latino es un profesional del derecho que realiza una función pública, escucha y aconseja a las partes e interpreta su voluntad; examina la legalidad de los títulos y capacidad de las partes, redacta el instrumento y se responsabiliza de su contenido; lo lee, lo explica y lo autoriza; lo reproduce y conserva la matriz en el protocolo. Por último, cuando procede, lo inscribe en el Registro Público de la Propiedad.

En cambio, el notario sajón no es un profesional del derecho, toda vez que para el desempeño de su función no requiere título de abogado; no realiza una función pública; no examina la legalidad del negocio ni redacta el instrumento, pues carece de preparación jurídica. Se limita única y exclusivamente a la ratificación de las firmas, desentendiéndose del contenido del acto; no cuenta con un protocolo en el que se asienten los originales y, por lo tanto, no existe matriz ni posibilidad de reproducir el instrumento; su actividad se reduce a certificar que ante él firman los otorgantes. Su cargo es temporal y no vitalicio. Por todas estas razones es frecuente encontrar en

¹⁴¹ *Ibid.*, pp. 84-85.

¹⁴² Bernardo Pérez Fernández del Castillo, *Doctrina notarial internacional*, México, Porrúa-Asociación Nacional del Notariado Mexicano, 2001, pp. xxv-xxvi.

Estados Unidos de Norteamérica al encargado de una gasolinera o de una farmacia haciendo las veces de *notary public*. Su actuación es tan insegura, que los contratantes tienen que hacer uso del “seguro de título” para que la aseguradora indemnice de los daños y perjuicios en caso de que el documento firmado no proceda o lo califiquen de nulo.

Se debe destacar también que el notariado latino se distingue del notariado funcionalista, cuya actividad, como su nombre lo indica, la efectúa un funcionario o empleado administrativo, que puede o no ser abogado, el cual por tanto no es independiente sino que trabaja bajo la férula del poder público del que recibe un salario. Así, la fe pública se convierte en un acto administrativo, dirigido y dependiente del Estado, lo que sin duda provoca una parcialidad absoluta. Este tipo de notariado existe todavía en algunas naciones y antes de la caída del muro de Berlín era el que se aplicaba en los países totalitarios de las denominadas Europa Central y Europa Oriental, que pertenecían a la que fuera la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, los cuales, después de su independencia y replanteada su reorganización jurídica, algunos pertenecen a la Unión Internacional del Notariado Latino, pues cumplen ya con la organización y los principios del notariado de tipo latino.

García informa que actualmente 73 países integran una unión internacional que practica el notariado latino similar al de México, aglutinados en la Unión Internacional del Notariado Latino¹⁴³. También destaca que China es el país que en fecha más reciente (2004) pasó a formar parte de esta unión internacional.

Antes de finalizar el presente apartado, es necesario hacer referencia a los orígenes del notariado latino y del notariado moderno. Los orígenes del notariado latino son germánico-románicos. Podemos decir, apoyados en Fernández del Castillo¹⁴⁴, que comienza con Justiniano en el siglo VI, quien en la denominada “Reglamentación justiniana del documento tabeliónico”, en las novelas XLIV y LXXIII, regula la actividad del *tabellio*, perito en la escritura y conecedor de leyes, ante quien acudían los ciudadanos, ya que el documento redactado por él proporcionaba seguridad jurídica. En el año 887 el emperador

¹⁴³ Revista *Fuerza Jurídica*, *op. cit.*, p. 47.

¹⁴⁴ Bernardo Pérez Fernández del Castillo, *Doctrina notarial internacional*, 2ª ed., México, Porrúa-Asociación Nacional del Notariado Mexicano, 2001, p. xxiv.

de oriente, León VI, el Filósofo, en la Constitución¹⁴⁵ cxv, “Libro del prefecto”, reglamenta la actividad del notario, así como las cualidades morales e intelectuales que debían poseer los aspirantes a notario.

El siglo XIII es parteaguas para el derecho notarial, y entre los juristas glosadores de la Universidad de Bolonia destacan Rolandino Passaggeri, Salatiel y Raniero de Perugia, quienes por vez primera imparten la cátedra del arte notarial; igualmente, en su tratado y formulario hacen hincapié en la importancia de la sistematización de los conocimientos notariales¹⁴⁶.

Posteriormente, en 1512 Maximiliano I de Austria dicta en la ciudad de Polonia la *Constitución imperial sobre el notariado*. En Francia, en 1803 aparece la Ley del 25 Ventoso, del año XI, obra legislativa realizada por Napoleón Bonaparte, considerada origen del notariado moderno. Por último, la Ley Española de 1862 es de suma importancia para América Latina, ya que varios países se inspiran en ella para sus legislaciones¹⁴⁷.

Como colofón de este capítulo introductorio, consideramos útil ocupar este espacio para resumir el origen de la Asociación Nacional del Notariado Mexicano, la cual surge formalmente el 12 de octubre de 1955. Hoy agrupa a más de tres mil notarios de todo el país y tiene un amplio programa académico de actualización del notariado nacional.

Como ya anotamos, la historia del notariado inicia con la comunicación escrita y se origina por la necesidad de dejar constancia de los pactos, contratos, hechos y actos jurídicos. La actividad notarial se remonta al año 528, cuando el emperador Justiniano expide la *Reglamentación justiniana del documento tabelliónico*. Fue en el siglo XIII cuando los juristas de la escuela boloñesa elevaron a categoría de arte la práctica notarial, donde las obras señeras de Rolandino Passaggeri y Salatiel dejan su estela de luz al pugnar por la sistematización de los conocimientos notariales. Así entonces, el notariado es una

¹⁴⁵ Constitución (del lat. *Constitutio*, -ónis). // en el derecho romano, ley que establecía el príncipe, ya fuese por carta, ya por edicto, decreto, rescripto u orden. *Diccionario enciclopédico abreviado Espasa-Calpe*, 7ª ed., tomo ii, Espasa-Calpe, Madrid, 1957, p. 1021. Cabe señalar que los rescriptos eran decisiones emitidas por el emperador en calidad de respuestas que daba a las consultas de los particulares o que los magistrados le formulaban en materia jurídica. Dichas respuestas, con el tiempo, integraron una importante fuente del derecho. Sócrates Jiménez y Santiago Triana, *Diccionario de derecho romano*, México, Sista, 1991, p. 308.

¹⁴⁶ *Ibid.*, pp. xxiv-xxv.

¹⁴⁷ *Loc. cit.*

institución que desde sus orígenes responde a las exigencias de la sociedad a la que sirve y a la que debe su constante evolución, contribuyendo con ello al prestigio de quienes ejercen con honor la función notarial. Se destaca, a partir de la Ley del Notariado de 1945 del Distrito Federal, el establecimiento del examen de oposición como el único medio de acceso al notariado, cuya finalidad es la de garantizar a los ciudadanos el confiable desempeño de la función notarial. Su máximo galardón es convertir al notario en digno depositario de la fe pública¹⁴⁸.

¹⁴⁸ Revista *Fuerza Jurídica*, op. cit., p. 15.

Capítulo II

Elementos de la función notarial

*Super faciem scribae
Deus imponet honorem.**

Introducción

Iniciamos este capítulo con una breve referencia a los hechos notariales, así como al origen y desarrollo de la figura del notario en sus actuaciones de fedatario y como profesional del derecho que sin ser funcionario público ejerce funciones públicas de interés social. Igualmente, señalamos la *fórmula de perfección* como origen de la fe notarial y la importancia que cobra el sello notarial a partir del siglo x como instrumento de validación. De igual modo, nos referimos a la función legitimadora del notario, así como a la diferencia entre escritura y documento, y entre instrumentos públicos y privados.

Respecto a los actos jurídicos y a los hechos jurídicos, anotamos las diferencias entre escritura y acta notarial; para esto es necesario describir las conceptualizaciones apropiadas. Al ocuparnos en el estudio de la escritura notarial, también lo hacemos respecto al acta notarial e incursionamos en

* Dios impone respeto sobre el rostro del escriba.

el análisis de la forma, los formalismos y las formalidades. Seguidamente, inclinamos nuestra atención acerca del testamento y sus clases: testamento público abierto, testamento público cerrado, testamento público simplificado, testamento ológrafo, testamento privado, testamento militar, testamento marítimo y testamento hecho en país extranjero. De la misma manera, llaman nuestra atención observaciones referentes a las sucesiones ante el notario. Por último, nuestro análisis nos lleva a la investigación sobre el protocolo, destacando la presencia del protocolo consular; y, por su importancia, cerramos nuestro capítulo con la nota correspondiente al primer protocolo notarial efectuado en México.

2.1 Hechos notariales y relevancia social del notario

El hombre se organiza socialmente por instinto de conservación. De la sociedad surge el Estado y con éste tiene su origen el derecho, que, en principio, fue oral¹⁴⁹.

Es a partir del siglo VI de nuestra era cuando se manifiesta la exigencia jurídica de registrar los hechos en escritos, creándose con ello un orden jurídico individual, el *tabellio*, es decir, lo que hoy conocemos como hechos notariales.

De la asamblea popular¹⁵⁰, pasando por los testigos, se llega al notario; de la expresión oral al instrumento público; de lo probatorio a lo constitutivo; de la manifestación libre a la formalidad legal; desde el hecho notarial fundado en la costumbre hasta el hecho notarial fundado en el derecho; de la verdad real a la verdad jurídica.

En nuestra sociedad actual el notario es imprescindible no sólo para dejar constancia de hechos y actos jurídicos, sino esencialmente para darles existencia y fuerza probatoria indubitables.

La vigente Ley del Notariado para el Distrito Federal señala que el notariado es una garantía institucional que la Constitución establece para la

¹⁴⁹ Julio Pimentel Álvarez, "Os, oris, n., boca (de allí oral)." *Breve diccionario latín-español, español-latín*, México, Porrúa, 1999, p. 357.

¹⁵⁰ Primero fue el testimonio del pueblo, luego la evidencia de testigos y, por último, la fe del notario.

Ciudad de México a través de la reserva y determinación de facultades de la Asamblea, y es tarea de ésta regularla y efectuar sobre ella una supervisión legislativa por medio de su Comisión de Notariado (artículo 3º, párrafo 2º).

En el citado artículo la ley establece que en el Distrito Federal corresponde al notariado el ejercicio de la función notarial, de conformidad con el artículo 122 de la Constitución¹⁵¹ (artículo 3º, párrafo 1º).

Así también, establece que en el marco del notariado latino dicha ley organiza la función del notario como un tipo de ejercicio profesional del derecho y señala las condiciones necesarias para su correcto ejercicio imparcial, calificado, colegiado y libre, en términos de ley (artículo 3º, párrafo 3º).

Sustenta además que la imparcialidad y probidad del notario debe extenderse a todos los actos en los que intervenga de acuerdo con ésta y con otras leyes (artículo 3º, párrafo 4º).

La referida ley define al notario estableciendo que 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 voluntad¹⁵² de las personas que ante él acuden, y conferir autenticidad y certeza jurídica a los actos y hechos pasados ante su fe, mediante la consignación de éstos en instrumentos públicos de su autoría (artículo 42).

2.2. Instrumentos que rigen la actuación del notario

Los instrumentos que rigen la actuación del notario son la patente, el tabellio, la fórmula de perfección y el signo y sellos notariales. A continuación, de manera sucinta se explica en qué consiste cada uno de ellos:

¹⁵¹ El referido artículo 122 constitucional establece en su inciso c), fracción v-h, que “corresponde a la Asamblea Legislativa del Distrito Federal la facultad de legislar en materia civil y penal; normar el organismo protector de los derechos humanos, participación ciudadana, defensoría de oficio, notariado y registro público de la propiedad y del comercio”.

¹⁵² Voluntad (gr. *voluntas*; lat. *Voluntas*). El término ha tenido dos significados fundamentales: 1) el principio racional de la acción; 2) el principio de la acción en general.” Nicola Abbagnano, *Diccionario de filosofía*, 6ª ed., México, FCE, 1987, p. 1195.

¹⁵² Horacio Hidalgo Mendoza, “La función notarial”, *Revista Jurídica del Tribunal Superior de Justicia del Estado Puebla*, núm. 8, julio-agosto, México, 1982, p. 15.

- a) La patente: es el instrumento administrativo que faculta al notario a ejercer la función de fedatario. No es un nombramiento burocrático, sino la cédula profesional que lo faculta a ejercer sus funciones.
- b) El tabellio: en sus orígenes, en el siglo vi, con el nombre de *tabellio* el notario desempeñaba una función pública. Era un servidor público de carácter privado, dedicado a la escrituración de los negocios jurídicos de los particulares, asumiendo el oficio de asesor en derecho. A pesar de su carácter de profesional libre, su actividad estaba vigilada por el Estado a través del *magister census*¹⁵³.
El *tabellio* aparece regulado por la Constitución Justiniana de 528, para la cual era válida la fórmula escrita, siempre y cuando hubiese sido hecha y autorizada por quien ejercía las funciones de *tabellio*, sin que pudiese derivarse derecho alguno en tanto no fuese declarada *completum* y *absolutum* por el *tabellio*. Tanto el documento escrito como la persona autorizada para formularlo recibían el nombre de *tabellio*¹⁵⁴.
- c) Fórmula de perfección: el origen de la fe notarial, que desplaza a la escritura privada, la encuentran los estudiosos de la materia en la llamada *fórmula de perfección*, consolidada por la decretal de Alejandro III en el siglo xii.
- d) Signo y sello notariales: Pérez Fernández del Castillo¹⁵⁵ asienta que el signo notarial es uno de los requisitos extrínsecos de la parte que se conoce como autorización de un instrumento público.

¹⁵³ Loc. cit.

¹⁵⁴ Loc. cit.

¹⁵⁵ Bernardo Pérez Fernández del Castillo, "El signo y el sello notarial", *Revista de Derecho Notarial*, núm. 95, México, Asociación Nacional del Notariado Mexicano, 1986, p. 151.

La palabra *signo*¹⁵⁶, entre otros significados, tiene el de *señalar*, y por aplicación se le da el nombre de signo notarial a la señal manuscrita que con figura determinada e idéntica en todos los casos, debía poner el notario al pie de la escritura y antes de su firma¹⁵⁷.

En otras épocas el signo tuvo mayor importancia por ser equivalente al actual sello de autorizar, de tal manera que el instrumento era nulo si carecía de él. Los *tabelliones* y escribanos autorizaban los documentos por medio de su firma y signo, dándoles así pleno valor probatorio¹⁵⁸.

García Pelayo dice que las ordenanzas, privilegios, bulas, encíclicas, etcétera, expedidas por los papas o reyes que no tuvieran estampado el sello pontificio o real carecían de todo valor¹⁵⁹.

En el momento en que los reyes de Castilla otorgaban una patente (*fiat*), igualmente aprobaban el signo que el escribano debía utilizar con una frase casi sacramental, expresada en la forma siguiente:

Yo por el presente os doy poder y facultad para usarle y ejercerle; y todas las cartas, ventas, poderes, obligaciones, testamentos, codicilos, y otras cualesquiera escrituras y autos judiciales y extrajudiciales que ante vos pasaren y se otorgaren en que fuese puesto el día, mes y año, y lugar donde se hicieren con los testigos que a ello fueren presentes y vuestro signo tal como éste [se dibujaba el signo] que es el que os doy de que quiero uséis, mando que valgan, y hagan fe en juicio o fuera de él como cartas y escrituras firmadas y signada de mano de escribano real y notario público de las Indias.

¹⁵⁶ (Del lat. 'Signum') m. // Figura que los notarios agregan a su firma en los documentos públicos, hecha de diversos rasgos entrelazados y rematada a veces por una cruz. *Diccionario enciclopédico abreviado*, 7ª ed., tomo VII, Espasa-Calpe, Madrid, 1957, p. 190.

¹⁵⁷ Bernardo Pérez Fernández del Castillo, *op. cit.*, p. 151.

¹⁵⁸ *Loc. cit.*

¹⁵⁹ *Loc. cit.*

El uso del signo fue sustituido por el sello¹⁶⁰ en la Ley Orgánica del Notariado y del Oficio de Escribano de 30 de diciembre de 1865, expedida por Maximiliano de Habsburgo¹⁶¹. Dicha ley, en su artículo 58 establece:

Los notarios que se recibieran después de la publicación de esta ley, usarán en vez de signo, un sello particular pero uniforme, que será realizado en blanco con el escudo de armas del Imperio, y en la circunferencia esta inscripción: “N: Notario Público del Imperio Mexicano [nombre de la ciudad o población]”. El sello lo estamparán además al lado izquierdo de su rúbrica en todas las fojas y documentos que debieran llevarla.

Posteriormente, el 29 de noviembre de 1867 el presidente de la República, Benito Juárez, expidió la Ley Orgánica de Notarios y Actuarios del Distrito Federal. La citada ley, en su artículo 21 establece: “Los notarios usarán en lugar del signo, sellos uniformes, de tinta, que tendrán en el centro estas palabras: República Mexicana, y en la circunferencia el nombre y apellidos del notario. Los actuarios seguirán usando el signo como hasta hoy lo han hecho”.

Más adelante, la Ley del Notariado de 1901 reglamenta en forma sistemática el sello y sus características. Por vez primera se dispuso que llevara el escudo nacional:

Artículo 29. El sello de los notarios debe representar el escudo nacional en el centro, e inscriptos, en derredor, el nombre, apellidos, número del notario y lugar de su residencia. En caso de que se pierda o altere el sello, el Archivo General entregará a costa del notario, en el cual se pondrá un signo especial que lo diferencie del anterior. Aunque aparezca el antiguo sello, no por esto usará de él el notario, sino que lo entregará personalmente al Archivo de Notarías, para que allí se destruya; levantándose de esta operación un acta por duplicado. Un ejemplar de ella quedará en dicho

¹⁶⁰ Sello: cuño o impronta con el escudo del Estado, que emplean los órganos del poder público, para marcar o caracterizar algunos documentos expedidos en el ejercicio de su función. E. J. Couture, *Vocabulario jurídico*, Buenos Aires, Desalma, 1976, p. 535.

¹⁶¹ Bernardo Fernández del Castillo, *op. cit.*, p. 154.

Archivo y el otro en poder del notario. Lo mismo se practicará en el caso de alteración de un sello.

La Ley del Notariado para el Distrito Federal de 1980 estipula que el sello, al igual que el protocolo, es propiedad del Estado, aunque para su actuación el notario necesita proveerse de ellos a su costa (artículo 28, fracción II). Éste debe registrarse, así como su firma, rúbrica o media firma, en la Dirección General Jurídica y de Estudios Legislativos del Departamento del Distrito Federal, en el Registro Público de la Propiedad y del Comercio y en el Colegio de Notarios¹⁶².

La Ley del Notariado para el Distrito Federal, publicada en la *Gaceta Oficial* el 28 de marzo de 2000, establece a fin de que el notario pueda actuar, que debe proveerse a su costa de protocolo y sello, registrar el sello y su firma, ante la autoridad competente, el Registro Público, el Archivo y el Colegio previo pago de los derechos que señale el Código Financiero del Distrito Federal (artículo 67, fracción II).

El sello del notario es el medio por el cual éste ejerce su facultad fedataria con la impresión del símbolo del Estado en los documentos que autorice. Cada sello será metálico, tendrá forma circular, con un diámetro de cuatro centímetros, reproducirá en el centro el escudo nacional y deberá tener escrito alrededor de éste la inscripción “Distrito Federal, México”, el nombre y apellidos del notario y su número dentro de los de la entidad. El número de la notaría deberá grabarse con guarismos y el nombre y apellidos del notario podrán abreviarse. El sello podrá incluir un signo (artículo 69).

El sello expresa el poder autenticador del notario y lo público de su función (artículo 69, párrafo segundo).

El sello se imprimirá en el ángulo superior izquierdo del anverso de cada hoja del libro de registros de cotejos y en cada folio que se vaya a utilizar; deberá imprimirse también cada vez que el notario autorice una escritura, acta, testimonio, certificación, y en el libro de registro de cotejos (artículo 70).

También se imprimirá dicho sello en documentación relacionada a su actuación como notario (artículo 71):

¹⁶² *Ibid.*, p. 155.

i. En la papelería oficial o de efectos de trámite; en tratándose de los avisos, informes, solicitudes de informes y liquidaciones; dirigidos a cualquier autoridad (artículo 71, fracción i).

ii. En avisos, cédulas de requerimientos y notificaciones; así como en toda clase de constancias dirigidas a particulares (artículo 71, fracción ii).

En caso de pérdida o alteración del sello, el notario, so pena de incurrir en responsabilidad por omisión, deberá dar aviso en el primer día hábil siguiente al descubrimiento del hecho a la autoridad competente y con el acuse de dicho aviso levantará acta circunstanciada ante el Ministerio Público. Dentro del mismo término deberá dar también aviso al Archivo, al Registro y al Colegio. Cumplido lo anterior, con los acuses respectivos y la constancia que al efecto le expida el Ministerio Público, tramitará ante la autoridad competente la autorización para la reposición a su costa del sello, el cual registrará en términos del artículo 67 fracción ii de esta ley. El nuevo sello contendrá un signo especial que lo diferencie del anterior. La marca especial deberá estar visible en la impresión del sello (artículo 72).

Si apareciere el antiguo sello, no podrá ser usado. El notario entregará personalmente y de inmediato dicho sello al Archivo para que ahí en presencia del notario se destruya. De ello se levantará acta por triplicado; un tanto para la autoridad competente, otro para el Archivo y el tercero para el notario (artículo 73).

En caso de deterioro o alteración del sello, la autoridad competente autorizará al notario para obtener uno nuevo, sin necesidad de levantar acta ante el Ministerio Público (artículo 74).

En el supuesto del párrafo anterior, el notario deberá presentar el sello en uso y el nuevo que se le haya autorizado, ante el Archivo, en el que se levantará acta por triplicado, en cuyo inicio se imprimirán los dos sellos y se hará constar que se utilizó el antiguo, mismo que, con uno de los ejemplares del acta quedará en poder del Archivo, para lo cual éste tomará especiales medidas de seguridad, y con los demás ejemplares el notario procederá a registrar su nuevo sello conforme a lo establecido en el artículo 67 fracción ii de la ley. El nuevo sello contendrá un signo especial que lo diferencie del anterior. La marca especial deberá estar visible en la impresión del sello (artículo 74, párrafo segundo).

En todos los casos en los que se deje de utilizar definitivamente un sello, se entregará también al Archivo para que se destruya. De las diligencias de entrega y destrucción se levantará un acta por triplicado. Un tanto de dicha acta quedará depositado en el Archivo, otro en poder del notario, el albacea de su sucesión o el asociado o suplente del notario fallecido, y otro se enviará a la autoridad competente (artículo 75).

El notario certificará con su sello y firma la o las copias cotejadas, haciendo constar en ellas que son fiel reproducción de su original o copia certificada que tuvo a la vista, así como el número y fecha de registro que les corresponda (artículo 97, fracción iv).

Es de advertir que en el siglo x se comienza a utilizar el sello como instrumento de validación externa del documento privado, o sea, del documento no regio, teniendo como función jurídica la de dotar al documento de autenticidad formal¹⁶³.

2.3 La función legitimadora del notario público

La decretal del papa Alejandro III, de fecha incierta entre los años 1167 a 1169, asume la doctrina de los glosadores y legistas, pero sobre todo de la Constitución justiniana de 528, sosteniendo como *fórmula de perfección*, “que no tendrán eficacia los documentos que no hubieren sido autorizados por notario”. Surge, así, la fe pública notarial¹⁶⁴.

Al notario, por sus funciones, se le aplica el calificativo de *público*. Sin embargo, siendo éste un término técnico, es utilizado poco en las suscripciones notariales. Esta situación cambia entrado el siglo XII, en que se da carta de naturalización a la idea de que la *fides scriptura* depende de la aseveración del notario, quien cuida en su suscripción de asegurar que la actuación escriturada se halla realizada con su directo conocimiento, ante su presencia y por haber visto y oído a los intervinientes. De esa manera, lo público se convierte en una denominación técnica de la actuación notarial por la forma externa¹⁶⁵.

¹⁶³ *Ibid.*, p. 18.

¹⁶⁴ *Loc. cit.*

¹⁶⁵ *Loc. cit.*

Los glosadores boloñeses implantaron el principio de la fehaciencia del notario, al que atribuyen la facultad exclusiva de conferir plena fe al documento en cuya formalización interviene y lo autoriza. Por dicho principio el valor del documento depende de la sola actividad legitimadora del notario, quien al suscribir la escritura, legitima íntegramente el documento que por ese sólo hecho adquiere la pública forma legal y legitima requeridas. La función del notario es autónoma y es precisamente esta autonomía la que le da independencia de la Administración Pública, en el ejercicio personal en nombre propio de una función pública, que por ello no lo convierte en funcionario público¹⁶⁶.

Las instituciones notariales del siglo XII ya contenían indispensables regulaciones, como las siguientes:

- a) Siendo el notario una persona pública, debe estar sometido a estrictos requisitos de competencia técnica y de idoneidad moral que se verifican mediante examen.
- b) El título de notario (no nombramiento) conferido por el común, es registrado en la matrícula notarial.
- c) Se fijan los supuestos de responsabilidad. El oficio, tratándose de una función pública, demanda la obligación de prestar el servicio notarial cuando sea solicitado.
- d) Los notarios deben figurar en colegios.
- e) El sistema de documentar observa rasgos homogéneos en el que rige el principio de matricidad (duple redacción del documento, la redacción previa sumaria que contiene lo esencial del negocio jurídico, y la subsiguiente redacción, o sea el texto de aquélla, impuesto en forma pública, constituyendo el documento definitivo. Este principio es heredado de los glosadores de Bolonia).

¹⁶⁶ Loc. cit.

La extensión en pública forma la hace el notario que realiza la audiencia previa y formaliza la nota (escritura).

- f) Se reguló la formación del protocolo en forma de libro, en folios numerados.
- g) Igualmente de los derechos a satisfacer por la escrituración.
- h) Se creó en algunas ciudades la registración de los documentos, naciendo así el Registro Público de la institución del notariado, y con ella se fijó la fecha y el contenido de la escrituración.
- i) Se reguló de una manera muy precisa la custodia y disposición de los protocolos.

2.4 Escritura y documento

La palabra *escritura* proviene del latín ‘scriptura’. En sentido lato entendemos por escritura el papel al cual se le da el nombre de documento en el que consta impreso algo¹⁶⁷; igualmente se conoce como tal al papel que sirve para justificar o probar alguna cosa. Desde el punto de vista del derecho, se conoce como documento a aquel que se elabora con el fin de dejar constancia de algún acto jurídico.

Soberón Mainero explica que cualquier referencia a la voz *documento* necesariamente remite al concepto de forma, como elemento de exteriorización de los actos jurídicos y a la clasificación de éstos de acuerdo con su

¹⁶⁷ “(Del latín *documentum*, deriva de *docere*, ‘enseñar’) m. *desus*. Instrucción que se da a uno en cualquier materia, y particularmente aviso y consejo para apartarle de obrar mal. // Diploma, carta, relación u otro escrito que ilustra acerca de un hecho, principalmente de los históricos. // fig. cualquier otra cosa que sirve para ilustrar o comprobar algo. // PRIVADO. Der. El que, autorizado por las partes interesadas, pero no por funcionario competente, acredita los hechos que refiere y su fecha”. *Diccionario enciclopédico abreviado Espasa-Calpe*, tomo III, op. cit., p. 477.

forma de solemnes, formales y consensuales¹⁶⁸. También señala que los actos jurídicos formales, según nuestra legislación, son los que para su validez deben celebrarse por escrito. El documento que contiene el acto jurídico así celebrado puede tener el carácter de público o de privado, dependiendo el hecho de haber sido otorgado, o no, en presencia de notario público o de algún otro fedatario. Así, son las escrituras privadas las que, sin intervención del notario o de algún otro funcionario dotado de fe pública, hacen los particulares entre sí, con testigos o sin ellos. El acto jurídico podrá constar válidamente en escritura privada si la ley no exige su otorgamiento en escritura pública¹⁶⁹.

La doctrina reconoce que, en términos generales, la escritura privada tiene fuerza probatoria entre los contratantes y sus causahabientes. Así, de su otorgamiento hace fe entre ellos, pero ni su fecha ni su otorgamiento en sí son oponibles a terceros, en sentido perjudicial, en razón de que las partes de común acuerdo podrían haber antedatado el documento en fraude de terceros.

El principio general que admite nuestro Código Civil, dice el autor, es el *consensualismo*, establecido en el artículo 1832, que dispone que en los contratos civiles cada uno se obligue en la manera y términos en que aparezca que quiso obligarse, sin que para la validez del contrato se requieran formalidades especiales, fuera de los casos expresamente designados por la ley. Es bien conocido el hecho de que, para su validez, deben constar en escritura pública.

Es importante señalar que, si bien el Código Civil no exige la forma escrita en todos los casos, hay otras normas que concurren para exigir que el acto conste en escritura como requisito para atribuirle determinados efectos¹⁷⁰.

Así, la antigua Ley General del Timbre disponía que cuando un acto estuviera gravado por ella, debía constar por escrito. Esta exigencia de escritura no debía ser interpretada como un requisito de validez del contrato sino exclusivamente como una obligación de hacer a cargo del sujeto del crédito fiscal¹⁷¹.

¹⁶⁸ Miguel Soberón Mainero, "Escritura", *Nuevo diccionario jurídico mexicano*, D-H, op. cit., pp. 1538-1539.

¹⁶⁹ Loc. cit.

¹⁷⁰ Loc. cit.

¹⁷¹ Loc. cit.

De manera semejante, el Código de Procedimiento Civil dispone que en ciertos casos solamente se pudieran admitir excepciones, como la novación y la transacción, cuando consten por escrito y, en algunos casos, en escritura pública¹⁷².

2.4.1 Instrumentos públicos e instrumentos privados

Atendiendo a su etimología, la palabra *instrumento* proviene del latín ‘*instrumentum*’, que significa escritura, papel o documento con que se justifica o prueba una cosa. Generalmente se dice que el instrumento es el escrito con que se justifica o se prueba un hecho o un derecho. Es el elemento esencial que ilustra o instruye acerca de derechos y obligaciones contraídas por las partes en un acto jurídico¹⁷³.

Es oportuno distinguir entre el instrumento y el título jurídico, con el que a menudo se confunde. Por ello observamos que el título realmente es la causa jurídica de la que proviene el derecho de que se trate, en tanto que el instrumento es el escrito (documento) en el que consta esa causa.

Los instrumentos públicos, en el caso que estamos estudiando, deben explicarse a la luz del derecho notarial. Por eso señalamos que en el transcurso del tiempo el instrumento público ha evolucionado, siendo actualmente imprescindible como elemento de la seguridad jurídica. Se le llama *público* no porque esté al alcance del conocimiento de todos, como sucede con los registros públicos, sino porque el poder público garantiza su autenticidad, y porque su autorización proviene, indirectamente, del propio poder público¹⁷⁴.

Así, aun cuando el instrumento público, por lo menos por lo que hace al notarial, pertenece al derecho privado de los ciudadanos, los protocolos en los que constan pertenecen al Estado, como garante de carácter público que éste les otorga¹⁷⁵.

¹⁷² Loc. cit.

¹⁷³ Miguel Soberón Mainero, “Instrumentos públicos y privados”, *op. cit.*, pp. 2090-2091.

¹⁷⁴ Loc. cit.

¹⁷⁵ Loc. cit.

Para Jiménez Arnau, el instrumento público es el medio idóneo para asegurar la autenticidad, las técnicas y legalidad del acto, y el medio de fijación exacta y permanente para cumplir los efectos del acto¹⁷⁶.

En nuestro país se consideran instrumentos públicos tanto el original o matriz de la escritura o acta asentada en el protocolo del notario, como los testimonios o reproducciones fieles que se expiden a partir de aquéllas. En este sentido, forman parte de los instrumentos públicos los documentos públicos o privados, protocolizados, es decir, transcritos o agregados al apéndice del protocolo¹⁷⁷.

Por lo que hace a sus efectos probatorios cabe señalar, en términos generales, que el instrumento público hace prueba plena salvo prueba en contra de lo contenido en él. Sin embargo, con Carral y de Teresa debemos distinguir: a) aseveraciones del notario asentadas en el instrumento, que le constan por sus sentidos, que sólo demostrando plenamente su falsedad pueda desconocerse; b) declaraciones de las partes que constan en el instrumento seguido, cuya veracidad intrínseca puede asegurarse. Así, el instrumento sólo prueba que las partes manifestaron su voluntad en cierto sentido, en determinadas fechas¹⁷⁸.

La legislación procesal concede al instrumento público efectos ejecutivos, y la legislación civil establece que para inscribir un acto en el Registro Público dicho acto debe constar, preferentemente, en instrumento público.

En lo que concierne a los instrumentos privados, su concepto es fácil de precisar si lo presentamos junto con el de instrumento público. Así podemos argumentar que el instrumento privado es el otorgado sin más autoridades ni formas que las que los propios interesados le han dado. Machado sostiene que son aquellos escritos hechos por las partes, en fojas volantes, destinados a hacer constar sus convenciones. Salvat sostiene que los instrumentos privados son aquellos que las partes otorgan por sí solas, sin intervención de ningún oficial público¹⁷⁹.

¹⁷⁶ Loc. cit.

¹⁷⁷ Loc. cit.

¹⁷⁸ Loc. cit.

¹⁷⁹ Loc. cit.

Soberón Mainero afirma la inexistencia en nuestro país de una reglamentación sistemática y precisa respecto al valor y efectos del instrumento privado. Resalta que si bien para la validez del acto contenido en el instrumento privado la ley puede no exigir ninguna otra formalidad, para ciertos otros efectos, sobre todo de oponibilidad a terceros, con frecuencia no basta la sola existencia de un instrumento privado; por ejemplo, para la inscripción en el Registro Público en cualquier acto, éste debe constar en instrumento público notarial, un escrito privado, ante testigos generalmente, y ratificadas las firmas ante el notario, juez o registrador.

Dávila observa que en el derecho notarial el tema del instrumento público reviste importancia de primer orden, ya que permite creer en el contenido de éste sin necesidad de haber participado en su creación, obteniéndose de él hechos o actos jurídicos que tienden a crear, transmitir, modificar y extinguir situaciones jurídicas o simples hechos materiales¹⁸⁰. Y así como de igual manera la gente cree en el contenido del instrumento público, éste, desde el punto de vista jurídico, constituye una presunción *iuris tantum*¹⁸¹, teniendo como cierto algún hecho o acto asentado en él, hasta no demostrarse lo contrario por la vía judicial¹⁸².

2.4.2 Distinción entre instrumento y documento

Las expresiones *documento* e *instrumento* se emplean indistintamente en ocasiones por su origen etimológico similar. Esta similitud se comprueba con los documentos provenientes de la antigua Roma.

De Sario opina que los clásicos, al usar el término *instrumento* en sentido técnico quisieron referirse al de documento¹⁸³. Pallares, fijándose en las raíces

¹⁸⁰ David Dávila Gómez, "Instrumento notarial", *Revista Escribano*, núm. 24, año 5, México, Asociación Nacional del Notariado Mexicano, mayo del 2002, pp. 14-19.

¹⁸¹ *Iuris tantum*: tan sólo de derecho: dicese de las presunciones que sí admiten pruebas en contrario.

¹⁸² Al notario también se le conoce con el nombre de *instrumentador*.

¹⁸³ Luigi de Sario, *Il documento sogeto di rapporti giuridici privati, vaticchi*, Florencia, 1935, p. 47, *apud* David Dávila Gómez, *op. cit.*, p. 15.

etimológicas de la palabra *documento*, observa que ésta significa “todo aquello que enseña algo”. Explica que quizás por dicha causa algunos jurisconsultos sostienen que la prueba documental no sólo consiste en un papel escrito en determinado idioma, sino en cualquier objeto que pueda proporcionarnos ciencia respecto de los puntos litigiosos. Este especialista afirma concretamente que en la prueba documental deben ser admitidas las fotografías, las películas de cinematógrafo, los discos de fonógrafo, los planos o diseños de los arquitectos y así sucesivamente. Otros autores manifiestan su desacuerdo con esta opinión, pues piensan que existe diferencia sustancial entre las cosas que contienen algo escrito con sentido inteligible y las ya mencionadas que carecen de él. Para dirimir este problema es necesario reflexionar respecto al lenguaje humano, que en cualquiera de sus formas está constituido por conceptos generales de uso universal, mediante los cuales los hombres se comunican entre sí, representando algo esencial de la especie humana. Por esa circunstancia, no es lógico asimilar los documentos a la fotografía, a los discos de fonógrafo, películas de cine, que no contengan nada escrito. Fundándose en lo anterior, se formula la siguiente definición: “Documento es toda cosa que tiene algo escrito con sentido inteligible”. Pallares advierte que usa el verbo *escribir* en sentido restringido, o sea, la actividad mediante la cual el hombre expresa sus ideas y sus sentimientos por medio de la palabra escrita. Colige de ello que para que exista un documento no es necesario que la escritura se haga sobre papel. Bien puede escribirse en pergamino, sobre madera, tierra cocida —como lo hicieron los asirios en épocas remotas—, en la piedra y en general en cualquier cosa. Tampoco es indispensable que el lenguaje esté formado con vocablos. Los papiros egipcios que contienen jeroglíficos constituyen una prueba documental, siempre que sea posible traducir su significado. El Código de Procedimientos Civiles sigue en gran parte esta doctrina cuando no incluye en la prueba documental las fotografías, las copias fotostáticas, los discos fonográficos... sino que agrupa estos medios de prueba entre las científicas. Claro está que la fotografía y las copias fotostáticas constituirán una prueba documental cuando contengan algo escrito¹⁸⁴.

El término *instrumento* proviene del verbo latino *instruere*, que significa enseñar, instruir, dar constancia, refiriéndose, por tanto, a todo aquel medio

¹⁸⁴ Apud Eduardo Pallares, “Documento”, *Diccionario de derecho procesal civil*, 4ª ed., México, Porrúa, 1963, p. 251.

a través del cual dejamos fijo un acontecimiento. En palabras de Federico de Castro y Bravo¹⁸⁵ el término documento (*quibus aliquid docetur vel probatur*), así como el de instrumento (*omnia quibus causa potest*) y con su correspondiente en alemán (*urcunde, erkennen*) se refieren a dar “a conocer algo”. Igualmente, se les llama monumentos a los instrumentos que se manifiestan en imágenes, películas, estatuas, cintas de video, fotografías, etcétera. Sólo que al estar ante un instrumento consistente en escrito, tenemos un documento. Por esta razón decimos, con Pérez Fernández del Castillo, que el instrumento es el género; la especie, el monumento y el documento¹⁸⁶.

Hacemos hincapié en que en el castellano, como en los demás idiomas, el vocablo *instrumento* tiene múltiples acepciones, desde la de designar utensilios manuales de uso corriente para las labores más ordinarias, hasta los hechos que la labor inteligente de un artista u hombre de cultura realiza. Sin embargo, desde el punto de vista jurídico la palabra *instrumento* tiene un significado más circunscrito. En opinión de Paulo¹⁸⁷, por instrumento debemos admitir todo aquello con que puede ser probada una causa; por ello los testimonios y las personas son considerados en calidad de instrumentos¹⁸⁸. Al respecto, cabe señalar que Bartolo —citado por Dávila— realizó una aclaración al anterior comentario, ya que en sus palabras el texto griego de este fragmento se refería no a la prueba testimonial o testifical, sino al testimonio redactado por escrito¹⁸⁹.

Con todo lo anterior, podemos afirmar, con Dávila, que el término *instrumento* usado en sentido genérico tiene distintas acepciones; sin embargo, para efectos jurídicos posee una muy particular, dada la cual el vocablo *documento* encuentra su razón. Pero viene a nuestra memoria el nombre de Francia, por ser una de las naciones que más nos ha inspirado en materia jurídica y de la cual tomamos los principios de nuestra vigente legislación, por lo que nos vemos precisados a expresar una aclaración respecto a dicho

¹⁸⁵ Federico de Castro y Bravo, *El negocio jurídico*, Madrid, Instituto de Estudios Jurídicos de Madrid, 1967, p. 308, *apud* David Dávila Gómez, *op. cit.*, p. 15.

¹⁸⁶ Henoch Aguilar, “Instrumentos”, *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Enrique Martínez Paz*, Buenos Aires, Perrot, 1957, *apud* David Dávila Gómez, *op. cit.*, p. 15.

¹⁸⁷ *Loc. cit.*

¹⁸⁸ *Loc. cit.*

¹⁸⁹ *Loc. cit.*

término: la palabra latina *instrumentum* no se encuentra en la lengua francesa, pero el verbo *instrumenter* sí, con el significado de acción o actuar. Bonnier ya antes había advertido que en esta lengua no hay expresión especial para designar los escritos revestidos de ciertas formas que sirven para consignar tal o cual acto jurídico, contrato o hecho. La palabra latina *instrumentum*, que expresa felizmente esta idea, no tiene lugar en el francés y en su defecto se utiliza el término *instrumenter* (actuar), refiriéndose a la actuación propia del notario. Es así como el notario instrumentaliza los actos y hechos jurídicos en su protocolo¹⁹⁰.

De la misma manera, el término *acte* es utilizado por los franceses para referirse a algo que ha sucedido (*quod actum est*) y al escrito redactado para consignar lo que ha acontecido. Podría concluirse de lo anterior que el término *acta* significa “hecho sucedido”¹⁹¹.

No obstante haberse aclarado que el género es el instrumento y la especie el documento, parte importante de la doctrina ha preferido adoptar uno solo de los términos. Tal es el caso de España, en la cual, por distintas razones históricas, como es la de haber sido partidaria de la escuela de Bolonia, se generalizó el uso del vocablo *instrumento*, razón que data de las primeras distinciones entre el documento original y las copias del mismo. El significado que se atribuye a la palabra *instrumento* es el de documento público notarial, el cual contiene relaciones jurídicas de derecho privado. Así quedó consagrado el instrumento público para citar el documento del que es autor el notario. Cabe observar que el término *acto*, y en la medida en que el notario lo haga constar, constituirá un *acta*¹⁹². Siguiendo a Boffi, asentamos que el documento notarial es aquel que es autorizado por el notario¹⁹³. Sin embargo, dicha definición, por más práctica que parezca, olvida los rasgos necesarios que deben estar presentes en el documento notarial. Por lo mismo, es imprescindible establecer su género próximo y su diferencia específica, habida cuenta para ello de los requisitos correspondientes a los instrumentos públicos del documento notarial.

¹⁹⁰ Loc. cit.

¹⁹¹ Loc. cit.

¹⁹² David Dávila Gómez, *op. cit.*, p. 16.

¹⁹³ Luis María Boffi Boggero, “Instrumento público”, *Enciclopedia Jurídica Omeba*, tomo 16, Buenos Aires, Bibliográfica Argentina, 1962, p. 211, *apud* David Dávila Gómez, loc. cit.

Al respecto, observamos que todo documento en el que interviene el notario se reputa notarial. No obstante, Larraud señala una categoría de documentos notariales que se designan con el nombre de *inoparentes*¹⁹⁴, que son aquellos en los cuales el notario ha intervenido en el negocio instrumentado, pero que su intervención no se hace evidente ni constituye el evento formal del mismo¹⁹⁵, como es el caso de los distintos informes que se piden a las oficinas de gobierno, como, por ejemplo, constancias y certificados. En estos casos el notario no actúa como un profesional del derecho, y tampoco lo rigen los principios que le atañen a su función, ya que no son instrumentos notariales sino simples solicitudes que el notario realiza con la finalidad de documentar un negocio que va a celebrarse y que lo asentará en su protocolo. Por regla general, sólo será notarial aquel documento elaborado con las formalidades de ley autorizado por el notario en el ejercicio de sus funciones dentro de los límites de sus facultades, poniendo en práctica la fe pública.

2.5 Documento público

La fuerza probatoria de los documentos públicos se sustenta en la fe pública que tienen los funcionarios que los expiden. Siendo éste su fundamento, la prueba contenida en ellos está limitada por la sustancia de dicha fe. La norma sólo la concede respecto a los actos que el funcionario está facultado para autorizar o certificar. Fuera de ello no existe fundamento jurídico para considerar probada otra clase de hechos. De allí se infiere un principio general: el documento público sólo hace prueba plena contra todos, respecto de los actos que se llevan a cabo entre el funcionario y de los que debe dar fe, con arreglo a la ley. El documento público no hace prueba plena tratándose de hechos o circunstancias que al referido funcionario no le constan o de aquellos que, constándole, no están comprendidos dentro de la órbita de sus funciones¹⁹⁶.

¹⁹⁴ Loc. cit.

¹⁹⁵ Rufino Larraud, "Escrituras y actas en la conceptualización notarial", *Revista Notarial*, julio-agosto, México, 1963, apud David Dávila Gómez, *op. cit.*, p. 16.

¹⁹⁶ Apud Eduardo Pallares, "Documentos públicos", *Diccionario de derecho procesal civil*, *op. cit.*, p. 255.

2.6 Documento privado

Contrario al documento público, entendemos por documento privado el que es expedido por particulares o por funcionarios públicos cuando éstos no actúan en ejercicio de sus funciones. La carta que, por ejemplo, firma un notario, es un documento privado a pesar de que él tenga fe pública. Caravantes dice: "Por documento privado se entiende aquel en que se consigna alguna disposición o convenio por personas particulares, sin la intervención de algún funcionario que ejerce autoridad pública, o bien con su intervención, pero sobre actos que no se refieren al ejercicio de sus funciones"¹⁹⁷.

2.7 Diferencia entre escritura y acta notarial

La fe pública es siempre documental; se hace evidente en los documentos notariales que constan en el protocolo del notario. Dichos documentos son las escrituras, las actas y los demás documentos, como los testimonios, copias certificadas y certificaciones.

La actuación del notario, al igual que la actuación de las personas intervinientes en el acto, tiene el propósito de producir el instrumento público. Señalamos, con Jiménez Arnau, que el documento público es el mejor medio de expresión del pensamiento y querer del individuo, el medio para obtener en el futuro la autenticidad, el medio para asegurar la técnica y legalidad del acto, el medio de fijación exacta y permanente para cumplir los efectos del acto, resultando un gran medio legal para hacer cumplir la obligación en él contenida y para ser garante de las partes y terceros. El documento notarial goza de beneficios de los cuales otros documentos carecen. Así, los primeros gozan de valor probatorio pleno, conservando apariencia jurídica de validez en tanto judicialmente no sean declarados nulos¹⁹⁸.

¹⁹⁷ *Ibid.*, p. 260.

¹⁹⁸ *Ibid.*, p. 16.

Pallares sostiene que en nuestro derecho es transparente la distinción entre escritura y acta. Y así, nos dice que la Ley del Notariado del Distrito Federal disponía, en su artículo 100, lo siguiente:

Escritura es cualquiera de los instrumentos públicos siguientes:

i. El original que el notario asienta en folios, para hacer constar uno o más actos jurídicos y que firmado por los comparecientes, el notario autoriza su sello y firma;

ii. El original integrado por lo siguiente:

a) Por el documento en el que el notario consigna uno o más actos jurídicos y que deberá llenar las formalidades que este capítulo establece; ser firmado en cada una de sus hojas y al final por los comparecientes y el notario; lleva el sello de éste en los expresados lugares y agregarse al apéndice con sus anexos. Hará mención de la escritura de la que forma parte y el o los folios en los que se contiene la síntesis a que se refiere el inciso siguiente y,

b) Por la síntesis asentada por el notario en los folios que correspondan, en la que señalen los elementos personales y materiales del o los actos consignados. Dicha síntesis contendrá el número de hojas de que se compone así como una relación completa de sus anexos. Y una vez firmada por los comparecientes será autorizado por el notario con su sello y firma. De igual manera, Acta notarial es el instrumento público original, en el que el notario, a solicitud de la parte interesada relaciona, para hacer constar bajo su fe, uno o varios hechos presenciados por él o que le consten, y que asienta en los folios del protocolo a su cargo con su firma y sello.

Las manifestaciones de voluntad, el consentimiento de las partes, los contratos y demás actos jurídicos constituyen el contenido de las escrituras. Sanahuja distingue la escritura, porque en ésta se enlaza directamente el hecho con la consecuencia jurídica, ya que la voluntad está dirigida a ellos, en tanto que en el acta se mantiene el hecho aislado que producirá consecuencias de tipo jurídico por mandato *ex lege*, no *ex voluntate*. En síntesis, siguiendo la doctrina francesa del acto jurídico, éste es el contenido de las escrituras y de las actas. Igualmente, debido a tal distinción, se llega a la

conclusión de generalizar el contenido de las escrituras a la comparecencia, la exposición, las estipulaciones, el otorgamiento y la autorización; del acta, el requerimiento, la narración del hecho y la autorización. A las escrituras corresponden las declaraciones de voluntad, los actos jurídicos que requieran de la prestación de un consentimiento, así como los contratos de toda clase. La órbita propia de las actas afecta exclusivamente los hechos jurídicos que por su índole peculiar no obligan a que sean clasificados como actas o contratos, independientemente de otros casos en los cuales la legislación notarial establece el acta como manifestación formal adecuada. En nuestro estudio lo que importa de esta distinción es que ambas especies instrumentales (cuya existencia es negada por algunos autores) están reglamentadas por requisitos formales diferentes.

Dávila hace hincapié, para dejar plenamente establecida la distinción entre escritura notarial y acta notarial, que la diferencia está basada de cierta manera en la teoría francesa del acto jurídico, por lo que nos invita a que hagamos referencia a las dos principales teorías del hecho y acto jurídico, con la finalidad de transparentar la trascendencia que se manifiesta en la distinción de los términos enunciados¹⁹⁹.

Señala que la mayor parte de nuestra legislación tomó como modelo para su transformación el sistema francés, que en la época de la codificación era el innovador. Explica que la teoría francesa o el acto jurídico en sentido amplio, a su vez está compuesto de un hecho jurídico en estricto sentido y por el acto jurídico. El hecho jurídico en estricto sentido es el acontecimiento de la naturaleza o del hombre que crea consecuencia de derecho. Este acontecimiento puede ser realizado por la naturaleza, o por el mismo hombre de manera involuntaria o voluntariamente, que produce consecuencias. En cambio, el acto jurídico es la manifestación de voluntad encaminada a la producción de consecuencias de derecho y éstas se producen por una voluntad que el derecho sanciona²⁰⁰.

2.7.1 Conceptualizaciones apropiadas

Visto lo anterior, nos encontramos en condiciones de reiterar que a las escrituras corresponden las declaraciones de voluntad, los actos jurí-

¹⁹⁹ *Op. cit.*, pp. 17-18.

²⁰⁰ *Loc. cit.*

dicos que requieren de la prestación de un consentimiento y los contratos y convenios de toda clase, en tanto que la órbita de las actas afecta únicamente los hechos jurídicos que por su índole peculiar no implican clasificarse como actos jurídicos, aparte de otros casos en los que la legislación notarial establece el acta como una manifestación formal adecuada. Lo que importa de esta distinción es que dichas especies instrumentales se encuentran reglamentadas por requisitos formales distintos. Observamos que son dos momentos diferentes: el acto o hecho es anterior, y el documento le sigue. Reflexionamos, pues, que el acto o hecho por registrar no deba necesariamente condicionar el medio para registrarlo, pues mientras que para algunos casos es determinante o coincidente, para otros no lo es. Por lo mismo, basta observar el sinnúmero de casos que en la vida diaria se manifiestan y que por ello nos dan la razón. Que el contenido determine al continente es tanto como igualar el aspecto material con el aspecto formal de una realidad jurídica²⁰¹.

Concluimos, con Dávila, que la actual clasificación es simple y sencilla, al atribuir así a las actas los hechos jurídicos y a las escrituras los actos jurídicos. Sin embargo, por razones de utilidad consideramos, apoyados en las reflexiones del autor en cita —siguiendo la doctrina de tendencia moderna—, que resultaría mejor encuadrar ambos términos en el concepto único de instrumento notarial, lo que nos llevaría a suprimir la actual división, tal como algunas legislaciones de distintos países lo han hecho y de igual manera algún estado de la República lo consigna. Igualmente es gráfica la práctica que han adoptado algunos notarios dando a sus documentos la denominación de instrumentos sin hacer distinción entre escrituras y actas. Claro es que el fedatario en el acto de interpretación de la voluntad de los comparecientes, observa si está en presencia de un acto jurídico o de un hecho jurídico, pero sin importar la diferencia él lo consigna en su protocolo bajo el principio de que para el caso le impone la ley. Así, el notario asienta siempre en su protocolo la denominación instrumentos, ya sean actas o escrituras²⁰².

²⁰¹ *Ibid.*, p. 18.

²⁰² *Loc. cit.*

2.7.2 Escritura pública

Pallares manifiesta que se le da el nombre de escritura pública a la otorgada ante el notario y autorizada por él. La regla general establece las siguientes partes²⁰³:

- a) El proemio, en el cual se expresan el lugar en que se otorga la escritura, el día de su fecha, el notario ante quien se otorga, los nombres de los testigos instrumentales y de los otorgantes.
- b) Esta segunda parte corresponde a las declaraciones de los otorgantes en las que se dan a conocer los antecedentes del acto o contrato que va a celebrarse.
- c) Esta tercera, se divide en cláusulas. Contiene lo más importante de la escritura, ya que en ella las partes contratantes manifiestan el acto o contrato que celebran.
- d) Es la última parte y contiene las generales de los otorgantes, y las declaraciones relativas al carácter con que intervienen. Esto es, por su propio derecho o en presentación de alguna persona jurídica. Además, el notario declara conocerlos y que le consta su capacidad legal para celebrar el acto o haberlos identificado por medio de otras personas; igualmente hace referencia al pago de los impuestos y al cumplimiento de las leyes fiscales que rigen el acto. Pallares aconseja que debe consultarse la Ley del Notariado en la que se determinan las obligaciones del notario relativas a las formalidades de las escrituras públicas.

También señala que “la escritura pública, hace prueba de aquellos hechos de cuya existencia da fe el notario público, por haberlos presenciado en ejercicio de sus funciones, dentro de la esfera de ellas y con las formalidades de ley”²⁰⁴.

²⁰³ Eduardo Pallares, “Escritura pública”, *op. cit.*, pp. 302-304.

²⁰⁴ *Loc. cit.*

Los hechos deben de ser de tal naturaleza que puedan ser percibidos por medio de los sentidos sin necesidad de poseer conocimientos especiales en la materia de que se trate²⁰⁵.

Mattirolo explica pormenorizadamente dicha fuerza en los siguientes términos: “La plena fe que la ley concede al atestado del funcionario público, se limita evidentemente a los actos y hechos que el funcionario público ha podido y debido acreditar en la ocasión de tiempo y lugar en que se formó el documento”²⁰⁶.

Pallares sostiene, además, que por esto es necesario tener claro lo siguiente:

- a) Que el funcionario público haya podido acreditar los hechos y los actos de que se trata, con sus propios sentidos; o sea, para valernos de la expresión de Domoulin, que tenga de dichos hechos *notitiam scientiam, propriis sensibus, visus et auditus*.*
- b) Que las cosas atestiguadas por él sean de las que él, por razón de su ministerio, pueda imprimir el carácter de fe pública.
- c) Que la declaración del oficial autorizante se refiera al tiempo y lugar en que se procede al otorgamiento del acto.

En consecuencia, conviene ante todo distinguir en el documento público lo que el notario afirma como sucedido en su presencia de lo que en el mismo documento resulte declarado y afirmado por las partes, porque a estas últimas declaraciones no se extiende el valor absoluto del documento público. En efecto, si las partes llegan ante un funcionario público a una declaración referente a hechos pasados o en general a hechos no sucedidos en presencia del notario, éste, al autorizar el documento podrá, sí, atestiguar la realidad de la declaración hecha, pero no la verdad de los hechos comprendidos en la

²⁰⁵ Loc. cit.

²⁰⁶ Loc. cit.

* Conocimiento por sus propios sentidos, vista y oídos.

misma, y por esto el documento público acreditará de un modo absoluto que la declaración fue hecha en su presencia, pero siempre se podrá, en virtud de una prueba en contrario, impugnar la verdad de lo contenido en la declaración. Así, por ejemplo, si en un documento público de venta de inmuebles el notario declara que el pago del precio fue hecho en su presencia, no se podrá discutir la verdad del pago a no ser por el medio excepcional de la querrela de falsedad. Por el contrario, si el documento notarial atestigua que los contratantes declararon que el precio de venta fue entregado en otro tiempo, o de cualquier otro modo hicieron referencia a hechos, convenios o inteligencias, anteriormente acaecidas, para impugnar la verdad de tales declaraciones no será necesario recurrir a la querrela de falsedad, sino que bastará simple prueba en contrario que sea admisible según los principios generales del derecho.

En segundo lugar, también por lo que se refiere a la declaración del funcionario público, es menester distinguir si éste tiene mandato y poder para autenticar lo que excede de sus atribuciones; si en un documento público el notario declara que el testador o el promitente estaba en su sana razón, la verdad de este hecho podrá ser combatido con prueba en contrario al tenor del derecho común porque el notario no tiene ni mandato ni capacidad para acreditar de un modo auténtico el estado mental del autor. Lo mismo se deberá decir de la declaración del notario que las partes y los testigos son mayores de edad, y en general de todas las declaraciones que excedan de los límites de las funciones y del ministerio del funcionario público autorizante.

Por último, es preciso que bien se trate de hechos o declaraciones acaecidos que excedan de los límites de las funciones y del ministerio del funcionario público (esto es, las hechas *ex intervallo*), no sirven para completar, y menos aún para invalidar los resultados del acto.

En el documento público, lo mismo que en las escrituras privadas, existe la parte dispositiva y la parte enunciativa. La parte primera es la que constituye la esencia del acto, esto es, contiene su verdadero objeto, determina las obligaciones que las partes se propusieron constituir y regular, el hecho jurídico que se quiso establecer. En cambio, las enunciativas consisten en aquellas declaraciones puramente accesorias en que se hace mención de los preliminares del acto, o de circunstancias no esenciales, que por esto se podrían en todo caso suprimir, sin que quedase modificado el hecho o la

convención jurídica a cuya certificación tiene el documento escrito.

Ahora bien, ¿cuál será el valor de estas enunciaciones? El legislador italiano, siguiendo las vías que trazaron los códigos anteriores, y señaladamente las del francés, responde del modo siguiente: “Tanto el documento público como la escritura privada, hacen prueba plena entre las partes, aun de aquellas cosas que no hayan sido expresadas más que de un modo enunciativo, siempre que la enunciativa tenga relación directa con la disposición. Las enunciativas extrañas a la disposición no pueden servir más que de un principio de prueba por escrito”²⁰⁷.

Explica Barragán²⁰⁸ que el acto público notarial denominado *escritura pública* tiene como destino, por su propia naturaleza, contener en sí mismo, autenticándolo, un acto jurídico o declaración unilateral de voluntad (testamento, reconocimiento de hijo natural) o un negocio o contrato (compraventa, sociedad), a los cuales puede dar existencia jurídica, de modo que sin la escritura pública el contrato no existe (compraventa de inmuebles, constitución de hipotecas), en cuyo caso la escritura es constitutiva, o solamente le sirve de medio o condición para su eficacia, o sea, para que se produzcan determinados efectos, o simplemente sea un elemento indiferente, sin perjuicio del valor legitimante y probatorio (contrato de arrendamiento).

Cabe señalar que ésta es también otra característica del notariado latino, ya que la escritura pública destinada a ser producida en copias auténticas, bajo la firma y sello del notario en cuyo poder y bajo custodia se halle el respectivo protocolo, copias que, como regla general y para todos los fines, tienen el propio valor que tienen los originales²⁰⁹.

2.8 Estructura del acta notarial

El artículo 125 de la vigente Ley del Notariado para el Distrito Federal establece que el acta notarial es el instrumento público original en el que el notario, a solicitud de la parte interesada, relaciona, para hacer constar bajo

²⁰⁷ *Ibid.*, p. 29 y ss.

²⁰⁸ Alfonso M. Barragán, *Manual de derecho notarial*, Bogotá, Temis, 1979, p. 45.

²⁰⁹ *Loc. cit.*

su fe, uno o varios hechos presenciados por él o que le consten, y que asienta en los folios del protocolo a su cargo con la autorización de su firma y sello.

Pérez Fernández del Castillo²¹⁰, al referirse a la escritura del acta notarial, explica que tanto ésta como su sistema de redacción son los mismos de la escritura pública: proemio, antecedentes, representación, generales, certificación y autorización.

Advierte que, a diferencia de la escritura pública, no existen cláusulas, pues no hay otorgamiento de voluntad.

Las disposiciones de la referida Ley del Notariado relativas a la escritura serán aplicadas a las actas en cuanto sean compatibles con la naturaleza de éstas, o de los hechos materiales de estas mismas (artículo 126).

Las actas se redactan en forma distinta unas de otras, en virtud de que cada una tiene características propias, por lo que es difícil dar ejemplos de redacción. Sin embargo, Pérez Fernández del Castillo describe algunas de las partes que pudieran constituir la estructura de un acta²¹¹.

- a) Proemio: se menciona el lugar, la fecha, el nombre y número del notario, así como el del compareciente o solicitante, y la calificación del acta. A diferencia de la escritura pública, la fecha y el lugar tienen que ser más precisos, pues, por ejemplo, en un requerimiento debe asentarse el lugar exacto donde se llevó a cabo la diligencia y no sólo la fecha, sino también la hora. En cuanto a la calificación del acta, es conveniente establecerla siempre en el proemio y especificar si se trata de una protocolización, de una fe de hechos, de un cotejo, etcétera. Así podría decir: “En la delegación Cuauhtémoc, Distrito Federal, siendo las veinte horas con cincuenta minutos del veinticinco de febrero de mil novecientos ochenta y seis, yo [...] Notario público número [...] constituido en la casa cuatro de las calles de [...] Hago constar:

²¹⁰ Bernardo Pérez Fernández del Castillo, “Cuestiones de técnica notarial en materia de actas”, Ponencia presentada en la III Jornada Notarial Iberoamericana, Palma de Mallorca, del 17 al 20 de junio de 1987, *Revista de Derecho Notarial*, año xxxi, núm. 96, junio de 1987, México, pp. 73-75.

²¹¹ *Loc. cit.*

- b) Antecedentes: en las actas se relacionan todos los hechos que dieron motivo a la comparecencia ante notario. Como lo mencioné antes, el notario no actúa de oficio, sino debido a la *rogatio*²¹², lo cual debe relacionarse en los antecedentes. Asimismo, si se trata de una protocolización del acta de asamblea, se tendrá que relacionar el dato del registro del libro donde se encuentra asentada. Si se trata de una asamblea extraordinaria, el permiso correspondiente de la Secretaría de Relaciones Exteriores será transcrito en esta parte del acta, y así, según el caso.
- c) Representación: en algunas actas el solicitante de la actuación notarial lo hace en representación o interés de una persona física o moral; por lo tanto, tendrá que acreditar su carácter de representante con los documentos adecuados.
- d) Generales: al igual que en la escritura pública, el solicitante declara cuáles son sus generales, pero tratándose de notificaciones, interpelaciones, requerimientos, protestos de documentos mercantiles y otras diligencias, de acuerdo con el artículo 85, fracción I, basta mencionar el nombre y apellidos sin necesidad de agregar sus demás generales.
- e) Certificaciones: el notario, al extender en un acta certifica la verdad de los hechos relacionados; que conoce a los comparecientes o que los identificó con determinados documentos; que lo inserto y relacionado concuerda con sus originales; que les leyó el acta y les hizo las explicaciones necesarias, y quiénes firmaron y quiénes se negaron a hacerlo.
- f) Autorización: la autorización del acta, así como la de la escritura, es el acto de autoridad de su autor. Para que tenga plena validez, el notario la autoriza con su firma y sello. En algunos casos se requiere

²¹² Rogación: (del latín 'Rogatio, -onis') f. Acción de rogar. Es la elección que del notario hacen las partes solicitándole su intervención. Luis Carral y de Teresa, "Relaciones notariales. Rogación", *Derecho notarial...*, op. cit., p. 80.

la firma de los comparecientes. Cuando se trate de notificaciones, interpelaciones, requerimientos, protestos de documentos mercantiles y otras diligencias en las que pueda intervenir el notario, podrán autorizarse definitivamente aun cuando no hayan sido firmadas por las partes (artículo 85, segundo párrafo).

2.9 Forma, formalismo y formalidades

Es frecuente en la práctica y en la doctrina confundir formalismos con formalidades, por ello algunos autores al referirse a la forma en realidad se están refiriendo a las formalidades o formalismos. Pérez Fernández del Castillo define a la forma como “el signo o conjunto de signos por los cuales hace constar o se exterioriza la voluntad del o de los agentes de un acto jurídico y del contrato”²¹³. Y los formalismos o formalidades como “el conjunto de normas establecidas por el ordenamiento jurídico o por las partes, que señalan cómo se debe exteriorizar la voluntad, para la validez del acto jurídico y del contrato”. En estas definiciones se establece la distinción entre la forma, como elemento de existencia del contrato, y los formalismos o formalidades como elementos de validez.

Haciendo una breve referencia a la evolución de los formalismos o formalidades dentro del derecho civil y a sus diversas clasificaciones, el mismo autor manifiesta que los formalismos han ido variando espacial y temporalmente, de acuerdo con el cambio de las diversas técnicas legislativas. Dicha evolución, en cierta manera, se relaciona con la evolución cultural del hombre. En un principio los formalismos eran esencialmente religiosos, pues se realizaban a través del sacerdote que intervenía como elemento mágico en toda contratación. Posteriormente, en el derecho romano, adquiere un matiz de tipo civil. En este derecho se observa un cambio de los formalismos del inicio al fin de su vigencia. Si al principio eran casi mágicos y complicados, al final se simplificaron. Sin embargo, tal evolución no es obstáculo para sostener que ese derecho fue formalista, que la modificación en los formalismos hacia una mayor

²¹³ Bernardo Pérez Fernández del Castillo, *Derecho notarial*, México, Porrúa, 2000, pp. 66-71.

simplicidad no los hizo desaparecer: “Si el formalismo acaso no se originó en el derecho romano, en cambio floreció en él con un vigor particular”²¹⁴.

Como ejemplo de evolución de los formalismos a través del tiempo, Pérez Fernández del Castillo refiere los modos de transmisión de propiedad que van de la *mancipatio*²¹⁵ a la *in jure cessio*, y de ésta a la *traditio*²¹⁶.

El primer modo era la *mancipatio*, un procedimiento que únicamente podían llevar a cabo los ciudadanos romanos comerciantes. Su fin era la *res Mancipi*, que se celebraba en presencia de cinco testigos ciudadanos romanos, de un portabalanza, una balanza y un trozo de bronce (*randusculum*)²¹⁷. Por este procedimiento, quien había de adquirir la propiedad (*mancipio accipiens*) golpeaba uno de los platos de la balanza con el trozo de bronce —como símbolo del precio— al tiempo que pronunciaba una fórmula solemne afirmando que la cosa la hacía suya.

El segundo modo, es decir, la *in jure cessio* tuvo un origen procesal, se trataba de un juicio “ficticio” en el que quien enajenaba y quien adquiriría comparecían delante del pretor del tribunal de Roma y del presidente en las provincias. La cosa debía estar presente y sobre ella el adquiriente ponía la mano y afirmaba ser el propietario. Seguidamente el magistrado preguntaba al cedente si no había oposición. Si éste no protestaba, el magistrado declaraba propietario al adquiriente²¹⁸.

La *traditio* constaba de formalismos que inicialmente consistieron en la entrega física del bien, con la intención por parte del enajenante de transmitir la propiedad y del comprador de adquirirla. Posteriormente, la entrega fue simbólica *per catam* o mediante la cláusula *vendidit et tradidit*

²¹⁴ Apud Bernardo Pérez Fernández del Castillo, op. cit., p. 67.

²¹⁵ Nelson Nicolliello, “Mancipatio (pronunc. ‘mancipatio’). Sust: emancipación. Cesión de capacidad al menor. Cesión de bienes de la propiedad original.” Cfr. *Diccionario del latín jurídico*, op. cit., p. 187.

²¹⁶ Traditio (pronunc. ‘tradicio’). Tradición o entrega. Apud Nelson Nicoello, op. cit., p. 274.

²¹⁷ Res: cosa. Todo objeto susceptible de proporcionar alguna utilidad al ser humano. Las cosas como tal, sólo tienen sentido en cuanto a su relación con las personas, de donde surgen lo que llamamos derechos de propiedad, de uso, etcétera. Apud Sócrates Jiménez y Santiago Triana, op. cit., p. 307.

²¹⁸ Loc. cit.

(vendió y entregó)²¹⁹. En la *traditio* son imprescindibles tres elementos: la entrega física de la cosa; la intención por parte del enajenante de transmitir la propiedad de la cosa vendida y la voluntad del adquirente de adueñársela; y, por último, la justa causa o causa eficiente de la transmisión, que normalmente era el contrato²²⁰.

Es indudable que el desarrollo de la forma en el derecho romano se debe a que el pueblo romano era materialista y en consecuencia no podía considerar que la sola voluntad de las partes creara obligaciones y transmitiera el derecho de propiedad. Era necesario confirmar esa voluntad con actos exteriores para poder convencerse y probar a través de signos sacramentales que había acuerdo de voluntades, pues se daba poca importancia a los aspectos espirituales. En cambio, el derecho canónico, más interesado por lo espiritual y preocupado por los aspectos interiores de la voluntad, concedió mayor importancia a la intención de las partes y al consentimiento expresado, sin necesidad de sujetarse a formalidades, lo que dio paso al consensualismo²²¹.

Las formalidades en los actos jurídicos se han clasificado en *ad solemnitatem* y en *ad probationem*. Los formalismos *ad solemnitatem* son los necesarios para la existencia del acto o contrato jurídico, ya que su falta produce la inexistencia del mismo. A esta formalidad se le llama también *ad substantiam*, “porque esta forma en los actos jurídicos es sustancia, de tal manera que no existen si no se sujetan a la forma ordenada”²²².

Igualmente, Carrara expresa: “el legislador al prescribir la forma *ad solemnitatem* la prescribe con carácter obligatorio: como un elemento esencial del negocio, de tal suerte que no nacen, no se crean derechos y obligaciones, entre las partes, si la forma no ha sido observada”²²³.

Cabe señalar que los formalismos *ad probationem* son formalidades no necesarias ni para la existencia ni para la validez del acto jurídico, sino sólo

²¹⁹ Loc. cit.

²²⁰ Loc. cit.

²²¹ Bernardo Pérez Fernández del Castillo, *op. cit.*, p. 68.

²²² Luis Antonio Guillén Díez-Picazo, *apud* Bernardo Pérez Fernández del Castillo, *op. cit.*, p. 72.

²²³ *Ibid.*, p. 72.

para probarlo eficazmente. El acto es válido aunque los formalismos legales no hayan sido observados²²⁴.

Por su parte Cárdenas Camacho, refiriéndose a la forma, observa que los contratos se clasifican en consensuales, formales y solemnes²²⁵. Los primeros son aquellos que no requieren de forma o formalidad alguna para su perfeccionamiento, ya que basta con que exista consentimiento para que éste produzca sus efectos. El contrato formal, explica este autor, es aquel para cuyo perfeccionamiento la ley exige determinada formalidad, que es, por regla general, escrita. Por lo que hace al contrato solemne, es aquel para cuya existencia misma del contrato requiere cierta forma que se traduce, generalmente, en una serie de requisitos que se proyectan sobre el acto o negocio jurídico en el momento de su celebración.

La solemnidad es un elemento de existencia y validez tanto en el testamento como en el contrato de matrimonio.

Joaquín Escriche define la solemnidad de la siguiente manera: “Las formalidades que prescriben las leyes para que un acto o instrumento sea válido o auténtico y haga prueba en justicia respecto a lo solemne”²²⁶. El mismo autor da la siguiente definición: “Dícese de un acto o instrumento que es auténtico y está revestido de todas las formalidades establecidas por las leyes para hacerlo válido.”²²⁷

2.10 Clases de testamentos

La palabra *testamento* proviene del latín: *testamentum*, que para Justiniano y Alfonso X, el Sabio, procede de *testatio-mentis*, o sea, el testimonio de la mente. Otros autores ven en dicho vocablo un juego de palabras que

²²⁴ Loc. cit.

²²⁵ Alejandro Cárdenas Camacho, “Forma”, *Nuevo diccionario jurídico mexicano*, México, Cárdenas Editor, pp. 1722.

²²⁶ Joaquín Escriche, *op. cit.*, t. III, p. 1545.

²²⁷ Loc. cit.

derivan de *testibus-mnetius*, esto es, la mención de los testigos, por la necesidad de testar frente a testigos²²⁸.

Mateos propone lo siguiente:

El testamento es un acto jurídico que contiene la expresión de la voluntad del testador, y por naturaleza es esencialmente revocable, pues sólo se confirma por la muerte de aquél. En consecuencia, el testamento no tiene los caracteres de un contrato, porque el testador no necesita del consentimiento de otra persona para que su voluntad subsista y no tiene por objeto crear derechos y obligaciones entre él y los herederos que lo instituyen. El testamento es también un acto solemne porque para su validez y existencia es preciso que sea otorgado con todas las formalidades que prescribe la ley²²⁹.

El Código Civil para el Distrito Federal establece que el testamento es un acto personalísimo, revocable y libre, por el cual una persona capaz dispone de sus bienes y derechos, y declara o cumple deberes para después de su muerte (artículo 1295).

El testamento, en cuanto a su forma, es ordinario o especial (artículo 1499).

El ordinario puede ser: i) público abierto; ii) público cerrado; iii) público simplificado; y iv) ológrafo (artículo 1500).

El especial, puede ser: i) privado; ii) militar; iii) marítimo y iv) hecho en país extranjero (artículo 1501).

En el capítulo dedicado al testamento público abierto, el mismo Código Civil para el Distrito Federal establece:

²²⁸ Ingrid Brena Sesma, "Testamento", *Nuevo diccionario jurídico mexicano*, México, Porrúa-UNAM, 2001, p. 3660.

²²⁹ Apud Froylán Bañuelos Sánchez, *De la interpretación de los contratos y de los testamentos*, México, Cárdenas Editor, 1975, pp. 131-132.

2.10.1 Testamento público abierto

Testamento público abierto es el que se otorga ante notario, de conformidad con las disposiciones de este capítulo (artículo 1511).

El testador expresará de modo claro y determinante su voluntad ante el notario.

El notario redactará por escrito las cláusulas del testamento, sujetándose estrictamente a la voluntad del testador y la leerá en voz alta para que éste manifieste si está conforme. Si lo estuviere, firmarán la escritura el testador, el notario y, en su caso, los testigos y el intérprete, asentándose el lugar, año, mes, día y hora en que hubiere sido otorgado (artículo 1512).

En los casos previstos en los artículos 1514, 1516 y 1517 del código, así como cuando el testador o el notario lo soliciten, los dos testigos deberán concurrir al acto de otorgamiento y firmar el testamento (artículo 1513).

Los testigos instrumentales a que se refiere este artículo podrán intervenir, además, como testigos de conocimiento.

Cuando el testador declare que no sabe o no puede firmar el testamento, uno de los testigos firmará a ruego del testador y éste imprimirá su huella digital (artículo 1514).

El que fuere enteramente sordo, pero que sepa leer, deberá dar lectura a su testamento; si no supiere o no pudiere hacerlo, designará a una persona que lo lea a su nombre (artículo 1516).

Cuando el testador sea ciego o no pueda o no sepa leer, se dará lectura al testamento dos veces: una por el notario, como está prescrito en el artículo 1512 y otra, en igual forma por uno de los testigos u otra persona que el testador designe (artículo 1517).

Cuando el testador ignore el idioma del país, si puede escribirá su testamento, que será traducido al español por el intérprete a que se refiere el artículo 1503. La traducción se transcribirá como testamento en el respectivo protocolo y el original, firmado por el testador, el intérprete y el notario, se archivará en el apéndice correspondiente del notario que intervenga en el acto.

Si el testador no puede o no sabe escribir, el intérprete escribirá el testamento que dicte aquél, y leído y aprobado por el testador se traducirá al español por el intérprete que debe concurrir al acto. Hecha la traducción, se procederá como se dispone en el párrafo anterior. Si el testador no puede o no sabe leer, dictará en su idioma el testamento al intérprete. Traducido se procederá como establece el párrafo primero de este artículo.

En este caso, el intérprete podrá intervenir, además, como testigo de conocimiento (artículo 1518).

Las formalidades expresadas en este capítulo se practicarán en un solo acto, que comenzará con la lectura del testamento, y el notario dará fe de haberse llenado aquéllas (artículo 1519).

Faltando algunas de las referidas solemnidades, quedará el testamento sin efecto y el notario será responsable de los daños y perjuicios e incurrirá, además, en la pena de pérdida de oficio (artículo 1520).

La vigente Ley del Notariado para el Distrito Federal establece que siempre que ante un notario se otorgue un testamento, deberá dar aviso al Archivo General de Notarías, dentro de los cinco días hábiles siguientes, en el que expresará la fecha del otorgamiento, el nombre y demás generales del testador, y recabará la constancia correspondiente. En caso de que el testador manifieste en su testamento los nombres de sus padres, se incluirán dichos nombres en el aviso (artículo 121).

El Archivo llevará un registro especialmente destinado a asentar las inscripciones relativas a los testamentos con los datos que se mencionan en el artículo anterior y entregará informes únicamente a notarios y a jueces legitimados para hacerlo. A ninguna otra autoridad, así fuera de jerarquía superior, se entregarán informes sobre dichos actos ni los servidores públicos encargados podrán proporcionar datos relativos a persona alguna fuera del supuesto que señala el artículo anterior (artículo 122).

Los jueces y los notarios ante quienes se tramite una sucesión recabarán los informes de los archivos oficiales correspondientes acerca de si éstos tienen registrados testamentos otorgados por la persona de cuya sucesión se trate y, en su caso, los datos de otorgamiento de dicho testamento (artículo 123, párrafo 1).

2.10.2 Testamento público cerrado

El Código Civil vigente para el Distrito Federal dedica al establecimiento del testamento público cerrado los artículos 1521 al 1549. El testamento público cerrado es el escrito por el testador o por otra persona a su ruego, en el cual todas las hojas irán rubricadas y la final firmada. Si fuera otra la persona que firmara por el testador, ella deberá estar presente a la entrega del pliego cerrado. El testamento se entregará al notario en presencia de tres testigos en un sobre cerrado, lacrado y con la firma del testador, los testigos y el notario.

Al momento de la entrega, el testador declarará que ese pliego contiene su última voluntad. El notario dará fe de la entrega del documento que el testador afirma en su testamento cerrado y, autorizado el documento, se devuelve al testador. El notario asentará en el protocolo el lugar, hora, día, mes y año en que el testamento fue autorizado y entregado. El testador puede conservar el testamento en su poder o darlo en guarda a persona de su confianza o depositarlo en el archivo judicial. Cuando el testador muera y el juez reciba un testamento cerrado, hará comparecer al notario y a los testigos que concurrieron al otorgamiento para que reconozcan sus firmas y las del testador; declararán también, si es el caso, que el testamento está cerrado y lacrado como en el acto de la entrega. Los sordomudos, sólo sordos o sólo mudos pueden elaborar testamento público cerrado con las prevenciones y formalidades que la ley establece para estos casos especiales²³⁰.

2.10.3 Testamento público simplificado

El testamento público simplificado está comprendido en el artículo 1549 bis del Código Civil para el Distrito Federal. Es el testamento que se otorga ante notario respecto a un inmueble destinado o que vaya a destinarse a vivienda por el adquiriente, en la misma escritura que consigne su adquisición o en la que se consigne la regularización de un inmueble por autoridad de la administración pública; siempre que se cumplan los requisitos de dicha disposición legal, respecto al límite del precio o de su valor de avalúo. El testador instituirá uno o más legatarios con derecho de acrecer, salvo designación de sustituto. Si el legatario fuera incapaz al momento de la protocolización del bien y no estuvieran sujetos a patria potestad o tutela, el testador podrá designarle un representante legal. Ante la pluralidad de adquirientes, cada copropietario puede disponer de su porción lo mismo que el casado por sociedad conyugal. Los legatarios recibirán el legado con la obligación de dar alimentos a los acreedores alimentarios, si los hubiere, en la proporción que el valor del legado represente en la totalidad del acervo hereditario del autor. Los legatarios podrán reclamar directamente la entrega del inmueble y no les son aplicables otras disposiciones del Código Civil en los términos del artículo 876 bis del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal²³¹.

²³⁰ Ingrid Brena Sesma, *op. cit.*, p. 3661.

²³¹ *Loc. cit.*

2.10.4 Testamento ológrafo

Por lo que hace al testamento ológrafo, es el que podrán otorgar sólo los mayores de edad, escrito de puño y letra por el testador, y firmado por él, con expresión del día, mes y año en que se elaboró. Será redactado por duplicado y cada ejemplar llevará impresa la huella digital del testador. El original, en sobre sellado y lacrado, se depositará en el Archivo General de Notarías, asistiendo al depósito dos testigos. El encargado del Archivo recibirá el sobre, anotará qué contiene la última voluntad del interesado según lo afirma él mismo y lo archivará. El duplicado con las anotaciones de ley debe quedar en poder del testador; en los dos sobres se pondrá el lugar y la fecha en que se hace el depósito, así como las firmas del testador, del encargado de la oficina y de los testigos. Hecho el depósito, el encargado del Archivo tomará razón de él en el libro respectivo. El juez, ante quien se tramite el juicio sucesorio, pedirá informe al encargado del Archivo General de Notarías acerca de si en su oficina se ha depositado algún testamento ológrafo para que, en su caso, sea remitido. Sólo cuando el original depositado haya sido destruido o robado se tendrá como formal testamento el duplicado. Cualquier alteración en el texto de las anotaciones hecha en el sobre que contiene el original, o en el duplicado, en su caso, o que el sobre se encuentre roto o violado, acarrearán la nulidad del testamento (artículos 1550-1564 del Código Civil)²³².

2.10.5 Testamento privado

En lo tocante al testamento privado, el Código Civil para el Distrito Federal indica, en los artículos 1565 al 1578, lo siguiente: se permite la elaboración de este testamento en circunstancias especiales cuando: a) el testador sea atacado de una enfermedad tan violenta y grave que no dé tiempo para que concurra a un notario; b) no haya notario en la población o juez que lo sustituya o habiéndolos no puedan concurrir al otorgamiento; c) entren en campaña o se encuentren prisioneros los militares o asimilados al ejército; este testamento se otorga con la declaración en presencia de los demás. En los casos de suma urgencia bastarán tres testigos, y no será necesario redactar el testamento por escrito si los testigos no saben escribir. Después de la muerte del otorgante los testigos deberán declarar ante el juez cuáles fueron las disposiciones del testador, el lugar, día, hora, mes y año en que se otorgó

²³² Loc. cit.

el testamento; si reconocieron, vieron y oyeron claramente al testador, y si éste se encontraba en su cabal juicio y libre de cualquier coacción; el motivo por el que se otorgó el testamento privado, y si saben que el testador falleció o no de la enfermedad o en el peligro que se hallaba y sin que hubiera oportunidad para mejorar la forma de su testamento. Si los testigos fueron idóneos y estuvieron conformes en las circunstancias exigidas por la ley, el juez declarará que sus dichos son el formal testamento de la persona de que se trate. El testamento privado sólo surtirá efectos si el testador fallece de la enfermedad de que se trate. El testamento privado sólo surtirá efectos si el testador fallece de la enfermedad o del peligro en que se hallaba dentro de un mes de desaparecida la causa que lo autorizó²³³.

2.10.6 Testamento militar

El testamento militar está previsto en los artículos 1579 al 1582 del citado Código Civil vigente. Este testamento puede ser otorgado por los militares, los asimilados al ejército y los prisioneros de guerra, en forma oral frente a dos testigos, antes de entrar en acción de guerra o estando heridos en el campo de batalla.

Igualmente, lo pueden otorgar entregando a los testigos sus últimas disposiciones por escrito en un pliego cerrado, firmado de su puño y letra. A la muerte del militar o asimilado, el sobre será entregado al jefe de la corporación a la que pertenecía el testador y aquél lo remitirá a la Secretaría de la Defensa Nacional para que lo haga llegar a las autoridades judiciales. Otorgado oralmente, los testigos que recibieron las disposiciones instruirán de ellas al jefe de la corporación, quien dará parte del acto a la Secretaría de la Defensa y ésta a la autoridad judicial competente a fin de que se cumplan los deseos del militar muerto²³⁴.

2.10.7 Testamento marítimo

Del testamento marítimo se ocupan los artículos 1583 al 1592 del referido Código Civil. Pueden otorgar este testamento quienes se encuentren en altamar, a bordo de barcos de la Marina Nacional, sean de guerra o mercantes. Se elaborará escrito por duplicado ante dos testigos, en presencia del capitán del

²³³ Loc. cit.

²³⁴ Loc. cit.

barco; si es éste quien lo otorga, se requerirá la presencia del segundo de a bordo. El testamento se conservará entre los papeles más importantes de la embarcación y de él se hará mención en la bitácora o diario de navegación. A la llegada del barco a puerto extranjero, el capitán entregará un ejemplar del testamento al agente diplomático, cónsul o vicecónsul mexicano, y posteriormente, al arribar a puerto nacional entregará el otro ejemplar, o ambos si no dejó alguno en puerto extranjero, a la autoridad marítima del lugar. Los agentes diplomáticos, cónsules y las autoridades marítimas levantarán, luego que reciban los ejemplares requeridos, un acta de la entrega, que remitirán con los ejemplares de la Secretaría de Relaciones Exteriores. A la muerte del testador, la Secretaría publicará en los periódicos la noticia para que los interesados promuevan la apertura del testamento. Éste será válido si el testador fallece en el navío durante el viaje, o dentro de los treinta días a contar de su desembarco en cualquier puerto.

2.10.8 Testamento hecho en país extranjero

Al testamento hecho en país extranjero el Código Civil para el Distrito Federal le dedica los artículos 1593 al 1598. Éstos producirán efectos en el Distrito Federal cuando hayan sido formulados de acuerdo con las leyes del país en que se otorgaron. Los secretarios de legación, los cónsules y los vicecónsules mexicanos podrán hacer las veces de notarios o de receptores de los testamentos de los nacionales en el extranjero, en los casos en que las disposiciones testamentarias deban tener su ejecución en el Distrito Federal. Los funcionarios mencionados remitirán copia autorizada de los testamentos que ante ellos se hubieren otorgado a la Secretaría de Relaciones Exteriores para los efectos prevenidos en el artículo 1590. Si el testamento fuere ológrafo, el funcionario que intervenga en su depósito lo remitirá por conducto de la Secretaría de Relaciones Exteriores en el término de diez días al encargado del Archivo General de Notarías. Si el testamento fuera confiado a la guarda del secretario de legación, cónsul o vicecónsul, hará mención de esa circunstancia y dará recibo de la entrega. Por último, el papel en que se extiendan los testamentos otorgados ante los agentes diplomáticos o consulares llevará el sello de la legación o consulado respectivo.

2.11 Sucesiones ante notario

La vigente Ley del Notariado para el Distrito Federal establece, en su artículo 167, que:

Sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 782 del Código de Procedimientos Civiles, las sucesiones en las que no hubiere controversia alguna y cuyos herederos fueren mayores de edad, menores emancipados o personas jurídicas, podrán tramitarse ante notario. El que se oponga al trámite de una sucesión o crea tener derecho contra ella, lo deducirá conforme lo previene el Código de Procedimientos Civiles. El juez competente, de estimarlo procedente, lo comunicará al notario para que, en su caso a partir de esa comunicación se abstenga de proseguir con la tramitación. La apertura de testamento público cerrado, así como la declaración de ser formal un testamento especial, de los previstos por el Código Civil, se otorgará siempre judicialmente.

El artículo 782 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, al que alude la disposición que antecede, señala: iniciado el juicio y siendo los herederos mayores de edad, podrán, después del reconocimiento de sus derechos, encomendar a un notario la formación de inventarios, avalúos, liquidación y participación de la herencia, procediendo en todo de común acuerdo, que constará en una o varias actas. Podrán convenir los interesados que los acuerdos se tomen a mayoría de votos, que siempre será por personas. Y agrega en su segundo párrafo: cuando no hubiere este convenio, la oposición de parte se sustanciará incidentalmente ante el juez que previno.

2.12 El protocolo²³⁵

En España, durante el año de 1503 quedaron establecidas cinco leyes sobre la formación del protocolo y otras disposiciones relativas.

²³⁵ Del v. lat. *protocollum* y éste del v. gr. *protocollum*, que propiamente significa la primera hoja encolada o pegada; de *protocollum*, primero y *protocollum*, pegar) m. Ordenada serie de escrituras y matices y otros documentos que un notario o escribano autoriza y custodia con ciertas formalidades. *Diccionario enciclopédico abreviado Espasa-Calpe*, t. vi, op. cit., p. 803.

La orden, observa Carral y de Teresa, se daba con la finalidad de que el escribano conservase los originales, recogía íntegro y directamente el otorgamiento público, en vez de hacer una relación de éste, por lo que sólo debía dar copias literales²³⁶. Que cada escribano tenga un libro de protocolo encuadernado en el que escriba por extenso las notas de las escrituras, y en las que se contenga toda la escritura por extenso, especificando todas las condiciones y partes y cláusulas y renunciaciones y sumisiones.

Se ordenó en la ley, 1º:

[...] que así como fueren escritas tales notas, los dichos escribanos las lean, presenten las partes y los testigos; y, si las partes las otorgaren, las firmen de sus nombres, y si no supieren firmar, firmen por ellos cualquiera de los testigos, u otro que sepa escribir, el cual, dicho escribano haga mención cómo el testigo firmó por la parte que no sabía escribir, y si en leyendo dicha nota y registro de la dicha escritura, fuese algo añadido o menguado, que el dicho escribano lo haya de salvar y salve, en fin de tal escritura, antes de las firmas, porque después no pueda haber duda de si la dicha enmienda es verdadera o no; y que los dichos escribanos, sean avisados de no dar escritura alguna signada con su signo, sin que primeramente al tiempo de otorgar la nota, hayan sido presentes las dichas partes y testigos y firmada como dicho es [...].

Joaquín Escriche²³⁷ dice que la palabra *protocolo* viene de la voz griega *protos* que significa “en su línea”, y de la latina *collium* o *colatio*, que significa *comparación* o *cotejo*. Explica que entre los romanos *protocolum* era lo que estaba escrito a la cabeza del papel, donde solía ponerse el tiempo de su fabricación; pero entre nosotros *protocolo* tiene tres significaciones, pues se llama así el *minutario* en que el escribano anota brevemente la sustancia de un acto o contrato, la *escritura matriz* que el escribano extiende con arreglo a derecho en un libro encuadernado de pliego entero, y este mismo libro o registro en que el escribano extiende las escrituras matrices a medida que se van otorgando. Esta última significación es la que se halla más en uso; y así se entiende por *protocolo* el libro encuadernado de pliego de papel entero, en que el escribano pone y guarda por su orden las escrituras o instrumentos que

²³⁶ *Derecho notarial y derecho registral*, op. cit., p. 75.

²³⁷ *Op. cit.*, tomo III, p. 1467.

pasan ante él, para sacar y dar en cualquier tiempo las copias que necesiten los interesados, y confrontar o comprobar las que ya se hubiesen dado en caso de dudarse la verdad de su contenido. El protocolo se llama también registro.

Pérez Fernández del Castillo²³⁸ observa que de acuerdo con las noticias más antiguas, el protocolo surge con Justiniano, que en la novela XLV establecía: “También añadimos a la presente ley que los notarios no escriban los documentos en papel blanco sino en el que al principio tenga el nombre del que a la sazón sea gloriosísimo conde de nuestras sacras liberalidades, la fecha en que se hizo el documento y lo que en tales hojas se escribe, y que no corten el protocolo, sino que lo dejen unido.”

En España, la Pragmática expedida por los reyes católicos de Alcalá de Henares el 7 de junio de 1503, decía²³⁹:

Mandamos que cada uno de los escribanos haya que tener y tenga un libro de protocolo, encuadernado de pliego de papel entero, en el cual haya de escribir y escriba por extenso las notas de las escrituras que ante él pasaren, y se hubieren de hacer; en el cual dicha nota se contenga toda la escritura que hubiere de otorgar por extenso, declarando las personas que la otorgan, el día y el mes y el año, y el lugar o casa donde se otorgan, y lo que se otorga; especificando todas las condiciones y partes y cláusulas y renunciaciones y sumisiones que las dichas partes asientan. Y que así como fueren escritas las tales notas, los dichos escribanos las lean, presenten las partes y los testigos; y si las partes las otorgaren, las firmen de sus nombres, y si no supieren firmar, firmen por ellos cualesquiera de los testigos, u otro que sepa escribir, el cual dicho escribano haga mención cómo el testigo firmó por la parte que no sabía escribir [...].

El protocolo, también denominado *Registro de instrumentos*. Se encuadernaba al final de cada año. Este sistema de protocolo abierto se utilizó en la Colonia y el México independiente hasta la Ley de 1901. El descuido de algunos notarios obligó al legislador a cambiarlo por el protocolo cerrado.

²³⁸ Op. cit., pp. 97-107.

²³⁹ Loc. cit.

Efectivamente, la exposición de motivos de esta ley decía:

El método que actualmente siguen los notarios para formar sus protocolos, puede dar origen a multitud de inconvenientes: es fácil observar cómo se manejan ahora, en pliegos sueltos del protocolo, diversas escrituras que se escriban a la vez por varios empleados de las notarías, y se establece un método seguro y fácil: el notario debe llevar su protocolo en libros que se le entregarán encuadernados, empastados sólidamente, foliados y con certificaciones al principio y fin del libro, medio por el cual es casi imposible el fraude ²⁴⁰.

A partir del año 1901 y hasta el primero de mayo de 1994 se utilizó el sistema de protocolo cerrado. El entonces Departamento del Distrito Federal autorizaba hasta diez libros como máximo para utilizar simultáneamente, los cuales presentaban las siguientes características físicas: debía ser un libro encuadernado y empastado, constar de 150 hojas foliadas, esto es, trescientas páginas y una más al comienzo y sin numerar destinada al título del libro²⁴¹.

Igualmente fueron señaladas las dimensiones de las hojas, el espacio utilizable y el que se dejaba en blanco; aquéllas debían ser de papel blanco, uniforme, de 34 centímetros de largo por 24 de ancho, en su parte utilizable, con un margen izquierdo de ocho centímetros, separado por una línea de tinta roja. Este margen debería dejarse en blanco y serviría para poner las razones y anotaciones marginales. Se dejaba siempre en blanco centímetro y medio por el dobléz y otro tanto por la orilla del libro. También se indicaba que para asentar en el protocolo las escrituras y actas se podía utilizar cualquier procedimiento, siempre y cuando fuera firme e indeleble y no se escribían más de 40 líneas por páginas, a igual distancia unas de otras²⁴².

Los libros del protocolo se numeraban progresivamente, y de la misma manera se asentaban las escrituras y actas, o sea, del libro uno máximo autorizado, y al llegar a éste se empezaba nuevamente en el primero y así

²⁴⁰ Loc. cit.

²⁴¹ *Ibid.*, pp. 97-98.

²⁴² Loc. cit.

sucesivamente hasta agotar el juego. La numeración de las escrituras y actas era progresiva, sin interrumpirla de un volumen a otro, aun cuando a alguna se le hubiera puesto la nota “No pasó”. Entre uno y otro instrumento sólo se dejaba el espacio necesario para las firmas y autorizaciones; sin embargo, cuando se fuera a reproducir por algún medio fotográfico, podrían dejarse espacios en blanco que se cubrían con líneas de tintas fuertemente grabadas.²⁴³

Este protocolo fue sustituido en el Distrito Federal por reformas a la Ley del Notariado publicadas en el *Diario Oficial de la Federación* el 6 de enero de 1994, las cuales entraron en vigor por lo que se refiere al protocolo el primero de mayo del mismo año²⁴⁴.

Pérez Fernández del Castillo aclara que la palabra *protocolo* se usa para designar a todos los libros utilizados en una notaría; así se habla de “los protocolos de la notaría número...”, o bien para referirse a un volumen determinado: “protocolo número...”²⁴⁵

La Ley del Notariado para el Distrito Federal, en su artículo 76, primer párrafo, define el protocolo de la manera siguiente:

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

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

²⁴³ Loc. cit.

²⁴⁴ *Ibid.*, p. 99.

²⁴⁵ Loc. cit.

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

El mencionado artículo, en su párrafo tercero expresa: “Los folios que forman el protocolo son aquellas hojas que constituyen la papelería oficial que el notario usa para ejercer la función notarial. Son el sustrato o base material del instrumento público notarial, en términos de esta Ley.”²⁴⁶

El artículo 77 de la vigente Ley del Notariado para el Distrito Federal establece que los instrumentos, libros y apéndices que integren el protocolo deberán ser numerados progresivamente. Los folios deberán utilizarse en forma progresiva por ambas caras y los instrumentos que se asienten en ellos se ordenarán en forma sucesiva y cronológica por el notario, y se encuadrarán en libros que se integrarán por 200 folios, excepto cuando el notario deba asentar un instrumento con el cual rebasaría ese número, en cuyo caso deberá dar por terminado el libro sin asentar dicho instrumento, iniciando con éste el libro siguiente.

Los folios son las hojas que integran la papelería oficial del notario. Son propiedad del Distrito Federal, aunque el notario debe adquirirlos de su peculio. En ellos se asientan en forma original las actas y las escrituras²⁴⁷.

Carral y de Teresa²⁴⁸ informa que la ley reconoce la regla que podemos llamar “Obligación protocolar absoluta”, porque el notario no podrá autorizar acto alguno sin que lo haga constar en los folios que formen el protocolo, salvo los que deben constar en el libro de registros de cotejo.

²⁴⁶ “Apéndice”, Ley del Notariado para el Distrito Federal, publicada en la *Gaceta del Distrito Federal* del 28 de marzo de 2002.

²⁴⁷ Bernardo Pérez Fernández del Castillo, *op. cit.*, p. 99.

²⁴⁸ *Derecho notarial y derecho registral*, *op. cit.*, p. 128.

La nueva ley sólo reconoce un protocolo único, por lo que desaparece el protocolo especial que regulaba el anterior artículo 43²⁴⁹.

El artículo 83 de esta ley vigente se refiere a la razón que el notario debe hacer constar al iniciar la formación de un libro, advirtiendo que la hoja en que se asiente dicha razón no deberá ser foliada y se encuadernará antes del primer folio del libro.

El artículo 85 de dicho orden normativo indica los procedimientos que deben llevarse a cabo para asentar las escrituras y actas en los folios, autorizando el uso de procedimientos de escritura o impresión que sean firmes, indelebles y legibles. La parte utilizable del folio deberá aprovecharse al máximo posible, no deberán dejarse espacios en blanco y las líneas que se impriman deberán estar a igual distancia unas de otras, salvo cuando se trate de la reproducción de documentos, la que podrá hacerse ya sea transcribiendo a renglón cerrado o reproduciendo su imagen por cualquier medio firme e indeleble, incluyendo fotografías, planos y en general cualquier documento gratuito.

El notario no podrá autorizar acto alguno sin que lo haga constar en los folios que forman el protocolo, salvo los que deban constar en los libros de registros de cotejos. Para lo relativo a la clausura del protocolo, se procederá conforme a lo previsto por los artículos 203 y 204 de esta ley (artículo 78).

El artículo 203 señala que al declararse la cesación de funciones de un notario que no esté asociado ni tenga suplente, se procederá a la clausura general de su protocolo por el inspector de notarías designado, con la comparecencia del representante que designe el Colegio. El inspector de notarías asentará la razón correspondiente en los términos antes prescritos.

El artículo 204 establece que a la diligencia referida en el artículo anterior comparecerán, en su caso, el notario que haya cesado en sus funciones, su albacea, interventor o sus parientes y un notario designado por el Colegio. Los presentes formarán un inventario de libros de folios, de libros de registros de cotejo, de folios sin utilizar, apéndices, índices y todos los documentos que haya tenido el cesante en su poder para el desempeño de su función, y otro de los diversos bienes que se encuentren en la notaría. Se entregarán los bienes diversos a quien haya cesado como notario, a su albacea, interventor o parientes, y los libros de folios y demás objetos indispensables para el

²⁴⁹ Loc. cit.

desarrollo de la función notarial al Archivo; un tanto de los inventarios del acta que se levante se entregará a la autoridad competente, otro al Archivo, otro al Colegio y uno más al cesante o a su albacea, interventor o familiares.

El mismo artículo, en su párrafo segundo, expresa que el suplente que deba actuar por el notario que haya cesado en sus funciones recibirá todos los elementos necesarios indicados para el ejercicio de la función y los conservará por un plazo de noventa días naturales sólo para el trámite de los asuntos pendientes. Transcurrido dicho plazo, se clausurará temporalmente el protocolo del cesante en los términos de este artículo y se entregará al Archivo mediante inventario.

2.13 El protocolo consular

La Ley Orgánica de la Administración Pública señala, entre otras facultades correspondientes a la Secretaría de Relaciones Exteriores, la función notarial en el extranjero²⁵⁰.

Artículo 28.- A la Secretaría de Relaciones Exteriores corresponde el despacho de los siguientes asuntos:

[...] II.- Dirigir el servicio exterior en sus aspectos diplomático y consular en los términos de la Ley del Servicio Exterior Mexicano y, por conducto de los agentes del mismo servicio, velar en el extranjero por el buen nombre de México; impartir protección a los mexicanos; cobrar derechos consulares y otros impuestos, ejercer funciones notariales, de Registro Civil, de auxilio judicial y las demás funciones federales que señalen las leyes, y adquirir, administrar y conservar las propiedades de la Nación en el extranjero.

En el mismo sentido, el artículo 44, fracción IV de la Ley del Servicio Exterior Mexicano establece:

²⁵⁰ Bernardo Pérez Fernández del Castillo, *op. cit.*, p. 107.

Corresponde a los jefes de oficinas consulares: “El ejercer funciones notariales en los actos y contratos celebrados en el extranjero que deban ser ejecutados en territorio mexicano, en los términos señalados por el Reglamento. Su fe pública será equivalente en toda la República, a la que tienen los actos de los notarios en el Distrito Federal”.

Por su parte, el Reglamento de la Ley del Servicio Exterior Mexicano dispone:

Artículo 85. En el ejercicio de funciones notariales, las oficinas consulares podrán dar fe, autenticar y protocolizar contratos de mandato y poderes, testamentos públicos abiertos, actos de repudiación de herencias y autorizaciones que otorguen las personas que ejerzan la patria potestad o la tutela sobre menores o incapaces, siempre y cuando dichos actos jurídicos se celebren dentro de su circunscripción y estén destinados a surtir efectos en México.

Artículo 86. Las oficinas consulares asentarán y autorizarán las escrituras que se otorguen ante su fe en su protocolo, autorizado previamente por la Secretaría y elaborado conforme a las disposiciones de la Ley del Notariado para el Distrito Federal.

Molina expresa a este respecto²⁵¹:

1° Que el ejercicio de la función notarial encomendada a los miembros del Servicio Exterior Mexicano es limitado y se concreta a la autorización de actos jurídicos y contratos, no pudiendo intervenir en la autenticación de hechos jurídicos, ni desempeñar las demás funciones propias de los notarios públicos.

2° Que tal ejercicio está supeditado a la condición de que los actos y contratos se ejecuten en territorio mexicano, por lo que no pueden autorizar aquellos que deban ser ejecutados en otro país.

3° Que los jefes de misión diplomática pueden desempeñar las funciones notariales en los lugares en donde no existen representaciones consulares.

²⁵¹ *Práctica consular mexicana*, México, Porrúa, 1970, p. 143, *apud* Bernardo Pérez Fernández del Castillo, *op. cit.*, p. 108.

4° Que el ejercicio del notariado compete exclusivamente a los miembros de carrera del Servicio Exterior, no pudiendo ser desempeñado por funcionarios honorarios.

5° Que los actos y contratos autorizados por los miembros del Servicio Exterior al actuar como notarios públicos, tienen la misma fuerza legal en toda la República que los autorizados por los notarios del Distrito Federal.

6° Que los miembros del Servicio Exterior deben desempeñar sus funciones notariales únicamente dentro de sus respectivos distritos jurisdiccionales.

En lo tocante al tema, el artículo 1594 del Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal establece:

Los secretarios de legación, los cónsules y los vicecónsules mexicanos podrán hacer las veces de notarios o de receptores de los testamentos de los nacionales en el extranjero en los casos en que las disposiciones testamentarias deban tener su ejecución en el Distrito Federal.

El artículo 140 de la Ley del Notariado para el Distrito Federal dice que los poderes otorgados fuera de la República, una vez legalizados o apostillados, y traducidos por perito, deberán protocolizarse para que surtan sus efectos con arreglo a la ley. Esto no aplica a los poderes otorgados ante cónsules mexicanos. Cabe señalar que la citada Ley del Notariado para el Distrito Federal dedica al estudio del notariado los artículos 76 al 99 que corresponden al apartado b de la sección segunda, capítulo ii, referente a la actuación notarial, título segundo que se ocupa del ejercicio de la función notarial.

Cerramos este capítulo señalando como dato relevante que, concluida la conquista de México en 1521, entraron en vigor en la Nueva España las Leyes de Castilla, que fueron reagrupadas en la llamada Recopilación de Indias, donde observamos que el 9 de agosto de 1525 se abre el volumen primero del protocolo de Juan Fernández del Castillo, con el otorgamiento de un instrumento que lleva el número uno, consistente en un mandato conferido por Mendoza Suárez a Martín del Río para cobrar 62.00 pesos

más 4 tomines²⁵² de oro de minas a su deudor Pedro Moya de Contreras²⁵³. Este protocolo de Juan Fernández del Castillo, correspondiente al año antes citado, es el más antiguo que se encuentra en el Archivo General de Notarías del Distrito Federal²⁵⁴.

²⁵² Tomín (del latín *tummi*), moneda de plata que se usaba en algunas partes de América. *Diccionario de la lengua española*, Real Academia Española, 21ª ed., Madrid, Espasa-Calpe, 1992, p. 1992.

²⁵³ Juan Antonio Rubial Corella, *Nuevos temas de derecho notarial*, 2ª ed., México, Porrúa, 2002, p. 6.

²⁵⁴ Froylán Bañuelos Sánchez, *op. cit.*, pp. 92-93; Bernardo Pérez Fernández del Castillo, *Derecho notarial*, *op. cit.*, pp. 17-18; Luis Carral y de Teresa, *op. cit.*, pp. 59-60; y Juan Antonio Rubial Corella, *op. cit.*, p. 6.

Capítulo III

La fe pública

Introducción

La cosa pública es aquella que, en cuanto a la propiedad, pertenece a un pueblo o nación, y en cuanto al uso, a todos los habitantes de su distrito, como los ríos, riberas, puertos y caminos públicos²⁵⁵.

Tratándose de la fe pública, ésta es una convicción colectiva de la cual se encuentra investida la indubitable verdad que emana de la conciencia popular. En el devenir histórico la fe se identifica con la creencia. Y aunque algunos autores la oponen al saber, los hay quienes sustentan que todo saber y, en general toda información, tiene su fundamento en una creencia. Así, muchos entienden por *creencia* una realidad distinta. Sin embargo, comprendida como fe, la creencia dio nacimiento en la Edad Media a las conocidas formas de relación con el conocimiento. Ferrater Mora sostiene que el motivo

²⁵⁵ Joaquín Escriche, *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, tomo I, México, Porrúa, 1979, p. 527.

capital de las especulaciones filosóficas medievales ha sido con frecuencia que la creencia como posesión de la fe constituye el propio punto de partida de toda comprensión²⁵⁶.

La fe pública nos motiva a estimar que mediante ella nos encontramos en presencia de afirmaciones que objetivamente deben ser aceptadas como verdaderas por los miembros de una sociedad civil, en acatamiento del ordenamiento jurídico que lo sustenta²⁵⁷.

En vista de lo complejo de las relaciones jurídicas sociales, se hizo necesario conformar todo un sistema a fin de que pudieran ser aceptados con certeza algunos negocios jurídicos a pesar de no haberse presenciado su realización. Este sistema inicia con la investidura de determinadas personas con una función autenticadora a nombre del Estado, de tal manera que su dicho es una verdad oficial cuya creencia es obligatoria²⁵⁸.

La fe pública conlleva los requisitos siguientes²⁵⁹:

- a) *Evidencia*, que recae en el autor del documento, quien deberá tener conocimiento del acto a fin de que éste produzca efectos para los destinatarios o terceros. Señala Carral y de Teresa (*Derecho notarial*) que antiguamente se decía que el autor recibe el acto y da fe de él.
- b) *Solemidad o rigor formal de la fe pública*, que no es más que la realización de un acto dentro de un procedimiento ritual establecido por la ley.
- c) *Objetivación*, momento en el que el hecho emanado adquiere cuerpo mediante una grafía sobre el papel, configurando el documento que produce la fe escrita previamente valorada por la ley.

²⁵⁶ José Ferrater Mora, Entrada "Creencias", *Diccionario de filosofía*, tomo I, Buenos Aires, Sudamericana, 1965, p. 371.

²⁵⁷ Alicia Elena Pérez Duarte y Noroña, Entrada "Fe pública", *Nuevo diccionario jurídico mexicano*, tomo D-H, México, Porrúa, 2000, pp. 1677-1678.

²⁵⁸ *Loc. cit.*

²⁵⁹ Pérez Duarte y Noroña, *op. cit.*, p. 1678.

- d) *Coetaneidad*, requisito referido a la producción simultánea de los tres anteriores en un solo acto y en la forma prevista por la ley.
- e) *Coordinación legal* entre el autor y el destinatario.

Caracterizan la fe pública la exactitud y la integridad. La primera se refiere a la adecuación entre el hecho y la narración, y provee de eficacia probatoria *erga omnes* al instrumento, en tanto que la segunda proyecta hacia el futuro esa exactitud²⁶⁰.

3.1 Precisiones conceptuales

Pérez Duarte y Noroña señala que existen dos tipos y dos clases de fe pública. Los tipos se dividen en originario y derivado. El primero se da cuando el documento está integrado por la narración inmediata de los hechos percibidos por el funcionario; el segundo se da cuando se actúa sobre documentos preexistentes.

Las clases son las siguientes: fe pública judicial, de la que gozan los documentos de carácter judicial autenticados por el secretario judicial; fe pública mercantil, que tienen los actos y contratos mercantiles celebrados con intervención del corredor; fe pública registral, tanto de los actos consignados en el Registro Civil como el Registro Público de la Propiedad; y, por último, la resplandeciente fe pública notarial, que emana de los actos celebrados ante notario público.

Con frecuencia en textos de filosofía los términos *creencia* y *fe* son usados casi con idéntico significado. Así, la expresión: “creo para comprender”, puede traducirse como: “tengo fe para comprender”. Ahora bien, el vocablo *fe* se emplea preferentemente como *creencia*²⁶¹.

La fe manifiesta evidencia, al margen de opinión o sospecha en las cuales se advierte que falta la adhesión firme del entendimiento. De esta

²⁶⁰ *Loc. cit.*

²⁶¹ *Ibid.*, p. 638.

manera, la voluntad es movida a asentimiento por el acto del entendimiento engendrado por la fe²⁶².

La fe sería imposible si faltase la firme adhesión y asentimiento del entendimiento, que no es algo meramente *subjetivo*, cuando menos en el sentido moderno de este término. Sobre esta idea de la fe se han basado distintas aseveraciones teológicas. Entre las más importantes figuran las dos siguientes: una es la fe implícita, y la otra es la fe explícita. Otra distinta es la distinción entre fe confusa y fe distinta. La fe implícita es la fe en una verdad contenida en otra verdad objeto de fe implícita, de manera tal que la creencia explícita en la segunda verdad implica la creencia implícita en la primera. La fe confusa es la fe del “simple creyente”, el cual vive en una “comunidad de fe” sin que parezca necesario pasar del vivir la fe al conocimiento de ésta. En cambio, “la fe distinta” es la fe del docto, el cual aspira a un conocimiento que, sin separarse de la fe, contribuya a su precisión en la medida de lo posible. De lo expuesto se advierte que no es legítimo equiparar, como a veces se ha hecho, la fe implícita con la confusa y la fe explícita con la distinta. Los que han sostenido la citada equiparación definen lo “implícito” en el sentido de “lo que no está todavía aclarado”, y “explícito” en el sentido de “lo ya aclarado”; olvidando, en consecuencia, que la relación entre fe implícita y fe explícita no es una relación de menor a mayor claridad, sino una relación de implicación. El notario en quien la población deposita su fe como patrimonio de su espiritualidad debe contar con las bases sólidas del entendimiento, y las altas arquerías de la razón, la madura experiencia y la probada honestidad para contener en la verdad la gema preciosa de la fe pública²⁶³.

Joaquín Escriche explica que la fe es la creencia que se da a las cosas por la autoridad del que las dice: la fidelidad en el cumplimiento de las promesas, la confianza y seguridad que uno tiene de conseguir las cosas deseadas o permitidas.

El dictamen de la conciencia en cuya acepción se llama fe a la persuasión en que uno está de que una cosa es suya o ajena, la equidad considerada en los contratos (en este sentido se dice que hay ciertos contratos de buena fe y otros de riguroso derecho), la seguridad o aseveración de que alguna cosa es cierta, y el testimonio o certificación que se da de las certezas de alguna

²⁶² Loc. cit.

²⁶³ Loc. cit.

cosa, como fe de vida, que es la que da el escribano de que alguna persona vive, etcétera.

Dar fe, sostiene Joaquín Escriche, es certificar los escribanos por escrito alguna cosa que ha pasado ante ellos²⁶⁴. Hacer fe es ser suficiente algún dicho o escrito para que se tenga por verdad lo que se intenta probar con ellos. La fe, como el dictamen de la conciencia, se divide en buena y mala.

a) Buena fe

La buena fe no es más que la opinión o creencia en que uno está de que posee legítimamente alguna cosa, como cuando compramos un fundo a un sujeto que creíamos era el propietario o tenía a lo menos poder para enajenarlo, aunque en realidad carecía de estas dos cualidades²⁶⁵.

b) Mala fe

La mala fe es la convicción íntima en que uno se haya de que no posee legítimamente alguna cosa, por haberla tomado sin derecho o adquirido de persona que no podía enajenarla.

Igualmente se llama buena fe, en sentido más general, el modo sincero con quien lo celebra; al paso que por mala fe se entiende el procedimiento en que falta la sinceridad y reina la malicia²⁶⁶.

3.2. La fe en el sentido religioso

Observa Joaquín Escriche que en el lenguaje religioso la fe es la creencia que debemos a los dogmas revelados por Dios y la colección o conjunto de los mismos dogmas²⁶⁷. El conocimiento de las causas de fe perteneció en lo antiguo a los obispos, después al tribunal de la Inquisición y últimamente

²⁶⁴ Loc. cit.

²⁶⁵ Loc. cit.

²⁶⁶ Loc. cit.

²⁶⁷ Loc. cit.

se ha devuelto a los prelados diocesanos por el real decreto del 9 de marzo de 1820 y la real orden de primero de julio de 1835:

Abolido por real decreto de 9 de marzo de 1820 el Tribunal de la Inquisición, a cuyo restablecimiento se resistió constantemente el Sr. Don Fernando VII en los años posteriores de su reinado, debieran todos los RR. Obispos y sus vicarios arreglarse en el conocimiento de las causas de fe a los sagrados cánones y derecho común, según se les previno por dicho decreto: pero con todo, desentendiéndose de su observancia algunos prelados eclesiásticos, se propasaron a establecer en sus respectivas diócesis juntas llamadas de Fe, que eran otros tantos tribunales inquisitoriales, encargados de conocer de todo delito de que antes conocía la extinguida Inquisición, de castigarlo con penas espirituales y aun corporales, y de guardar en su ministerio el más inviolable sigilo. Desde que estas inesperadas novedades llegaron en el año de 1825 a noticia del Gobierno, se apresuró el propio Sr. D. Fernando VII a reprimirlas, mandando a consulta del suprimido Consejo de Castilla que cesasen inmediatamente las juntas establecidas. Su buen celo, sin embargo, y sus providencias, como dictadas para casos particulares, no alcanzaron a remediar el mal que había cundido en otras partes donde ignoraba que existiese. Así es que sorda y abusivamente se fue dando nueva vida al método de sustanciar las causas de fe que había seguido la extinguida Inquisición: método que deteniendo por base un misterioso sigilo, privaba a los acusados de la natural defensa ocultándose los nombres de los testigos, contra lo que previenen los cánones y leyes del reino, contra la práctica de publicidad seguida constantemente de estas causas por los obispos en los siglos anteriores al establecimiento de la Inquisición, en los que supieron sin ella conservar en su pureza el depósito de la fe; y aun contra lo que virtualmente dispone el Breve de Pío VII de 5 de octubre de 1829, inserto en real cédula de 6 de febrero del año siguiente, por el que se mandan admitir las apelaciones en las mencionadas causas hasta que haya tres sentencias conformes, deseando pues, la reina gobernadora evitar para siempre semejantes abusos se ha servido mandar, de conformidad con el dictamen de la sección de Gracia y Justicia del consejo real.

Primero.- Que cesen inmediatamente las Juntas llamadas de Fe o tribunales especiales que puedan existir todavía cualquier diócesis en que se hubiesen establecido.

Segundo.- Que los prelados diocesanos y sus vicarios, en el conocimiento de las causas de fe y de las demás de que conocía el extinguido Tribunal de la Inquisición, se arreglen a la Ley 2ª, tit. Part. 7ª, a los sagrados cánones, y al derecho común.

Tercero.- Que las mencionadas causas se sustancien conforme en un todo a lo que se ejecuta en los demás juicios eclesiásticos, admitiéndose las apelaciones, recursos de fuerza, y otros que procedan de derecho.

Cuarto.- Que en aquellas de cuya publicidad pueda resultar escándalo, u ofensa a las buenas costumbres, se observe una prudente cautela para que no se divulguen, verificándose siempre su vista a puerta cerrada, con asistencia del acusado y su defensor, para quienes en ningún caso habrá cosa alguna secreta ni reservada, como en las de igual clase se practica en los tribunales civiles²⁶⁸.

3.3 La fama

El buen estado del hombre que vive rectamente conforme a la ley y a las buenas costumbres (Ley 4, tít. 6, part. 7), y la opinión pública que se tiene de alguna persona. La primera se dice fama del hombre en sí mismo o simplemente fama del hombre; y la segunda, fama del hombre con respecto a los otros, o simplemente fama entre los hombres²⁶⁹.

En siete apartados, Joaquín Escriche²⁷⁰ hace la diferenciación entre fama pública y rumor. A continuación transcribimos la clasificación propuesta por él:

I

1. En que no hay fama sino cuando toda la población o su mayor parte afirma alguna cosa; y hay sólo rumor cuando no la afirma sino una parte menor, como la mitad, la tercera o la cuarta.

²⁶⁸ Loc. cit.

²⁶⁹ Joaquín Escriche, *op. cit.*, tomo II, pp. 684-685.

²⁷⁰ Loc. cit.

2. En que la fama propiamente dicha trae su origen de personas ciertas; y el rumor es vago sin origen cierto y conocido.

3. En que el rumor es menos que la fama, y prueba menos que ésta, pues la fama es aserción común del pueblo; y el rumor no lo es sino de algunos individuos.

4. En que la fama va creciendo con el tiempo, *vires acquiril eundo*, el rumor suele desvanecerse pronto.

II

1. Que derive de personas ciertas que sean graves, honestas, fidedignas y desinteresadas, no debiendo tomarse en consideración la que nace de personas malélicas, sospechosas o interesadas en ellas.

2. Que se funde en causas probables; de modo que los testigos que depongan sobre la existencia de la fama, no sólo han de manifestar las personas de quienes oyeron el asunto de que se trata, sino que deben expresar también las causas que indujeron al pueblo a creerlo.

3. Que se refiera a tiempo anterior al pleito, pues de otro modo puede presumirse que éste ha dado motivo a ella.

4. Que sea uniforme, constante, perpetua e inconclusa, de modo que una fama no se destruya por otra fama; bien que en concurso de una fama buena y otra mala siempre ha de preferirse la buena, aunque sean tantos los testigos que depongan sobre ésta como los que afirmen aquélla.

III

La fama o notoriedad se reputa probada con el testimonio de dos o tres testigos graves, fidedignos y mayores de toda excepción, cuando juran que así lo siente la mayor parte del pueblo.

IV

La fama, aunque esté aprobada, no hace regularmente por sí misma plena prueba, porque muchas veces es falaz y engañosa, pues como dice el derecho canónico *dictum unius facile sequitur multitudo*. Tiene a veces un hombre el capricho de decir una cosa contra otro sin más fundamento

que el de una noticia inexacta o el de una secreta antipatía cuya causa le es quizás desconocida a él mismo; los oyentes se hacen luego un placer en reproducir su dicho en otras partes; las especies se multiplican y van tomando cuerpo; nace la persuasión y se comunica como un contagio, adóptala insensiblemente el vulgo crédulo que tan fácil es de sorprender, y he aquí formada la fama pública. Un eco que repite los sonidos y los multiplica al infinito; el eco de la voz de un hombre que tal vez habló de chanza, que tal vez quiso desacreditar a un sujeto virtuoso que se oponía a sus perversos designios, o que tal vez se propuso burlarse del público.

v

No será, por lo tanto, la fama pública una prueba suficiente para imponer una pena, porque al efecto se necesitan pruebas más claras que la luz, ni aun para hacer una prisión, y arrastrar a un hombre al tribunal de justicia; pero si existe un cuerpo de delito, será motivo bastante para inquirir, y aun en caso de haber algún indicio contra el sujeto designado por la voz común, podrá procederse contra él, por lo mucho que interesa el evitar que los crímenes queden sin castigo.

VI

En las causas civiles hace la fama pública prueba semiplena, y aun según muchos autores, la hace plena en los casos siguientes:

1º En las cosas antiguas que exceden la memoria de los hombres, pues habiendo perecido por la injuria de los tiempos los documentos legítimos, suelen admitirse pruebas más ligeras.

2º Cuando concurren otros adminículos o presunciones.

3º En las cosas de poco perjuicio y en las causas ligeras.

4º Cuando se trata del interdicto restitutorio, pues entonces, probada la fama pública, debe restituirse la posesión al que se sirve de este remedio.

5º En las cosas que son de difícil prueba.

6º Cuando se trata de evitar un escándalo o delito. Sin embargo, la prudencia del juez debe pesar en cada caso las circunstancias, y examinar con cuidado la mayor o menor fuerza de fama, que rara vez, si acaso alguna, podrá producir los efectos de una prueba completa. *Vera est Baldi*

sentencia, dice Argentreo, famam non esse perse speciem probatoris, sed egere adminiculis et substantia veri, et valere ad inquirendum, non ad judicandum, es circa proparatoria, non circa decisoria.

VII

La buena fama del hombre es una propiedad suya; y el que atentare a ella, se hace su enemigo y se expone a incurrir en varias penas.

3.4 La infamia

La pérdida o lesión del honor y reputación, o sea el descrédito, abominación o mala fama en la que cae alguno por su mal obrar. Puede considerarse como una especie de excomunión civil, pues hace que el que ha incurrido en ella sea excluido del trato de los hombres de bien, que le miran con desprecio y evitan su sociedad.

I

La infamia es de hecho, derecho, pues aunque toda infamia nace de hechos deshonorosos, hay sin embargo algunos hechos de esta clase que el derecho mismo califica de tales, y hay otros que no tienen esta nota sino por la opinión y el juicio de los hombres sensatos y de probidad. Es pues infamia de hecho la que proviene de acciones que en el concepto de las personas honradas son indecorosas o contrarias a las buenas costumbres, aunque la ley no los castigue; e infamia de derecho la que se impone o declara por la ley, sea con independencia de sentencia judicial, sea con dependencia de ella.

II

Como la infamia de hecho pende precisamente del sentir de los hombres, no es posible fijar una regla que sirva en todos los casos para calificar las acciones que la producen. Sin embargo, la ley 2 título 8, parte

7 dice que son infames de hecho:

1º El que no ha nacido de matrimonio legítimo.

2º El infamado por su padre en testamento.

3º El reprendido públicamente por el rey o por el juez, no en juicio sino por vía de corrección, para que mejore de conducta, o para que no entable acusaciones injustamente.

4º El infamado por alguna persona fidedigna que anduviere descubriendo sus yerros en muchas partes, de modo que sea creído y repetido su dicho por las gentes.

5º El sentenciado civilmente al pago o restitución de cosa hurtada o tomada por fuerza.

Mas después de que por la ley 4, título 37, libro 7, Nov. Rec., se ha declarado a los expósitos por capaces de todos los honores y cargos, parece que ya no deben ser reputados infames de hecho a los ilegítimos de cualquiera clase que sean, principalmente si se atiende a que por el hecho de nacer de padres que no están casados entre sí nadie comete una acción buena ni mala. El derecho romano no consideraba infames a los ilegítimos, antes bien los admitía a las dignidades. La razón de esta disposición es que no por el delito ni por la pena del padre puede ni debe recaer mancha alguna sobre el hijo, pues que nadie es responsable sino de sus acciones, y nadie se constituye sucesor del delito ajeno. Este mismo principio se halla establecido en la ley 8, título 1, libro 6 del Fuero Juzgo, según se puede ver al fin del artículo *Hijos de traidores*; y está sancionado por la ley 9, título 5, libro 4 del Fuero Real, donde se asienta que “todo el mal debe seguir al que lo face, que cada uno sufra la pena por lo que ficiere segunt fuero manda, y que el mal se cumpla en aquel que lo ficiere.*

III

La infamia de derecho se subdivide en dos clases, pues o bien se impone por la ley en razón de ciertos hechos del hombre independiente-

* Por eso sabiamente la 5ª Ley Constitucional de México en su artículo 51 establece que “toda pena, así como el delito, es precisamente personal del delincuente, y nunca será trascendental a su familia”.

mente de sentencia judicial, o bien dimanada de una sentencia condenatoria en razón de ciertos delitos. Son infames por la ley:

1° La mujer sorprendida en adulterio.

2° La viuda que se casare o viviere injuriosamente dentro del año de luto, el que a sabiendas contrajere matrimonio con ella dentro de dicho tiempo, y el padre de cualquiera de los que teniéndole en la patria potestad ordenare o dispusiere el enlace; bien que esta especie de infamia ha sido abolida por la ley 4°. tít. 2, lib. 10, Nov. Rec., como puede verse en el artículo Año de luto.

3° El felón, alcahuete o rufián.

4° Los farsantes, remedadores, moharraches o figurones ridículos que andan públicamente por el pueblo o cantan o hacen juegos por precio.

5° Los que lidian por precio con otros hombres o con animales bravos, pues los que así aventuran su vida por dinero, se entiende que por él se arrojarían fácilmente a cualquier maldad.

6° El militar expedido ignominiosamente del ejército por delito

7° El caballero que fuere privado del honor de caballería.

8° Los usureros.

9° Los que quebrantan las transacciones o contratos jurados.

10° Los que cometen pecados nefandos o contra naturaleza.

11° El abogado que hiciere con sus clientes el pacto llamado de *quota litis*, o descubriere los secretos de su parte o diere consejo a la contraria.

12° El acusador que sin licencia del juez abandonare la acusación que contra alguno hubiese puesto.

13° Los que cometen el delito de desafío o duelo.

14° El juez que a sabiendas diere sentencia injusta (leyes 3 y 4, tít. 6, part. 7; leyes 9, 11 y 14, tít. 6; ley 24, tít. 22, part. 3; leyes 17 y 19, tít. 1, part. 7; y ley 2, tít. 20, lib. 12, Nov. Rec).

Son infames por sentencia:

1° Los condenados por razón de traición, falsedad, adulterio u otro delito público.

2° El que viéndose acusado de hurto, robo, engaño u otro delito cometido a terceros, le cohechare o transigiere con él dándole alguna cosa sin permiso del juez porque no le acuse o no siga la acusación, pues parece confesar por este hecho el delito de que se le acusa.

3º El condenado a restitución o indemnización por dolo hecho en administración de tutela o curaduría, o en contrato de compañía o sociedad, o en depósito, o en procuración o mandato.

4º El que hubiese sido sorprendido en alguno de los expresados delitos, o lo confesare después en juicio.

5º El que por algún delito haya sido castigado con pena de azotes u otra pena pública (ley 5, tít. 6, part. 7).

IV

La infamia de hecho, aunque no se haya adquirido con razón sino sólo por la calumnia o el error de los hombres, no se borra jamás (ley 6, tít. 6, part. 7); puede lavarse, sin embargo, con el ejercicio de la virtud y con la enmienda o mejora de conducta. Mas la infamia de derecho se quita o queda abolida:

1º Por el indulto.

2º Por la revocación de la sentencia.

3º Cuando es injusta la sentencia, como si el juez impuso pena corporal por delito que sólo merecía pena pecuniaria según las leyes.

4º Cuando el juez por alguna causa justa impone mayor o menor pena corporal que la prescrita por la ley (ley 6, tít. 6, part. 7).

El infame no puede adquirir ninguna de aquellas dignidades u honras que requieren buena fama, y debe ser privado de las que hubiese adquirido, luego que la infamia fuere probada; no puede ser juez, ni consejero del rey o de común de algún concejo, ni abogado, ni asesor, ni escribano, ni relator, ni aun acusador ni testigo; pero bien puede ser procurador o mandatario, tutor testamentario y juez árbitro, y tener los oficios y cargos que le fueren gravosos a él, y útiles o beneficiosos al rey o al común de algún concejo (ley 8, tít. 16, part. 3; ley 2, tít. 1, part. 7; ley 7, tít. 6, part. 7, y otras que se citan en sus respectivos lugares).

No pueden ser electores ni diputados ni senadores los que por sentencia legal hayan padecido penas corporales afflictivas o infamatorias sin haber obtenido rehabilitación; ni los que se hallen procesados criminalmente si hubiese recaído contra ellos auto de prisión.

El que incurre en infamia, sea de hecho o de derecho, no por eso pierde la hidalguía o nobleza, como que es una calidad inherente más bien

al linaje que a la persona; pero pierde el ejercicio de sus prerrogativas y exenciones, sin que esta pérdida o privación sea trascendental a sus hijos, pues no se deriva en ellos la nobleza e hidalguía por el infamado sino por sus predecesores y la gracia del rey.

Aunque por regla general no puede ser testigo el infame, como se ha indicado, había sin embargo en lo antiguo algunos casos en que podía serlo. Tal era el caso de traición intentada o cometida contra el rey o contra el reino, pues entonces era válida la declaración del infame, precediendo a ella el tormento ley (8, tít. 16, part. 3). Asimismo, el reo cómplice en un delito, que habiendo declarado contra su compañero no se reputaba ni se reputa por testigo idóneo por estar infamado como delincuente, era puesto en el tormento del potro; y ratificando allí su declaración, adquiría ésta el valor que antes no tenía. Se creía que el infame purgaba su infamia por medio del tormento, y recobraba así la idoneidad para dar testimonio.

v

La infamia en que uno haya incurrido no pasa ni trasciende a sus descendientes ni a otras personas que con él tengan conexión de parentesco. Gregorio López en la glosa 3ª de la ley 7, y en la 2ª de la ley 9, tít. 18, part. 2, asienta lo contrario: *Infamia progenitorum, dice, transit in posteros; et quanto quis est proximior, tanta para sumitir infestior*. Previenen estas leyes que para guardar los castillos no se ponga hombre alguno que venga de linaje de traidores; pero aun cuando de tal disposición quiera deducirse que los hijos de los traidores sean infames, como no lo son efectivamente por la ley 2 tít. 2, part. 7, y por la ley 1, tít. 7, lib. 12, Nov. Rec., no puede fundarse en ellas de modo alguno la regla general de que la infamia sea trascendental a los hijos del delincuente; antes por el contrario, de la imposición especial de infamia a los hijos de los traidores se sigue naturalmente que la ley supone que los hijos de los perpetradores de otros crímenes no adquieren semejante mancha, según el principio de que toda excepción supone una regla que le es contraria.

3.5 El infamador

El infamador es quien le quita la fama, honra y estimación a alguna persona. El infamador es peor que el ladrón, porque éste roba los bienes y aquél la honra, que es un bien más apreciable que los bienes materiales.

El infamador es tenido en derecho por enemigo de la persona a quien ha infamado: “Non es ninguno mayor enemigo —dice la ley, 2, tít. 2, libro 1 del Fuero Real—, que aquel que daña la fama del otro.”

El infamador que atribuye a otro un hecho digno de pena de muerte o destierro perpetuo, incurre en la pena del Talión, y si le atribuye un hecho digno de menor pena, debe ser castigado con pena pecuniaria u otra que fuere proporcionada según el arbitrio del juez; bien que si probare que el hecho imputado es verdadero, quedará impune de él (ley 8, tít. 6, part. 7).

3.6 Lo público y lo privado

Uno de los temas clásicos del derecho es la distinción entre las categorías de lo público y lo privado. Esta distinción es utilizada frecuentemente para diferenciar, con fines clasificatorios o explicativos, las diferentes ramas del derecho.

Antonio de Cabo de la Vega explica que la primera aproximación que se puede hacer para diferenciar lo público de lo privado es la que relaciona este par de términos con el par poder/propiedad²⁷¹. Esta primera conceptualización coincide, históricamente, con las advertidas por los juristas romanos al distinguir entre derecho público y derecho privado: el primero referido a la *res publica* (las cosas públicas/lo que no es propiedad privada), la comunidad política institucionalizada, esto es, al poder; y, el segundo, el que atañe a la *singolorum utilitatem*, al interés personal de cada uno, a lo privativo, a lo propio, o sea, a la propiedad²⁷².

²⁷¹ Antonio Cabo de la Vega, *Lo público como supuesto constitucional*, México, unam, 1997, p. 9.

²⁷² *Ibid.*, p. 10.

A esta primera aproximación, que aparenta ser más incontrovertible en el sentido de que la propiedad privada nunca se considera “pública” y el poder político nunca se considera “privado” (propiedad enajenable de nadie), permite hacerle una crítica interna que revela la posible utilización ideológica en el siguiente doble sentido: de un lado, ya que es imposible olvidar que la propiedad viene concebida entre los romanos como un *ius*, como un derecho (un grado de poder reconocido y garantizado por una fuerza externa), de tal forma que existe ya una autoimplicación de ambos términos, en virtud de que la existencia misma de la propiedad presupone la de un poder que la garantice; y la propiedad, desde este punto de vista, resulta ser un poder reconocido públicamente y eventualmente, ejercido como poder/coacción a través de mecanismos de justicia pública.

Y, de otro lado, ya que suele caracterizarse a Roma como una república de latifundistas (y propietarios de esclavos), Cabo de la Vega apunta que la base social del poder romano no fue otra que la propiedad de la tierra (y de sus *instrumenta vocales*), de modo tal que el poder político no parece que pueda concebirse ya como realidad tan alejada del patrimonio privado de las familias integrantes de las instituciones públicas. Es por ello que no en vano los romanos acuñaron los antónimos propietario/proletario (el que posee propiedad frente al que no posee más que prole, descendencia, fuerza de trabajo), otorgándole al primero estatuto político civil del que se hacía depender el ejercicio de los diversos derechos públicos. Es de advertir, por supuesto, la distinción básica en la sociedad romana entre ciudadano/esclavo; el primero con capacidad de obtener la propiedad; el segundo, con la de ser poseído²⁷³.

El autor señala que no deja de ser cierto que el primer sentido en que se usaron jurídicamente los términos público/privado fue en relación con la propiedad y el poder político²⁷⁴. Así, el derecho privado es el derecho de la propiedad; el público el que no le afecta. El hecho mismo de que en esta fase histórica la distinción se ha realizado en estos términos ha condicionado la extensión misma de cada uno de estos conceptos, de manera que puede decirse, sin que las simplificación introduzca un alejamiento excesivo de la realidad, que el derecho privado de los romanos es el derecho de la propiedad romana, y el derecho público, el de la ciudadanía, el de la organización y poder políticos.

²⁷³ *Ibid.*, p. 11.

²⁷⁴ *Loc. cit.*

Cabo de la Vega explica que no debe considerarse lo público y lo privado tanto como conceptos estables y claramente definidos, sino más bien como una relación histórica (dialéctica) entre dos polos (el de lo individual y el de lo general) que sólo puede especificarse para un periodo determinado²⁷⁵.

Lo expuesto nos lleva a distinguir, al menos formalmente, dos modos fundamentales de articulación de lo público y lo privado: el de su articulación política y el de su articulación jurídica; y, a partir de ahí, sostiene Cabo de la Vega²⁷⁶, tratar de establecer dentro de cada uno de ellos la necesaria especificidad histórica que otorgue contenidos concretos a esta disposición conceptual.

En el estudio que del tema hace el autor comentado, se observa que ya desde la época romana el derecho privado era el que establecía la norma común del derecho, el derecho por excelencia, y era el que se encargaba, por lo mismo, de establecer su propia extensión. Con el constitucionalismo dicha situación se advierte radicalmente alterada, y es que el mecanismo jurídico por el que se señala la extensión misma de la juridicidad en una sociedad y la distribución de su competencia en diferentes facetas sectorializadas de la legislación corresponde a la Constitución. Por ello, en la Constitución se establece todo lo relativo a la *ciudadanía*, concepto que en gran medida va a disputar la prioridad a los tradicionales *personalidad* y *capacidad*, propios del derecho privado²⁷⁷.

La Constitución es el instrumento jurídico que coordina las esferas de lo público y lo privado, reconociendo la tradicional separación jurídica de ambos elementos conceptuales.

En definitiva, existen dos esferas de actuación: una para el Estado y otra para los individuos, que no obstante dividen el conjunto de la realidad total y tienen, desde el punto de vista liberal, una muy diferente significación²⁷⁸. En primer lugar, porque ontológicamente los individuos son necesarios: su existencia no remite a una existencia anterior que la justifique (explicaciones religiosas al margen), en tanto que el Estado es contingente, ya que su exis-

²⁷⁵ *Ibid.*, p. 15.

²⁷⁶ *Ibid.*, pp. 15-16.

²⁷⁷ *Ibid.*, p. 19.

²⁷⁸ *Ibid.*, pp. 81-82.

tencia resulta de una decisión de los individuos; y, en segundo lugar, porque teleológicamente los individuos persiguen fines propios o, en terminología liberal, son un fin en sí, y en tanto que el Estado es sólo un instrumento para alcanzar esos fines su existencia es derivada o instrumental.

3.7 La verdad y la verdad de prueba

Nicola Abbagnano expone que por *verdad* se entiende, en general, la cualidad por la cual un procedimiento cognoscitivo cualquiera resulte eficaz o tiene éxito²⁷⁹. Esta caracterización —nos dice— se puede aplicar tanto a las concepciones que vengan del conocimiento como un proceso mental, como las que ven en él un proceso lingüístico o simbólico. Tiene igualmente la ventaja de la distinción entre definición de la *verdad* y criterio de la *verdad*. Advierte que esta distinción no siempre se realiza y ni siquiera es frecuente; cuando se realiza, no es más que la consideración de dos definiciones de la *verdad* misma. Por ejemplo, en el ámbito de la teoría de la correspondencia, al distinguir de ella el criterio de *verdad* se lo define como evidencia recurriendo al concepto de *verdad* como revelación.

García Morente, al referirse a la lógica como el método de la filosofía puesto en práctica por Aristóteles, señala que éste aplica las leyes del pensamiento racional que nos permite transitar de una posición a otra por medio de los engarces que los conceptos más generales tienen con otros menos generales, hasta llegar a lo particular²⁸⁰. Por ello, la filosofía ha de consistir en la demostración de la prueba. Sostiene que la prueba de las afirmaciones que se adelantan es lo que convierte estas afirmaciones en verdad²⁸¹.

Para nosotros la verdad es evidencia, es lo real, lo existente. Es camino desbrozado por generaciones ancestrales. Principio y fin del conocimiento. Anhelos de trascender.

²⁷⁹ Nicola Abbagnano, Entrada “Verdad”, *Diccionario de filosofía*, México, Fondo de Cultura Económica, 1987, p. 1180.

²⁸⁰ Manuel García Morente, “Aristóteles: la lógica”, *Lecciones preliminares de filosofía*, México, Grupo Editorial Tomo, 2006, p. 33.

²⁸¹ Loc. cit.

La verdad es hazaña del hombre por conocerse a sí mismo. Es libertad. Ímpetu forjador de alas y ensueños. Angustia enfebrecida por conquistar la cima. Es algo de nosotros por donde hemos pasado. Eterna inquietud del ser humano.

Pallares señala que en materia de derecho, para que las pruebas realicen en el juicio la función a que están destinadas, deben ser *verdaderas*, lo que es tan evidente que no necesita razonarse²⁸². El autor observa que hay pruebas verdaderas y pruebas falsas, y la ley debe otorgar al juez los medios necesarios para obtener las primeras y precaverse de las segundas. Explica que la falsedad puede ser combatida, bien atacándola en su formación, esto es, impidiendo que se produzca, o bien destruyéndola cuando ya existe. Por consecuencia, existen en la ley preceptos cuya finalidad es prevenir la falsedad, y otro cuyo objeto es destruir la que ya existe. Entre los medios que dicho autor advierte en prevención de la falsedad, aconseja encomendar a personas idóneas, como los notarios, la formación de la prueba documental²⁸³.

²⁸² Eduardo Pallares, Entrada “Verdad de la prueba”, *Diccionario de derecho procesal civil*, México, Porrúa, 1963, p. 736.

²⁸³ *Loc. cit.*

Capítulo IV

El notariado mexicano

Homo melius se deffendit cum veritate

Introducción

En este capítulo, en el cual hemos ocupado nuestro tiempo para compartir con quienes están interesados en el origen y desarrollo de esta digna ocupación que denominamos *el gozoso arte del derecho notarial*, entramos de lleno al estudio del notariado mexicano, partiendo de la época prehispánica, en la que sobresale el *tlacuilo*, distinguido personaje que desarrollaba funciones similares a las del escriba.

En la época colonial el rey designaba a los escribanos, pero en la práctica eran los virreyes, gobernadores, alcaldes y cabildos quienes los designaban de manera provisional, en tanto el rey los confirmase.

En la Colonia, de acuerdo con las Partidas, la Novísima Recopilación y las Leyes de Indias, se puso en práctica la compra del oficio. La escribanía se consideraba actividad privada. Dichas leyes comprendían a escribanos públicos reales y a los escribanos de número.

En la época independiente, el 9 de octubre de 1812 se expide el decreto sobre Arreglo de Tribunales y sus atribuciones, que concede a las audiencias algunas facultades respecto a exámenes y arancel para escribano. Es de resaltar que en el México independiente se siguió la costumbre de poner en oferta oficios públicos vendibles y renunciables, entre los cuales se encontraba el del escribano.

En nuestra compilación, señalamos como dato relevante que el 23 de mayo de 1837 se dictó la Ley para el Arreglo Provisional de la Administración de Justicia en los tribunales y juzgados del fuero común.

En 1856 los escribanos actuarios de los juzgados del ramo criminal fueron autorizados para abrir un despacho público en el cual ejerciesen su profesión.

La Constitución de 1857 establece el sistema federal como organización política. Como consecuencia de los disturbios sociales, don Benito Juárez estableció su gobierno fuera de la capital. Entra el ejército francés a la república mexicana, se proclama el Imperio y se crea una Junta Superior de Gobierno en la que un Poder Ejecutivo, que se denominaría Regencia, dicta el Decreto de 1864 que regulaba las actividades del notario. Es importante señalar que, por primera vez, se habla del notario para referirse al escribano.

En el México contemporáneo, al comienzo del siglo xx se estructura y organiza el notariado en nuestro país. El 19 de diciembre de 1901 Porfirio Díaz promulga la Ley del Notariado para el Distrito y Territorio Federales, cuya función se consideró de orden público y fue conferida por el Ejecutivo de la Unión dirigida por la Secretaría de Justicia, y posteriormente encomendada al gobierno del Distrito Federal.

La Ley del Notariado para el Distrito y Territorio Federales del 29 de enero de 1932 abroga la de 1901, evolucionando en varios aspectos: excluyó a los testigos de la actuación notarial y, con base en el Código Civil, sólo subsistieron los testigos elementales en el testamento; se estableció el examen de aspirante a notario con un jurado compuesto por cuatro notarios y un representante del Departamento del Distrito Federal, dándosele al Consejo de Notarios el carácter de órgano consultivo del Departamento del Distrito Federal.

La Ley del Notariado de 1945 definía al notario como “la persona, varón o mujer, investido de fe pública para hacer constar hechos y actos jurídicos que los interesados debieran o quisieran autentificar conforme a las leyes revistiéndolos de solemnidad”.

En la Ley del Notariado para el Distrito Federal de 1980 se siguió la mayoría de los aspectos formales e institucionales previstos en la ley de 1945. Por decreto del 27 de diciembre de 1985 se reformaron, adicionaron y derogaron diversas disposiciones de la Ley del Notariado para el Distrito Federal. Se observa que la mencionada ley define al notario de la siguiente manera: “Notario es un licenciado en derecho investido de fe pública, facultado para autenticar y dar forma en los términos de ley a los instrumentos en el que se consigna los actos y hechos jurídicos. La formulación de los instrumentos se hará a petición de partes”. Este artículo fue reformado el 6 de enero de 1994, conservando el carácter de particular que tiene el notario.

Ríos Hellig señala que con dicha reforma el notario dejó de ser considerado funcionario o servidor público. El decreto del 6 de enero de 1994 reforma la Ley del Notariado para el Distrito Federal, implantando con ello un nuevo sistema protocolar.

El 28 de marzo de 2000 se publica la Ley del Notariado del Distrito Federal en la *Gaceta Oficial del Distrito Federal*, la cual fue reformada por decreto publicado en la citada Gaceta el 14 de septiembre de 2000.

Por último, el 25 de enero y el 19 de mayo de 2006 fueron publicadas en la referida *Gaceta* las reformas a la citada ley, la cual puntualiza con mayor precisión las obligaciones de los notarios frente a sus clientes y modifica el sistema de ubicación de las notarías de nueva creación, volviéndose a la residencia por delegación. Estos aspectos se encuentran relacionados con los exámenes de aspirantes, cotejo de documentos, medidas de seguridad en la expedición de testimonios, certificaciones y estructura de la escritura pública, así como acciones relativas a las visitas generales, especiales y procedimientos de queja en general.

4.1 Época prehispánica

En el estudio del notariado mexicano tenemos que señalar la presencia, en la época prehispánica, de un distinguido personaje: el *tlacuilo*, cuya función era similar a la del escriba.

Antes de la llegada de los españoles a América algunos pueblos eran partícipes de una cosmogonía común. Entre eso pueblos destaca el de los

aztecas. En Tenochtitlan no existieron fedatarios públicos en el sentido que en la actualidad damos a los notarios, pero el llamado *tlacuilo*, a la manera del escriba egipcio, gozaba de la habilidad para escribir y redactar documentos que se tenían como constancia de los acontecimientos. Este personaje, a través de signos ideográficos y pinturas, dejaba memoria de los sucesos.

La palabra *tlacuilo* se deriva de *tlacuiloa*, esto es, escribir o pintar. En la segunda parte del *Código Mendocino*, denominada “Mapas de tributos”, se encuentran varios ejemplos²⁸⁴.

Antonio de Lorenzana, refiriéndose al documento escrito por el *tlacuilo*, informa que este dato se encuentra en la segunda parte del *Código Mendocino*, denominada “Mapa de Tributos” o “Cordillera de los pueblos”. Antes de la Conquista pagaban tributo al emperador Moctezuma, y en qué especie y cantidad²⁸⁵. En este documento se anotaban los impuestos o tributos que deberían pagar los pueblos vencidos y subyugados por los aztecas. Cabe señalar que don Francisco Antonio de Lorenzana fue arzobispo de México a finales del siglo xvii. Este documento revela la función de los *tlacuilos*:

Los indios no sabían escribir en su gentilidad, y el modo de entenderse era figurar, o pintar lo que querían decir con varios caracteres y figuras; si eran guerras, ponían arroyos de sangre, para significar el estrago [...] El modo de figurar, o escribir de los indios, según va dicho, era empezando desde abajo para arriba, y así lo primero que está en cada plana, es el pueblo principal, cabecera de todos, los que están pintados en la orla, y estaban sujetos a su jurisdicción [...] está pintado con diversos colores, todos apropiados al género de tributo que se pagaba: el algodón en su figura; las tilmas, mantas o huipiles, según las labores y colores que habían de tener. Los zurrone de grana con las manchas de ésta: los vestidos, o adornos militares, según las labores y colores que habían de tener. Los zurrone de grana con las manchas de ésta: los vestidos, o adornos militares, y manchas

²⁸⁴ Jorge Ríos Hellig, *La práctica del derecho notarial*, 7ª ed., apud Francisco Antonio de Lorenzana, México, McGraw-Hill, 2007, p. 15.

²⁸⁵ Francisco Antonio de Lorenzana, *Historia de Nueva España escrita por su esclarecido conquistador Hernán Cortés aumentada con otros documentos y notas por Francisco Antonio de Lorenzana*, México, Secretaría de Hacienda y Crédito Público-Porrúa, 1980.

de tigre, otros de lobo, coyote, otros de león, y otros animales. Otros con plumajes, otros de pieles.²⁸⁶

4.2 Época colonial

En 1521, con la captura de Cuauhtémoc, concluye la Conquista. Nace la Nueva España y la época de la Colonia, en la cual los conquistadores se dieron a la tarea de organizar la vida política, jurídica, religiosa y económica de México²⁸⁷.

Pérez Fernández del Castillo anota que la primera acta del Cabildo de la Ciudad de México correspondió a la sesión celebrada el 8 de marzo de 1524. Después apareció la del 13 de mayo de 1524 y la del 21 de junio de 1525²⁸⁸.

Durante la Colonia el rey estaba facultado para designar a los escribanos, ya que ésta era una de las actividades del Estado. En la práctica, los virreyes, gobernadores, alcaldes y cabildos designaban de manera provisional a los escribanos, mientras el rey los confirmaba²⁸⁹.

El trabajo de los fedatarios, al principio fue ejercido por escribanos peninsulares que después fueron sustituidos por escribanos criollos. Una de las formas de ingreso a la escribanía era la compra del oficio. Ríos Hellig apunta que las Leyes de Indias declararon vendibles y renunciables los oficios de escribanías, alférez, mayores, depositarios generales, receptores de penas de cámara, receptores de audiencia, regidores, etcétera; o sea que eran susceptibles de ser propiedad privada²⁹⁰.

El mismo autor explica que, de acuerdo con las Partidas, la Novísima Recopilación y las Leyes de Indias, además de la compra del oficio había otros requisitos para el ejercicio: ser mayor de 25 años, lego de buena fama, cristiano, reservado, de buen entendimiento, conocedor del escribir y vecino del lugar. El fedatario debía realizar sus escrituras en papel sellado, con letra

²⁸⁶ Bernardo Pérez Fernández del Castillo, *Derecho notarial*, op. cit., 1983, p. 10.

²⁸⁷ *Ibid.*, p. 17.

²⁸⁸ *Loc. cit.*

²⁸⁹ Jorge Ríos Hellig, *op. cit.*

²⁹⁰ *Loc. cit.*

clara y en castellano, sin abreviaturas ni guarismos. Debía actuar personalmente y tenía, además, la obligación de leerlas íntegramente, dar fe del conocimiento y de la firma de los otorgantes. Los instrumentos tenían así valor probatorio pleno²⁹¹.

La escribanía era una actividad privada: el escribano era retribuido por sus clientes de acuerdo con un arancel de aplicación obligatoria. Ríos Hellig anota que el rey señalaba el signo (similar al sello de autorizar actual) que debía usar cada escribano²⁹².

A pesar de la inestabilidad política y el cambio de funcionarios, el escribano era permanente, lo que daba seguridad y continuidad a los negocios. Además, este funcionario constituía un factor valioso en la recaudación fiscal, sin el cual las finanzas públicas no progresarían²⁹³.

Ríos Hellig advierte que en los siglos xvi y xvii los protocolos eran constituidos por cuadernos sueltos que posteriormente los escribanos cosían y encuadernaban, por lo general cada semestre²⁹⁴. La distinción entre los diferentes tipos de escribanos era confusa, dada la diversidad de leyes, decretos y demás disposiciones de la época.

Las Partidas hacen constar dos clases de escribanos: los de la corte del rey y los escribanos públicos. Ríos Hellig manifiesta que las Leyes de Indias señalaban escribanos públicos, reales y de número. El término *escribano público* se comprendía de dos maneras: una se refería a la función pública, y la otra a su cargo. En el siglo xvi, en 1573, culminada la Conquista se creó la organización de escribanos de Nueva España, con el nombre de Cofradía de los Cuatros Santos Evangelistas. Fue hasta 1792 cuando se erigió el Real Colegio de Escribanos de México. Al siguiente año se fundó la Academia de Pasantes y Aspirantes Escribanos. A través de cédulas, leyes y decretos se logró la evolución de la actividad notarial en esa época. Este Colegio, junto con el de abogados, constituyen las instituciones profesionales más antiguas de América²⁹⁵.

²⁹¹ Loc. cit.

²⁹² Loc. cit.

²⁹³ Loc. cit.

²⁹⁴ Loc. cit.

²⁹⁵ Jorge Ríos Hellig, *op. cit.*, pp. 17-18.

4.3 Época independiente

En esta época, no obstante la situación en que se encontraba el país, el 9 de octubre de 1812 se expide el Decreto sobre Arreglo de Tribunales y sus Atribuciones, el cual concedió a las audiencias algunas facultades respecto a exámenes y aranceles para escribanos²⁹⁶.

En el México independiente se continuó la costumbre de los oficios públicos vendibles y renunciables, entre los cuales se encontraba la escribanía²⁹⁷. Vigente la Constitución de 1824, fueron dictadas algunas disposiciones aplicables a los escribanos. Es muy importante señalar que el 23 de mayo de 1837 se dictó la Ley para el Arreglo Provisional de la Administración de Justicia en los Tribunales y Juzgados del Fuero Común, la cual en sus artículos 21 y 22 establecía la aprobación de un examen teórico-práctico como forma de ingreso a la escribanía. En esta época el notario formaba parte de la judicatura²⁹⁸. Para la prestación del servicio, el cobro de honorarios estaba sujeto al arancel expedido el 12 de febrero de 1840. En esta época había tres clases de escribanos: nacionales, públicos y de diligencia²⁹⁹.

En una circular del 27 de octubre de 1841 se dictaron medidas acerca de la conservación y seguridad de los protocolos de los escribanos, por interesarse en la protección de las fortunas de los ciudadanos³⁰⁰.

En 1843 se aprobaron las Bases Orgánicas de la República Mexicana y fueron expedidos varios decretos acerca de la organización de los juzgados del ramo civil y criminal del Distrito Federal. En el decreto del 30 de noviembre de 1846 se hizo referencia a los escribanos públicos y de diligencia en materia civil y se los integró y adscribió a los juzgados, como señala la Ley para el Arreglo de la Administración de Justicia en los Tribunales y Juzgados del Fuero Común de 1853.

Ríos Hellig señala que los escribanos debían recibirse y matricularse en el Colegio de Escribanos de México. Recibirse, significaba que debían aprobar

²⁹⁶ *Ibid.*, p. 18.

²⁹⁷ *Loc. cit.*

²⁹⁸ *Loc. cit.*

²⁹⁹ *Ibid.*, p. 19.

³⁰⁰ *Loc. cit.*

dos exámenes y, posteriormente, el Supremo Gobierno extendía el título. Una vez recibidos, debían incorporarse al Colegio de Escribanos; su número lo fijaba el Supremo Tribunal. El artículo 309 establecía los requisitos que debían cumplir:

i. Ser mayor de 25 años.

ii. Haber estudiado —previo examen de escritura de forma clara, gramática castellana y aritmética— dos años escolares una de las materias de derecho civil que tiene relación con el oficio de escribano y otra de la práctica forense o sustanciación civil y criminal y otorgamiento de documentos públicos.

iii. Haber practicado dos años, después del examen de segundo curso, en el oficio de algún escribano público matriculado, o escritorio de algún secretario de Tribunal Superior, o en el estudio de algún abogado incorporado, y haber cursado un año en la academia del Colegio de Escribanos los que hicieren su práctica en México.

iv. Acreditar con información judicial, honradez, fidelidad, buena fama de vida y costumbres.

v. Haber sido examinado y aprobado en México por el Supremo Tribunal y en los departamentos por los tribunales superiores colegiados.

vi. Haber obtenido el título correspondiente del Supremo Gobierno.

En 1856 los escribanos actuarios de los juzgados del ramo criminal fueron autorizados a abrir un despacho público en el cual ejercieran su profesión. Al respecto, Ríos Helling señala que el 25 de junio de 1856 el presidente sustituto de la República, don Ignacio Comonfort, dicta la Ley de Desamortización de los Bienes Eclesiásticos y disponía que: “[...] en caso de que el escribano autorice el contrato en donde se vendan bienes de la Iglesia, será depuesto e inhabilitado perpetuamente en su ejercicio público, y los testigos sufrirán pena de uno a cuatro años de presidio [...]”³⁰¹.

La Constitución de 1857 establecía los siguientes lineamientos para el oficio de notario:

³⁰¹ *Ibid.*, p. 20.

Artículo 1º. Los oficios públicos de escribanos que en la capital del Imperio existen hasta hoy legalmente con el nombre y el carácter de vendibles y renunciables, se denominarán en lo sucesivo notarías públicas; y en ellas solamente podrán existir y llevarse protocolos o registros en que se extiendan los instrumentos públicos de cualquier clase. Los dueños y encargados de las notarías se llamarán notarios públicos del Imperio³⁰².

El mismo autor señala que en el Segundo Imperio, Maximiliano de Habsburgo expide en 1865 la Ley Orgánica del Notariado y del Oficio de Escribanos, en la que se define al notario público como funcionario al cual el soberano investía con la fe pública para redactar y autorizar con su firma las escrituras de las últimas voluntades, actos y contratos que se celebraran entre las partes, así como los autores y demás diligencias de los procedimientos judiciales; que poseía funciones vitalicias, pero que podría privársele de ellas temporalmente o de manera perpetua por causa justa y calificada³⁰³.

La Ley Orgánica de Notarios y Actuarios del Distrito Federal de 1867 trajo consigo positivos avances, tales como la confirmación del término de la venta de notarías, reconociendo, sin embargo, las ya adquiridas separaciones de los actos del notario y del secretario del juzgado y la sustitución del signo por el sello notarial³⁰⁴.

Para ser notario o actuario, se requería ser abogado. Los notarios únicamente podían ejercer su profesión dentro del Distrito Federal; fuera de él no tenían fe pública y los instrumentos carecían de validez. Mientras no se les designara un local en el Palacio de Justicia, se les permitía instalar sus despachos fuera de sus casas en un paraje céntrico³⁰⁵.

Es importante señalar que en la Ley de Instrucción Pública del Distrito Federal, publicada el 2 de diciembre de 1867, se señalaba que los estudios que deberían cursar los notarios para desempeñar su cargo asegurarían la

³⁰² *Loc. cit.*

³⁰³ *Loc. cit.*

³⁰⁴ *Ibid.*, p. 21.

³⁰⁵ *Ibid.*, p. 22.

competencia y preparación de estos funcionarios. Dicha ley se modificó y adicionó en 1869³⁰⁶.

4.4 Época contemporánea

Al comienzo del siglo xx el notariado en nuestro país se estructuró y organizó con regulación sistemática. El mismo Ríos Hellig explica que el 19 de diciembre de 1901 Porfirio Díaz promulgó la Ley del Notariado para el Distrito y Territorios Federales, cuya función se consideró de orden público y debía ser conferido por el Ejecutivo de la Unión. Su dirección estaba a cargo de la Secretaría de Justicia, siendo encomendada posteriormente al gobierno del Distrito Federal. En el caso de que no hubiese notario en el lugar, los jueces de primera instancia estaban facultados para desempeñar las funciones de notario por receptoría. La prestación del servicio era remunerada.

Dicha ley establecía la incompatibilidad de la función notarial con otros cargos, empleos o comisiones públicas (excepto de enseñanza), con empleos o comisiones particulares bajo la dependencia de una persona privada; con el desempeño del mandato y el ejercicio de la profesión de abogado, comerciante, corredor o agente de cambio; con el ministerio de cualquier culto y con cualquier cargo de elección popular³⁰⁷.

La Ley de Notariado para Distritos y Territorios Federales del 29 de enero de 1932 abrogó la de 1901 y evolucionó en los aspectos siguientes: excluyó a los testigos de la actuación notarial y por disposición del Código Civil sólo subsisten los testigos elementales en el testamento; estableció el examen de aspirante a notario con un jurado integrado por cuatro notarios y un representante del Departamento del Distrito Federal y, además, dio al Consejo de Notarios el carácter de órgano consultivo del Departamento del Distrito Federal.

Ríos Hellig anota que dicha ley preveía la figura de la adscripción, es decir, admitía que un notario fuese sustituido por alguien que asumiera esa

³⁰⁶ Loc. cit.

³⁰⁷ Loc. cit.

función únicamente durante su ausencia temporal, no definitiva³⁰⁸. El citado autor señala igualmente que la Ley del Notariado para el Distrito y Territorios de 1945, vigente a partir de marzo de 1946, estaba integrada por 194 artículos divididos en dos títulos. En esa época regía el notariado como una función de orden público a cargo del Ejecutivo de la Unión, que a través del Departamento del Distrito Federal la encomendaba a profesionales del derecho que obtuviesen la patente de notario; correspondía al Ejecutivo dictar los reglamentos necesarios para regular la actividad notarial. Dicha ley definía al notario como: “La persona, varón o mujer, investido de fe pública para hacer constar los actos y hechos jurídicos a los que los interesados debieran o quisieran autenticar conforme a las leyes y autorizada para intervenir en la formación de tales actos o hechos jurídicos revistiéndolos de solemnidad y formas legales”. Reconocía al notario como funcionario público y profesional del derecho que debía ilustrar a las partes en materia jurídica y tenía el deber de explicarle el valor y consecuencias legales de los actos que fueran a otorgarse (reconocía la posibilidad del ingreso a las mujeres al notariado, lo que antes de dicha ley era discutible)³⁰⁹.

La Ley del Notariado para el Distrito Federal de 1980 fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 8 de enero de 1980; su vigencia iniciaría 60 días después. Entre sus principales cambios contempla la creación de 50 nuevas notarías para el Distrito Federal, que se ubicaron dentro de una delegación política. Esta ley siguió la mayoría de los aspectos formales e institucionales que se previeron en la ley de 1945.

Por decreto del 27 de diciembre de 1985, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 13 de enero de 1986 y que entró en vigor al día siguiente de su publicación, se reformaron, adicionaron y derogaron diversas disposiciones de la Ley de Notariado para el Distrito Federal. En la mencionada ley se define al notario en la forma siguiente: “Notario es un licenciado en derecho investido de fe pública, facultado para autenticar y dar forma en los términos de

³⁰⁸ *Ibid.*, pp. 23-24.

³⁰⁹ Jorge Ríos Hellig señala que hacia el año 1943 la señorita licenciada Angelina Domerq Balseca tuvo que acudir a la Suprema Corte de Justicia de la nación para que dicho tribunal determinara, bajo el recurso de revisión, si la quejosa, aun no teniendo derechos ciudadanos plenos en razón de su sexo, podía ser elegible a la presentación de los exámenes para obtener una notaría en el Distrito Federal. De acuerdo con las disposiciones vigentes en esa época, quedó protegida por la justicia de la Unión en audiencia celebrada el día 6 de marzo de 1944.

ley a los instrumentos en que se consignan los actos y hechos jurídicos. La formulación de los instrumentos se hará a petición de partes”. Este artículo igualmente fue reformado el 6 de enero de 1994, conservando el carácter de particular que tiene el notario.

Es de advertir, según apunta Ríos Hellig, que con esta reforma el notario dejó de ser considerado funcionario o servidor público³¹⁰. También se adicionó la sección quinta que contenía los artículos 59-A a 59-O y que entró en vigor a los noventa días naturales siguientes a la publicación citada, en la cual se preveía el protocolo abierto especial para los actos y contratos en los que interviniera el Departamento del Distrito Federal y las dependencias y entidades de la administración pública federal, para que actuaran para el fomento de la vivienda o con motivo de programas para la regulación de la propiedad inmueble.

El 25 de julio de 1988 se publica en el *Diario Oficial de la Federación* el “Arancel de Notarios para el Distrito Federal”, el cual abroga al de fecha 31 de diciembre de 1947. Por decreto del 16 de julio de 1993 se amplía el número de notarías en el Distrito Federal, por lo que se crearon 50 más, lo que elevó su número a 250.

El decreto del 6 de enero de 1994 reforma la Ley del Notariado para el Distrito Federal, implantando un nuevo sistema protocolar integral de carácter abierto y obligatorio, con lo que dejaron de usarse libros que se empastaran previamente, sustituyéndolos por folios encuadernables; también se cambia de denominación al protocolo abierto especial por el de protocolo especial; se creó el libro de registros de cotejos y se dio además una serie de reglas aplicables a los nuevos formalismos.

El 28 de marzo de 2000 se publica en la *Gaceta Oficial del Distrito Federal* la Ley del Notariado del Distrito Federal, la cual fue reformada por decreto publicado en la mencionada *Gaceta* el 14 de septiembre de 2000.

El 25 de enero y el 19 de mayo de 2006 fueron publicadas en la *Gaceta Oficial del Distrito Federal* las reformas a la mencionada ley, que entre otros aspectos puntualiza las obligaciones de los notarios frente a sus clientes y modifica el sistema de ubicación de las notarías de creación nueva; con ello se vuelve a la residencia por delegación, aspectos relacionados en los exámenes de aspirantes y aparición, cotejo de documentos, medidas de seguridad

³¹⁰ *Ibid.*, p. 27.

en la expedición de testimonios, certificaciones y estructura de escritura pública, así como de cuestiones relativas a las visitas generales y especiales, y procedimientos de queja en general³¹¹.

4.5 Decálogo del notario

Finalizamos este acápite con la transcripción del decálogo del notario aprobado en la sesión plenaria del VIII Congreso de la Unión Internacional del Notariado Latino, celebrado en México en octubre de 1965, por la ponencia de la delegación ecuatoriana:

1. Honra tu ministerio.
2. Abstente si la más leve duda opaca la transparencia de tu actuación.
3. Rinde culto a la verdad.
4. Obra con prudencia.
5. Estudia con pasión.
6. Asesora con lealtad.
7. Inspírate en la equidad.
8. Cíñete a la ley.
9. Ejerce con dignidad.
10. Recuerda que tu misión es evitar contiendas entre los hombres.

³¹¹ *Ibid.*, p. 29.

Reflexiones finales

Esta compilación, que persigue un claro propósito didáctico, abarca múltiples aspectos relacionados con el arte del derecho notarial, tales como su origen y razón de ser, su desarrollo histórico, su relación con otras áreas y campos del conocimiento, su dimensión estética, las características del notario y los instrumentos que rigen su trascendente actuación. Como se ha observado, desde tiempos muy antiguos las distintas sociedades han requerido de los buenos oficios del escriba o escribano, hoy denominado notario público, quien no sólo es vidente y oyente, sino testigo de buena fe de la voluntad de los particulares que acuden a su servicio. Por lo tanto, la imparcialidad de aquél es garantía de la verdad asentada en su protocolo.

El notario ha sido y sigue siendo el encargado de guardar celosamente su secreto profesional, y esta actitud ética es la que lo convierte en un confidente sui generis de quienes recurren a él confiando en su discreción. Así pues, el notario, investido de fama pública, es indudable fedatario de lo que

ve y escucha por quienes solicitan su intervención para dirimir toda clase de problemas legales y, sobre todo, para dejar expresada su voluntad a través de un acto solemne que no puede ser sino escrito. Para que el deseo de los particulares adquiera legitimidad, autenticidad, legalidad, eficacia ejecutiva y rango de certeza jurídica, debe pasar forzosamente por un proceso escriturario guiado por el escriba.

Esa alquimia que trastoca el deseo en acción, y en la que la colectividad inviste a un individuo para que la represente como cuerpo social y ordene sus negocios jurídicos, es un arte milenario en el que se proyecta y reverbera una sabiduría instaurada para coordinar la diversidad de intereses del conglomerado humano a través de un código de justicia y equidad, dispuesto en formularios que revelan acaso un fondo común y originario: la confianza en el otro y en sus acertados proceder y, más aún, la confianza en que la palabra escrita, por su cualidad de permanencia, tiene un valor único y especial, al ser patrimonio de todos y vehículo del pensamiento.

Como ha quedado asentado aquí, la ingente labor de este profesional se halla indisolublemente ligada a la palabra escrita, de modo que hasta nuestros días han llegado vestigios de lo que representó el escribano en otras épocas y que, insistimos de manera enfática, sería preciso revalorar en la época que nos ha tocado vivir.

Por otra parte, el devenir del notariado, en tanto institución que cuenta con una larga tradición y desenvolvimiento particular, ha transitado por graduales transformaciones que hacen imposible que dicha institución se ciña a criterios unitarios, universales y estáticos, ya que éste es expresión de las necesidades de los pueblos, de sus formas de relación entre los ciudadanos y de su especial concepción de las normas jurídicas y de las reglas de convivencia que rigen la conducta de los hombres. Pero no por ello el derecho notarial carece de criterios científicos y jurídicos para su formación como disciplina y rama del derecho público; antes bien, posee un metalenguaje propio cuyos elementos esenciales, características, formalidades, extensión y límites obedecen a fines específicos y bien diferenciados de otras vertientes del derecho.

Plantear un panorama que genere nuevas preguntas acerca del derrotero que debe seguir la institución notarial en México se vuelve un imperativo de estudio en la segunda década de este nuevo siglo. Pero analizar cuál debe ser el perfil del notario para los tiempos corrientes es un desafío que toca

resolver a los jóvenes estudiosos del derecho. Si este libro ha conseguido interesar a los lectores en esta línea de investigación, habrá cumplido su cometido.

Referencias

- ABBAGNANO, Nicola. (1987) Entrada “Verdad”, *Diccionario de filosofía*. México: FCE.
- ANDRADE TORRES, Juan. (2005) *El nuevo milenio, una historia económica y social*. Villahermosa Tabasco, México: Universidad Juárez Autónoma de Tabasco.
- BAÑUELOS SÁNCHEZ, Froylán. (1977) *Derecho notarial*. México: Cárdenas Editor y Distribuidor.
- . (1990) *Derecho notarial* (segunda parte). 4ª ed., México: Cárdenas Editor y Distribuidor.
- BAUTISTA PONDÉ, Eduardo. (1967) *Origen e historia del notariado*. Buenos Aires: Depalma.
- BOFFI BOGGERO, Luis María. (1962) Entrada “Instrumento público”. *Enciclopedia jurídica Omeba*, t. XVI. Buenos Aires: Bibliográfica Argentina.

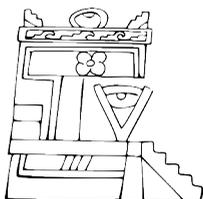
- BONNECASE, Julián. (1945) *Elementos del derecho civil*, vol. II. México: José María Cajica.
- BONO, José. (1990) *Breve introducción a la diplomática notarial española*. Sevilla, España: Consejería de Cultura y Medio Ambiente / Junta de Andalucía / Dirección General de Bienes Culturales.
- BRENA SESMA, Ingrid. (2001) *Nuevo diccionario jurídico mexicano*. México: Porrúa / Universidad Nacional Autónoma de México.
- CABO DE LA VEGA, Antonio. (1997) *Lo público como supuesto constitucional*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- CÁRDENAS CAMACHO, Alejandro. (2000) *Nuevo diccionario jurídico mexicano*. México: Porrúa.
- CARRAL Y DE TERESA, Luis. (1986) *Derecho notarial y derecho registral*. México: Porrúa.
- CASTRO Y BRAVO, Federico de. (1967) *El negocio jurídico*. Madrid: Instituto de Estudios Jurídicos.
- CERVANTES SAAVEDRA, Miguel de. “De cómo don Quijote cayó malo y del testamento que hizo y su muerte”. *Don Quijote de la Mancha*, Capítulo LXXIV. México: Real Academia Española.
- . (2004) “El licenciado Vidriera”. *Novelas ejemplares*. México: Porrúa.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, comentada y concordada*. (2006) 19ª ed. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas / Porrúa.
- Diccionario enciclopédico abreviado*. (1957) 7ª. ed. Madrid: Espasa-Calpe.
- EMÉRITO GONZÁLEZ, Carlos. (1971) *Derecho notarial*. Buenos Aires: Ley.
- ESCRICHE, Joaquín. (1979) *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*. México: Porrúa.

- FALCIONI, Celeste. (2012) *Manuale teorico-practico del Notariato*, t. I., 2ª. ed. Torino: Nabu Press.
- FERRATER MORA, José. (1965) *Diccionario de filosofía*, t. I. Buenos Aires: Sudamericana.
- GARCÍA MORENTE, Manuel. (2000) “Aristóteles: la lógica”. *Lecciones preliminares de filosofía*. México: Grupo Editorial Tomo.
- GARCÍA VILLEGAS, Eduardo. (2005) “Notariado mexicano: 50 años de compromiso social”. *Revista Fuerza Jurídica*, núm. 12, noviembre-diciembre. México: Notariado Mexicano.
- HIDALGO MENDOZA, Horacio. (1982) “La función notarial”. *Revista Jurídica del Tribunal Superior de Justicia del Estado Puebla*, núm. 8, julio-agosto. México: Tribunal Superior de Justicia del Estado de Puebla.
- . (2004) “El notario, órgano constitucional autónomo”. *Revista de Derecho Notarial*, Año XLV, núm. 119, diciembre. México: Asociación Nacional del Notariado Mexicano.
- IGUÍNIZ, Juan B. (1998) *El libro*. México: Porrúa.
- JIMÉNEZ Y SANTIAGO, Triana. (1991) Entrada “Sócrates”. *Diccionario de derecho romano*. México: Sista.
- MOLINA, Cecilia. (1970) *Práctica consular mexicana*. México: Porrúa.
- MOMMSEN, Theodor. (1960) *Historia de Roma*, t. I, 4ª ed. Madrid: Aguilar.
- MENGUAL Y MENGUAL, José María. (1932) *Elementos de derecho notarial*, t. II, vol. I. Barcelona: Librería Bosch.
- NICOLIELLO, Nelson. (1999) *Diccionario del latín jurídico*. España: J. M. Bosh Editor / Editorial B de F.

- ORTIZ-DIETZ, Roberto. (2002). "La fe". *Revista Escribano*, marzo. México: Asociación Nacional del Notariado Mexicano.
- PALLARES, Eduardo. (1963) Entrada "Documento". *Diccionario de derecho procesal civil*, 4ª ed. México: Porrúa.
- PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Bernardo. (2001) *Doctrina notarial internacional*, 2ª ed. México: Porrúa / Asociación Nacional del Notariado Mexicano.
- . (2004) "La imparcialidad del notario: garantía del orden contractual". *Revista de Derecho Notarial*, núm. 119. México: Asociación Nacional del Notariado Mexicano.
- PIMENTEL ÁLVAREZ, Julio. (1999) *Breve diccionario latín-español, español-latín*. México: Porrúa.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. (1992) *Diccionario de la lengua española*. Madrid: Espasa-Calpe.
- RÍOS HELIG, Jorge. (2007) *La práctica del derecho notarial*, 7ª ed. México: McGraw-Hill.
- RUBIAL CORELLA, Juan Antonio. (2002) *Nuevos temas de derecho notarial*, 2ª ed. México: Porrúa.
- SALVAT, Raymundo M. (1964) *Tratado de derecho civil*, t. II. Buenos Aires: Tipográfica Editora.
- SANAHUJA Y SOLER, José María. (1945) *Tratado de derecho notarial*, t. I. Barcelona: Casa Editorial Bosch.
- SOBERÓN MAINERO, Miguel. (2001) Entradas "Notariado" e "Instrumentos públicos y privados". *Nuevo diccionario jurídico mexicano*. México: Porrúa / Universidad Nacional Autónoma de México.

SOMEDA DE MARCO, Pietro. (1958) *Notariado friolano*. Udine: Talleres Arti Grafiche Friulane.

YARZA, Florencio Sebastián. (1954) *Diccionario griego-español*. Barcelona: Sopena.



Difusión y Divulgación
Científica y Tecnológica

José Manuel Piña Gutiérrez
Rector

Wilfrido Miguel Contreras Sánchez
Secretario de Investigación, Posgrado y Vinculación

Fabián Chablé Falcón
Director de Difusión y Divulgación Científica y Tecnológica

Francisco Morales Hoil
Jefe del Departamento Editorial de Publicaciones No Periódicas

Esta obra se terminó de imprimir el 30 de septiembre de 2015, con un tiraje de 500 ejemplares, en los talleres de Ideo Gráficos, S. A. de C. V.; Calle Juan Álvarez 505; Colonia Centro; Villahermosa, Tabasco, México. El cuidado estuvo a cargo de los autores y del Departamento Editorial de Publicaciones No Periódicas de la Dirección de Difusión y Divulgación Científica y Tecnológica de la UJAT.