

318509
9
252



UNIVERSIDAD INTERCONTINENTAL

ESCUELA DE DERECHO

**CON ESTUDIOS INCORPORADOS A LA UNIVERSIDAD
NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO**

1987 - 1992

**"NATURALEZA JURIDICA DE LA FUNCION
NOTARIAL"**

T E S I S

**QUE PARA OBTENER EL TITULO DE LICENCIADO
EN DERECHO**

PRESENTA:

ELVIA HELENA DIAZ CASTRO

ASESOR DE TESIS:

LIC. EDUARDO SILVA DURAN

MEXICO, D.F. 1993.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

INTRODUCCIÓN

La principal preocupación que da origen a la elaboración de este trabajo, es la de conocer la institución notarial, ya que esta es compleja y poco se ha profundizado en su estudio, tal vez por la alta especialidad que esta rama del Derecho reviste, pero si nos detenemos a pensar un poco veremos que a lo largo de nuestra vida y casi en todos los quehaceres de la vida jurídica llega el momento en que necesitamos de la función notarial.

Procuraré hacer notar algunos de los elementos principales que hacen que la función notarial sea tan sobresaliente en nuestro actual sistema jurídico. Pretendo dejar claro que la función del notario en nuestro país se desempeña con honestidad y eficacia, por el simple hecho de que para llegar a ocupar una notaría se requiere de mucha preparación y estudio, sobre todo si hablamos de una notaría del Distrito Federal, ya que el simple hecho de realizar un examen previo de aspirante y posteriormente uno de oposición, hace que el que ocupe la notaría sea una persona capaz de ejercer la función notarial.

Al tocar el tema de la ética notarial trataré de dejar bien claro que dentro de la función notarial es la ética una cualidad imprescindible para poder desempeñar decorosamente la función notarial. Asimismo

pretenderé remarcar que el Notario Público en ejercicio de su función es sinónimo de la seguridad jurídica, no únicamente siendo un fedatario público, sino un verdadero jurista, asesor imparcial de las partes y un estudioso de la legislación y la doctrina.

Me atrevo a afirmar que la preparación de un notario es incuestionable y al solicitar los servicios de uno de ellos, podemos tener la plena confianza de que lo que él nos aconseje es lo más adecuado para el fin buscado. El consejo de un notario siempre será el ideal a cada caso, y me atrevo a pensar que ningún notario se atrevería a actuar contra la ley o lo que a él le está permitido, ya que el obtener la patente de notario es sumamente difícil y ninguno de ellos se atrevería a realizar algo que pudiera poner en peligro su patente.

En lo que respecta al tercer capítulo la que suscribe pretende dejar bien claro que el notario es un funcionario público, al que el Poder ejecutivo le enviste fe pública. El estado necesita delegar sus funciones, para ser realizadas eficazmente, y esto es lo que sucede con los notario públicos, ya que el Estado a través del Poder Ejecutivo delega facultades en una persona a la que se le atribuye fe pública, y es en el desempeño de ésta función delegada como el notario cumple con la representación que protesta desempeñar en los términos y bajo los procedimientos que marca la Ley de la materia.

Capítulo primero

1.1.- Función notarial en la antigüedad

1.2.- Función notarial en México

ANTECEDENTES HISTÓRICOS

1.1 Función notarial en la antigüedad.

Para investigar la historia del notariado, nos tendríamos que remontar a los primeros signos. Desde el principio de la historia escrita, se distinguieron los individuos que por su conocimiento de los signos de la escritura, dominaban la comunicación, y lo hacían permanecer en tablas o bloques de piedra.

En la historia de los pueblos más antiguos de la humanidad han quedado manifestaciones en forma gráfica de las operaciones contractuales.

En un principio el artesano o escribano era un empleado particular de personas con posibilidad económica, quienes a través del paso del tiempo adquirían tal experiencia y destreza que escribían más rápido que como pronunciaban las palabras. Se convirtieron en verdaderos profesionales de la redacción jurídica y se les hacían consultas en todo tipo de transacciones. Es a través de la historia, que a estas personas se les ha dado diversos nombres. En Egipto el "escriba" era el consejero del Faraón, el sacerdote, el magistrado, el funcionario, el doctor; en Roma "el tabelion" tenía por encargo, escribir en tabletas de cera y conservar los libros; los llamados "notari" eran los que tenían mayor destreza al escribir; en Bizancio "el tabularii"; en Grecia "los Mnemones" ; entre los hebreos "los escribas", y en México entre los Aztecas, el "tlacuilo".

Se afirma que en el siglo VI de la era cristiana por primera vez existe una regulación positiva del notariado, la cual se le debe a Justiniano, quien en el Corpus Iuris Civilis, en las novelas XLV, XLVIII y LXXVI, regula la actividad notarial, da valor probatorio al documento notarial y le da al protocolo el carácter de fidedigno. En la novela cuarenta y cinco Justiniano reglamentó las actuaciones notariales y dió su origen legal al protocolo. La novela cuarenta y ocho establecía la forma en la que correspondía empezar las escrituras y los requisitos de los "tabelliones". En la novela setenta y seis se esboza la relevancia probatoria de la escritura pública con la sola intervención del notario. Es así que con la creación del protocolo notarial por Justiniano se da comienzo a la regulación institucional del notariado.

Cabe mencionar otra importante legislación para la institución notarial, la de Carlomagno hacia el año 800 d.C. En sus codificaciones, Carlomagno legisló para el notariado diciendo que los instrumentos de los escribanos tenían el mismo carácter, la misma fuerza y los mismos efectos que una sentencia inapelable, dándole así al orden jurídico un documento oponible a todos los hombres, por el simple hecho de ser otorgado ante notario.

Podríamos mencionar algunos documentos de poca fuerza para la permanencia histórica del notariado, estos son el Código de Hammurabí, (siglo XXII a.C); y el Código de Manú, (siglo XII a.C), ya que aunque se encuentran vestigios de la prueba testifical, nada

en ellos nos indica que haya existido algún organismo o persona que se dedicara específicamente a la redacción de los contratos o a preparar las pruebas ciertas de su celebración.

En Egipto, en la era demótica o también llamada de la escritura cursiva popular en Egipto, existieron los escribas sacerdotales quienes tenían un carácter semejante al del Notario-profesional o Notario-letrado, y junto a estas figuras encontramos al magistrado al que le competía la función de autenticar, realizándola mediante la imposición del sello del magistrado y así el documento privado se convertía en público.

En Grecia, la institución del notario tenía otra tradición, porque allí existía ya con anterioridad la práctica de la contratación escrita y registrada en archivos públicos. Solía llamarse al notario symbolaiographos o escriba de documentos, y agorarios o persona del foro, en latín forensis. El notario privado de Grecia surgió en relación con el público como actividad accesoria, particular, de los encargados de los archivos públicos, o incluso de los mismos banqueros-trapezitai. Esto se difundió por las provincias del imperio romano gracias a la influencia helenística en la administración imperial. Es por esto que el tabellión romano tenga su sede en un lugar público.

En Roma, a través de los textos legales en la historia del Derecho Romano, encontramos que existieron varias personas_a

quienes se les encomienda la misión notarial. Se habla del tabellio, tabullarius, notarius, cursus, amanuensiis, o Emanuencis, grafarios, librarius, scrinuaris, cognitor, actuaris, charlatris, axceptor, libelense, censuale, refedendarius o refendaris, scribe, conciliarius, cancelarius, logographis, numerarius, cornicularis, diastoleos, epistolares y argentarios ¹

Para que el notario desempeñara sus funciones era requisito que así le fuera solicitado por los contratantes, de ahí que también se le denominó rogatarius.

El tabulario en el siglo V era el escriba público adscrito al oficio de un funcionario; con alguna frecuencia, un esclavo público que ejercía funciones notariales, como suplente de los magistrados para documentos públicos de menor importancia; también intervenía a veces como testigo.

En realidad, aunque los tabeliones fueran libres y los tabularios muchas veces esclavos y, en todo caso, subalternos de una oficina pública, el nivel social del tabelionado era muy bajo.²

En Roma los escribas no se confunden en ningún aspecto con los juristas, aunque podían llegar a conocer las leyes por razón de su oficio, pues eran quienes las copiaban y conservaban. Conocían

¹Bernard, Tomás Diego. *Escribanos adscriptos; Una Institución Argentina, Doctrina, Legislación y Jurisprudencia*, Valerio Abeledo Editor, S.A. , 1971, pag. 60.

²D'ors, Alvaro, *Documentos y Notarios en el Derecho Post Clásico, "Centenario de la Ley del Notariado"*, sección primera, Estudios Históricos, Vol.I, Editorial Reus, Madrid, 1964, pag 88-.

como copistas, lo que escribían los autores; reproducían mas no creaban. Por ellos pasaba la administración pública en todos sus organismos y ramificaciones, pero fundamentalmente como pendolistas, y no puede encontrarse en los orígenes de la actividad documental o fijativa de los antiguos escribas una significación jurídica creativa o configurativa.

Durante el siglo IX, con el desarrollo del comercio, el nacimiento de las sociedades mercantiles, las compañías de navegación y la banca, se vio la necesidad de ir modificando la regulación de la actividad notarial, así Carlomagno al legislar sobre la materia, estableció disposiciones legales que regularon al instrumento notarial, reconociéndole pleno valor probatorio en las "capitulaciones".

En el siglo X, cuatro siglos después de Justiniano, León VI el Sabio, promulgó los Basílicos, Constitución XXV, en la que hace un estudio de la función del tabelion y en el destaca la importancia del exámen de oposición para el ingreso de los "tabulari" ; y fija las cualidades físicas, jurídicas y morales de éstos; establece la colegiación obligatoria; fija "numerus clausus"; fija plaza a cada "tabulari" y les impone aranceles.

Es también en el siglo X, que surge la regulación jurídica de la corporación notarial en el llamado "libro perfecto" del emperador Bizantino León el Sabio.

En el capítulo I "de los notario" se disponía que quien fuera a ser elegido en la función notarial debía serlo por votación a juicio del decano y de los demás integrantes del cuerpo notarial.

También se exigía del candidato, saber de memoria los cuarenta títulos del "manual de la Ley" de Procheiron, que data del año 870; conocer también, los sesenta libros de los "Basílicos". El aspirante debía haber estudiado la enciclopedia a efecto de manejar adecuadamente la redacción. El candidato debía manifestar por escrito, por propia mano que no era negligente.

La elección debía realizarse en estos términos según el propio capítulo: "Tras los testimonios e inquisición comparezca, en el Colegio de Notarios y el decano, ante el ilustrísimo Prefecto de la Ciudad, revestido de toga y jurando todos por Dios y la salud de los Emperadores, que no se promueve a aquel puesto por favor, recomendación, parentesco o amistad, sino por virtud, conocimientos y plena aptitud del aspirante" ³

Francia tuvo como antecedente del Derecho notarial las codificaciones de Carlomagno, quien como ya mencionamos, dispuso que los instrumentos de los escribanos debían tener la misma fuerza y los mismos efectos que una sentencia inapelable.

³J. Nicole, Le Livre du Préfet ou l'edit de l'Empereur Leon Le Sage sur les corporations de Constantinople, pag. 13 a 22; obra citada por D'ors, Alvaro, ob. cit. pags. 152 a 157.

Ya en el siglo XIII la mayoría de los actos en los países de derecho escrito francés, se realizaban ante notario.

Con la independencia y poder de los notarios en Francia Medieval, se creó una serie de abusos y desórdenes con lo cual se vio la necesidad de dictar en el año de 1304 la Ordenanza de Felipe el hermoso. Este antecedente nos hace suponer que en Francia existió en los orígenes de la institución notarial, el notario profesional liberal, quien era capaz de darle al documento una fuerza probatoria especial, y es también en Francia donde surge por primera vez el honorario notarial, lo que nos indica que al notario Francés se le reconoció el carácter de prestador de servicio.

En la época contemporánea, en Francia, la actividad notarial es regulada por la "Ley del 25 Ventoso" del año 11, misma que confiere al notario la calidad de Funcionario Público; establece la obligación de transcribir el título que acredite el derecho del enajenante; y para optar por el cargo de notario, establece que éste deberá realizar la práctica ininterrumpida de seis años en alguna notaría.

Hacia el año de 1862 se dicta en España una Ley orgánica de la actividad notarial que regula la función así como el instrumento público y la organización notarial. Esta Ley es de gran trascendencia, en ella se utiliza por primera vez y de manera formal el término "notario", diferencia a éste del servidor judicial. Se considera al notario un funcionario público, y establece el examen de oposición

para el acceso al notariado que se considera requiere de una preparación técnica y especializada. Gran importancia tiene para América Latina y en especial para México esta Ley que fue seguida y adoptada por nuestro legislador. El término de notario sustituye al de escribano y le da categoría de funcionario público. Para llegar a ser notario se requiere haber triunfado en el exámen de oposición en el cual participaban los aspirantes que tuvieran una preparación técnica especializada.

1.2. Función notarial en México.

En América descubierta por Colón en el año de 1492, algunos de los pueblos que la habitaban gozaban de la cosmovisión cultural común al género humano. Tenían conocimientos agrícolas, arquitectónicos, astronómicos y comerciales lo que les permitió tener un avance cultural, unos mas que otros. Tenían una escritura ideográfica con la que plasmaron varios acontecimientos de la época.

Los Aztecas se asentaron en Tenochtitlán, pequeño territorio del que es ahora el centro de la República Mexicana. En esta región no existieron notarios o escribanos en el sentido que se puede entender en la época contemporánea, es decir funcionarios públicos que dieran fe de los acontecimientos y de los actos jurídicos en nombre del Estado. No obstante si existió un figura llamada "tlacuilo", palabra que deriva de "tla-cuiloa", escribir o pintar, que de alguna

manera reunía las características del escriba egipcio. El "tlacuilo" era el artesano azteca que tenía funciones de dejar constancia, mediante signos ideográficos. También podía expresarse por medio de pinturas que permitían guardar memoria de los hechos de una manera clara y creíble. Este nombre se les daba tanto a los escribanos públicos como a los pintores.

En la época de la colonia correspondió al Rey designar a los escribanos, no obstante esta disposición legal fue de poca aplicación en las tierras descubiertas, ya que en la práctica los virreyes, gobernadores, alcaldes y los cabildos designaban a los escribanos.

La función fedataria se ejerció en un principio, como en los demás virreynatos, por escribanos peninsulares y con el tiempo fueron sustituidos por los criollos, quienes habían nacido en las tierras conquistadas.

El 13 de mayo de 1524 aparece una de las primeras actas de cabildo de la Ciudad de México, en la cual se le niega a Hernando Pérez su petición sobre la provisión real que presentó ante el cabildo para desempeñar el oficio de escribano; esto debido a que el ayuntamiento consideraba que iba en perjuicio de la Ciudad. En ese mismo año Pedro del Castillo presenta la provisión para desempeñar el cargo de escribano público y del consejo de la Ciudad de México. El 18 de junio del mismo año se publica un acta donde se hace

constar que Hernan Pérez y Pedro del Castillo se recibieron como escribanos por obediencia del rey.

En el año de 1525 aparece la petición de Hernando Pérez y de otros escribanos de la Ciudad, para que se acepte a Juan Fernández del Castillo como escribano público en sustitución del mismo Hernando Pérez. La propuesta es aceptada por el Cabildo bajo la condición de que Juan Fernandez del Castillo presentara la provisión real en un plazo de dos años. Esta acta a que se hace referencia se encuentra plasmada en el protocolo más antiguo que existe en el Archivo General de Notarías del Distrito Federal.

En el año de 1592 en la Ciudad de México, se funda la primera organización de escribanos de la Nueva España, es una cofradía integrada por los escribanos y sus familiares, con la finalidad de auxiliar moral y económicamente a sus cofrades en forma de una incipiente mutualidad que protegía económicamente a sus familiares en caso de defunción. Esta cofradía se vió beneficiada por las bulas expedidas por Sixto V y Pío VI.

En el año de 1793 se crea la academia de Pasantes y Aspirantes de Escribanos, esta academia otorgaba a quienes eran aprobados, un certificado de preparación técnica e intelectual que los hacía merecedores de ejercer el cargo de escribano, sin embargo, no se les otorgaba el "fiat" ya que éste solo podía otorgársele al rey.

El 15 de septiembre de 1810 se declara la independencia de la Nueva España y se consuma el 27 de septiembre de 1821, por Agustín de Iturbide.

En el año de 1812 entra en vigor en el territorio de la Nueva España la Constitución de Cádiz. La precariedad política y económica en que se encontraba la nación al surgir el nuevo Estado, determinaron la creación y expedición del reglamento provisional político del imperio mexicano el 18 de diciembre de 1822 apenas consumada la independencia. Este reglamento en el primer párrafo de su artículo segundo dispuso la prosecución indefinida de la aplicación en el México independiente, de prácticamente toda la legislación positiva española metropolitana, así como de los diversos ordenamientos indios.⁴

Con el paso de los años, decretos y Leyes no se hicieron esperar en el nuevo Estado y en ellos se tomó en cuenta a la institución notarial. Cabe aclarar el cambio que las diferencias en el régimen político determinaron en la legislación notarial. En el federalismo, la materia notarial se reservó a las entidades federativas. En tanto que en el centralismo, las disposiciones notariales tuvieron carácter nacional.

Durante la vigencia de nuestra primera constitución, la de 1824 que contiene el pacto federal se dictaron algunas disposiciones,

⁴Pérez Fernández del Castillo Bernardo. "Iconografía Notarial Mexicana", Edición del Autor, Imprenta Aldina, México, 1988, pags. 10 y 11.

relativas a los escribanos, entre las que podemos mencionar las siguientes:

a). Provisión de la Secretaría de Justicia comunicada a la Secretaría de Hacienda, del 13 de noviembre de 1828. En esta disposición la Secretaría de Justicia solicita a la de Hacienda un informe amplio acerca del número exacto de oficios de escribanos vendibles y renunciables que tuvieran titular o interino, en el Distrito Federal, así como el número de escribanías que dependieran de algún despacho o juzgado por los cuales el erario tuviera que pagar alguna pensión o sueldo en virtud de la variación del sistema de gobierno;

b). Circular de la Secretaría de Justicia, del primero de agosto de 1831. La cual mencionaba los requisitos necesarios para obtener el título de escribano en el Distrito Federal y territorios, entre los que se exigía: un fondo de institución práctica, una acreditada probidad en sus costumbres, ya que su ministerio tiene por objeto autorizar, asegurar y guardar los secretos y los derechos é intereses mas importantes de los ciudadanos; y las funciones mas serias de los magistrados encargados de la administración y el orden público, haber cursado las academias del colegio respectivo, probar no haber estado nunca procesado ni acusado por delitos públicos, principalmente de falsedad, haber estudiado y practicado el tiempo suficiente, ser examinada y calificada su aptitud por el mismo colegio.

c).¹ Decreto de 1834, es una de las primeras disposiciones legales referentes al notariado, este Decreto sobre los juzgados del ramo civil y del criminal en el Distrito Federal continúa con las características que la legislación española había dado al escribano de diligencia, como uno de los funcionarios que trabajaban en los tribunales civiles y los llamados del ramo criminal.

d).¹ Arancel expedido conforme al artículo 55 de la Ley del 23 de mayo de 1837, el 12 de febrero de 1840, aplicable por derechos judiciales y honorarios que debía cobrar el departamento de México por sus secretarios y empleados del superior tribunal, entre los que estaban los escribanos.

Las actas del escribano que estaban sujetas al arancel eran: por asistencia a almonedas, remates, juntas o vistas de ojos, por la autorización del nombramiento de curador, por las sentencias y autos interlocutorios que autorizasen por las certificaciones, por notificaciones, por los poderes sencillos para pleitos y cobranzas, etc.

e).- Decreto del 30 de noviembre de 1846, que entre sus disposiciones mas relevantes estan las siguientes:

-Que en cada juzgado de lo civil hubiera anexos dos "oficios públicos, vendibles y renunciables" servidos por escribanos propietarios de ellos.

-Que hubiera dos escribanías de guerra.

-Aparece la distinción entre escribano de diligencias (secretario de juzgado) y escribano público (notario).

-Los escribanos públicos debían anunciar personalmente las horas fijas en las que prestarían sus servicios al juzgado que se encontraban adscritos, bajo la pena de suspensión por un año en caso de incumplimiento.

-Cada uno de los alcaldes constitucionales contaba con un escribano nombrado por el gobierno del Distrito a propuesta del ayuntamiento.

-Todos los escribanos de diligencias de los juzgados en materia civil tenían sus propios protocolos en los oficios de los escribanos públicos respectivos, quienes ordenaban y vigilaban los trabajos que allí se verificaban.

-Debían mantener su protocolo ordenado en la forma legal y local correspondiente, recibéndolo y entrándolo, por riguroso inventario, bajo la privación de oficio. ⁵

⁵Pérez Fernández del Castillo, Apuntes para la historia del Notariado en México, Editado por Asociación Nacional del Notariado Mexicano. México, 1979. pags 34 a 43.

Es importante destacar que en todo el período que transcurrió de 1821 a 1863, se regularon tres clases básicas de escribanos: nacionales, públicos y de diligencias.

"Los primeros son los que habiendo sido examinados y aprobados por la Suprema Corte de Justicia en el Distrito o por los Tribunales Superiores en los Estados han obtenido el título correspondiente, antiguamente se les daba a éstos el epíteto de reales. Los públicos son aquellos que tienen oficio o escribanía propia, en la que protocolan o archivan los instrumentos que ante ellos se otorgan. Los escribanos de diligencias, son los que practican las notificaciones y demás diligencias oficiales" ⁶

Con las diversas disposiciones legislativas y decretos de la época, se delimitó de una manera clara el ámbito de actuación de los diversos escribanos y en que condiciones debían desempeñar su función.

Aún cuando en la época independiente se otorgaba en propiedad el oficio público de escribano, se exigían los requisitos siguientes: saber escribir, tener autoridad pública, ser cristiano, de buena fama, hombre de secreto, entendedor en tomar razones de lo que ha de escribir, vecino del pueblo, hombre secular, la edad de veinticinco años cumplidos, sustentar el examen correspondiente ante la Suprema Corte de Justicia en calidad de tribunal superior ordinario

⁶Rodríguez de San Miguel, Juan, "Curia Filipica Mejicana", citada por Bernardo Pérez Fernández del Castillo en ob. cit; pag. 38.

y ser aprobado, certificación de haber asistido por un lapso de cuatro años al edificio de un escribano y por seis meses a la academia del colegio, erigido en México por cédula el 28 de enero de 1793, haber recibido nombramiento o título despachado por el presidente de la República.

Dentro del marco centralista, Santa Ana expidió la "Ley para el arreglo de la administración de justicia en los tribunales y juzgados del fuero común", vigente en todo el país de acuerdo con ese sistema centralista.

La escribanía, ya que todavía no se hablaba de notariado, conserva en el citado ordenamiento las características fundamentales de la jurisprudencia española colonia y peninsular. El título VIII de dicho ordenamiento, en sus artículos 309 al 339, así como los artículos 357, 365 y 366 de las disposiciones generales, no introducen cambio alguno con referencia al sistema español. Puede apreciarse que se continúa con la tradición española, pero con las nuevas características nacionales delegando al poder judicial la facultad de seleccionar a los diversos tipos de escribanos.

No es sino hasta la época de la intervención francesa, cuando se adopta definitivamente el término "notario", para sustituir al de escribano, por medio de un decreto fechado el primero de febrero de 1864, que establece, entre otras cosas, la nueva denominación y que en adelante se de el término de escribanos solo a aquellos

funcionarios que desempeñan su actividad dentro de los órganos jurisdiccionales.

En el año de 1864 llegan a la ciudad de México, Maximiliano y Carlota, una vez instalados en el palacio imperial, se dieron a la tediosa y necesaria tarea de realizar varias reformas y dictar nuevas leyes.

Maximiliano de Habsburgo expidió el 30 de diciembre de 1865, la "Ley Orgánica del Notariado y del oficio de escribano", la cual vuelve a hacer referencia a la diferencia entre notario y escribano. Según esta Ley el Notario Público, es un funcionario revestido por el Soberano de la fe pública para extender y autorizar las escrituras de los actos y contratos "intervivos o mortis-causa",⁷ mientras que por otro lado el escribano dice que es un funcionario revestido de la fe pública para autorizar, en los casos y forma que determina la ley, los actos. En esta ley es importante hacer notar que lo que en un principio fueron los escribanos ahora lo serían los actuarios de un juzgado y los secretarios del mismo.

Es a partir de esta ley, que el notariado mexicano empieza a adquirir las características que lo distinguen en la actualidad, las cuales se van consolidando a través de las leyes subsecuentes que regulan su actividad, y son:

⁷Ley Orgánica del Notariado y del Oficio de Escribano, Diario Oficial del 30 de diciembre de 1865.

1.-"Ley Orgánica de Notarios y Actuarios del Distrito Federal, promulgada por Benito Juárez.

Esta disposición regula a los notarios y a los actuarios, definiendo al primero como "funcionario establecido para reducir a instrumento público los actos, los contratos y últimas voluntades en los casos que las leyes lo prevean o lo permitan" (artículo 3o). Aquí se da inicio a la tradición en el uso de sellos de tinta y se obliga al notario a dar fe pública sólo en su propio protocolo, establece las reglas generales de manejo y organización del protocolo notarial y señala los requisitos y procedimientos para obtener la calidad de notario mediante la sustentación de exámenes. También se vuelve al sistema del notariado local en el que los notarios podrán tener jurisdicción única y exclusivamente en el Distrito Federal, asimismo determina que el notario debe de ejercer su función asistido por "dos testigos sin tacha que sepan escribir, varones, mayores de dieciocho años, y vecinos de la población en que se hace el otorgamiento", (artículo 41), los cuales eran llamados testigos instrumentales.

2.- Ley del Notariado de 1901, promulgada por decreto del 19 de diciembre de 1901, siendo presidente el licenciado Porfirio Díaz.

Esta Ley entró en vigor el 1o de enero de 1902 y su ámbito especial de aplicación fue el Distrito y Territorios Federales, en ella se dispuso que el ejercicio de la función notarial era de orden público y únicamente podía otorgarse por el Ejecutivo de la Unión, quien era

también el encargado de la dirección del notariado, por medio de la Secretaría de Justicia. Posteriormente por ley del 13 de abril de 1917, el gobierno del Distrito Federal quedó encargado de conocer acerca de los asuntos del notariado.

Es importante hacer notar que en esta ley se separa al notario de los órganos del Poder Judicial, integrándolo al control del poder Ejecutivo. También estableció esta ley que el cargo de notario era incompatible con algun cargo o empleo, con excepción de la enseñanza; con los empleos o comisiones particulares y con el ejercicio de la profesión de abogado, comerciante, corredor o agente de cambio, y con el ministerio de cualquier culto. Esta misma ley instituyó por vez primera al notario adscrito, que era el aspirante a notario con facultades para trabajar con éste en calidad de adjunto. El notario adscrito es una figura que existe hasta nuestros días en la legislación notarial de algunos Estados de la República, como el de Veracruz, su misión principal es la de suplir las ausencias del notario debidas a licencia, enfermedad, etcétera, bajo la responsabilidad absoluta del titular.

Considero importante mencionar, la introducción de un nuevo sistema jurídico por el Constituyente de Queretaro de 1917. Sin embargo, es necesario dejar establecido que el legislador no estimó procedente hacerle alguna modificación a la institución notarial. Es decir, tácitamente mantuvo la especialidad de la institución e implícitamente, de acuerdo con lo establecido en el dispositivo 124 de

la Carta Magna, reservó a las legislaturas locales la facultad de legislar en materia notarial.

Cabe señalar que a raíz de la nueva idea de propiedad establecida en el constituyente del 17 y delimitada en forma reglamentaria por la Legislación Agraria y en especial por el Código Civil de 1928, la institución notarial hizo algunas modificaciones a lo referente a transmisión de inmuebles y materia testamentaria.

3.- Ley del Notariado para el Distrito y Territorios Federales.

Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 20 de enero de 1932, sancionada por el Licenciado Pascual Ortiz Rubio, es el primer ordenamiento que delimita adecuadamente su competencia para el Distrito y Territorios Federales. Considera al Notariado como una institución de orden público que sólo puede atribuir el Ejecutivo a Través del Departamento del Distrito o de los Gobiernos de los Territorios Federales que por la época existían. Con esta ley se abroga la de 1901.

La estructura de esta ley es similar que la anterior, continúa con las mismas características en cuanto al protocolo, los requisitos para el otorgamiento de escrituras, la naturaleza jurídica del instrumento, así como los requisitos y los impedimentos para ser notario.

Lo novedoso de esta ley son dos aspectos importantes que consisten: primero, en que el notario adscrito goza de mayores facultades, teniendo la posibilidad de actuar con independencia del titular y de autorizar cualquier tipo de acto en el protocolo del notario al que estuviera adscrito; y segundo en que el notario, ya puede actuar sin necesidad de los testigos instrumentales, exceptuando al testamento, por las disposiciones que señala el Código Civil.

4.- Ley del Notariado para el Distrito Federal. 1945.

Los lineamientos generales de esta ley son los que en la práctica hasta la fecha se siguen; aunque en la actualidad se encuentra vigente la ley de 1979, en realidad la función notarial, tal como se conoce actualmente, fue estructurada por la de 1945.

Con la ley de 1945 se suprimió definitivamente a los notarios foraneos, se aumentó el número de notarios a 134 y, por decreto presidencial del 11 de febrero de 1969, volvió a ser aumentado el número hasta 150.

En esta ley se hace una clara distinción entre los que es escritura pública y acta notarial, y se suprimieron los documentos llamados "minutas". Se continúa con la tradición de exigir el examen de oposición para obtener la patente de notario, y se consigue el requisito del examen previo al de oposición para los aspirantes, a los que se les concede una patente como tales.

Otro aspecto importante que también se encuentra en la ley de 1945, es el que da al notario el carácter de asesor de las partes, que las escucha y les señala el alcance legal del instrumento redactado por él, quien da fe del conocimiento, capacidad y del otorgamiento de las partes.

El protocolo del notario siguió siendo cerrado, es decir, en libros, los cuales se encuentran encuadernados, y con hojas foliadas, como se instituyó desde el año de 1901. En ellos el notario asienta de manera original, y da fe de todos los hechos y actos jurídicos en que él interviene como fedatario. El notario se encuentra autorizado para incluir solamente en su protocolo las escrituras y actas notariales, así como sólo en él puede dar fe. La ley reguló el esquema y la estructura de redacción de las escrituras y actas y su forma de autorización previa, llamada "preventiva", que se asienta cuando el instrumento ha sido firmado por las partes que en él intervienen, después de su lectura y en la que el notario pone su razón "ante mí", su firma y sello; la segunda autorización llamada definitiva, es cuando el notario pone nuevamente su firma y sello, una vez que ya han sido cumplidas las obligaciones fiscales y los requisitos administrativos que sean necesarios.

Según el artículo 75 de esta ley, el valor probatorio de actas y escrituras notariales es indiscutible, y este artículo fue reproducido casi en su totalidad en la ley de 1979 que a la letra dice:

Artículo 75.- "Las escrituras, las actas y sus testimonios, mientras no fueren declaradas legalmente su falsedad, probarán plenamente que los otorgantes manifestaron su voluntad de celebrar el acto consignado en la escritura; que hicieron las declaraciones y se realizaron los hechos de los que haya dado fe el notario, y que éste observó las formalidades que mencione".

Como se ha hecho notar el régimen jurídico en general y sobre todo la función notarial, emanan de esta ley de 1945, la cual como podemos observar es acertadísima, ya que muestra en su contenido toda la evolución que ha tenido el derecho notarial a través del pasar de los años, su validez es ampliamente reconocida en el Distrito Federal y en los Estados de la República. Es evidente que únicamente la necesidad de actualizar esta ley pudo provocar el surgimiento de la mas reciente ley de la materia.

Ley del notariado para el Distrito Federal.

Publicada en el Diario Oficial de la Federación del 8 de enero de 1980, esta ley se encuentra vigente hasta nuestros días, es una réplica modernizada de su predecesora, ya que podríamos decir que su contenido es igual que la ley de 1945, con excepción de la forma de llevar a cabo la selección de los notarios. Si bien es cierto la ley de 1945 establecía en el artículo 120, que el jurado de los exámenes de oposición, se compondría de cinco miembros: un delegado del

Gobierno del Distrito Federal y cuatro notarios ya establecidos. Al delegado del Gobierno se le daba la presidencia del jurado, pero por lo general, el Departamento del Distrito Federal solía nombrar a otro notario para que éste llevara su representación, con toda razón ya que seguramente se daban cuenta de que realmente quienes podían evaluar la capacidad y conocimiento de los examinados eran los propios notarios. De este sistema de selección al que nos estamos refiriendo surgieron la mayor parte de los notarios activos actualmente en el Distrito Federal, y que de alguna manera podemos suponer que son gente competente puesto que tuvieron que presentarse a una concurrida y competitiva oposición para obtener la tan deseada patente de notario.

Desafortunadamente en el año de 1979, a algunos altos funcionarios del Distrito Federal se les ocurrió que esta forma de elección debía de cambiar, ya que según ellos no estaba bien, ya que después de todo la función notarial es de orden público y depende del Ejecutivo de la unión, por lo tanto se preguntaban estos señores que ¿por qué tendrían que ser los notarios quienes escogieran a sus colegas?, y que sería mejor que los propios gobernantes los escogieran. Imaginemos pues que sería del Distrito Federal si esto se llevara a cabo de esa manera, ya que los señores gobernantes pues sabrán dirigir con destreza una nación pero de ninguna manera tienen conocimientos acerca de la función notarial, por lo tanto se convierte en una verdadera aberración el hecho de querer elegir ellos a los notarios. Me permito imaginar a una persona con todos los conocimientos y estudios necesarios para obtener la patente de

notario, pero sin tener ninguna amistad con ningún funcionario del gobierno, seguramente tendría que esperar muchos años y presentarse a muchas convocatorias para obtener la patente de notario, si es que no antes alguna persona menos capacitada pero con muchas amistades dentro del gobierno obtiene sin tanto esfuerzo la patente de notario para el Distrito Federal.

En ese mismo año a través del Departamento del Distrito Federal, se dio a conocer una iniciativa para una nueva Ley del notariado, la cual contemplaba originalmente que todos los jurados fueran funcionarios del propio Departamento del Distrito Federal, finalmente después de una larga discusión, la iniciativa de ley fue aprobada pero con una modificación que permitiera que tres de los cinco integrantes del jurado fueran funcionarios del Gobierno del Distrito Federal, y así los otros dos integrantes fueran notarios.

En nuestra actual Ley del notariado el artículo 19 dice lo siguiente:

Artículo 19.- "El jurado para los exámenes de aspirante y de oposición, se compondrá de cinco miembros propietarios y sus suplentes, todos ellos licenciados en derecho, con excepción del Jefe del Departamento del Distrito Federal, y estará integrado de la siguiente manera:

Por el Jefe del Departamento del Distrito Federal o su suplente, quien fungirá como presidente del jurado; por los Directores Generales Jurídico y de estudios Legislativos y del Registro Público de la Propiedad y del Comercio del Departamento del Distrito Federal; por dos notarios del Distrito Federal designados por el Consejo del Colegio de Notarios del propio Distrito.

Serán suplentes de cada uno de los funcionarios del Departamento del Distrito Federal, los que substituyan en los términos de los acuerdos correspondientes del jefe del propio Departamento.

El jefe del Departamento del Distrito Federal designará a su suplente, y en el caso de los Directores Generales Jurídico y de Estudios Legislativos y del Registro Público de la Propiedad y del Comercio, por servidor público en rango inmediato inferior y con funciones en materia notarial. Serán suplentes de los notarios, los notarios que designe el propio Consejo.

El Jurado designará de entre sus miembros un secretario.

No podrán formar parte del jurado los notarios en cuyas notarías hayan realizado sus prácticas el o los sustentantes, ni sus parientes en los términos de la fracción III del artículo 35 de esta Ley".

De esta manera observamos claramente las disposiciones de este artículo, y me permito criticarlo ya que generalmente los tres

personas del jurado que representan al Departamento del Distrito Federal son subordinados del propio jefe del Departamento, y por lo tanto sería muy difícil que se atrevieran a contradecir lo que el propio jefe determinara para un examen.

Lo cierto es, que el notariado en el Distrito Federal cuenta con una gran tradición y sobre todo con un gran prestigio, ya que como sabemos para presentarse a un examen de oposición hay que estar sumamente preparado, y por lo tanto quien adquiere la patente de notario con toda seguridad es alguien a quien de entre muchas mas personas se le consideró el mas capaz de ellos, y por tanto es digno de ejercer la función notarial.

Capítulo segundo

II.- Fe pública y ética notarial

II.1.- Definición de la fe pública

II.2.- Clasificación de la fe pública

II.3.- La ética notarial

II.4.- Presición y certeza en el acto jurídico otorgado por el notario

II.1 Definición de la fe pública.

La fe pública es una especificación adjetiva del sustantivo fe, y por tanto, puede entenderse en varios sentidos. Quien tiene fe, tiene una creencia, una convicción, una persuasión, una certeza, una seguridad o una confianza.

Etimológicamente la voz "fides", deriva de "facere". La raíz latina se considera procedente del griego "peithein", convencer o asentir al hecho o dicho ajeno. En el lenguaje del Antiguo Testamento y según la interpretación de Fray Luis de Granada al versículo 13, capítulo II del Eclesiastes, fe "son aquellos ojos que están en la cabeza del sabio", los cuales siguen y enderezan los pasos de la vida.

La fe pública, el privilegio de ser creído y que los documentos que autoriza el Notario en ejercicio de sus funciones deban ser tenidos como veraces, desde el punto de vista de la verdad no puede ser sino una atribución que el estado le hace. Esta atribución es lo que hace diferente al notario de los demás ciudadanos, pero al destacarlos es obvio que los sujeta a un estatuto propio que los obliga de manera específica frente al mismo estado, ello es consecuencia de la misma distinción.

El hecho de dotar al notario de fe pública, además de ser honorífico, responde la finalidad de encomendarle una función del

Estado, la de crear situaciones de seguridad, de certeza en el Derecho fuera del ámbito judicial, y sin necesidad de ocurrir al mismo.

La fe pública es "presunción legal de veracidad respecto a ciertos funcionarios, a quienes la ley reconoce como probos y verdaderos, facultándolos para darla a los hechos y convenciones que pasan entre los ciudadanos".⁸

Por lo tanto concluimos que la fe pública es una necesidad de carácter jurídico que nos obliga a estimar como auténticos e indiscutibles los hechos o actos sometidos a su amparo, quiérase o no creerlos.

Jurídicamente dar fe, quiere decir atestiguar solemnemente; dicha potestad requiere para darse de una investidura especial y previa al acto o hecho del que se da fe: es exclusiva de los funcionarios y autoridades a quien el Estado la encomienda.

Según el maestro Gimenez-Arnau, la fe puede considerarse de un modo individual, que va a depender de cada sujeto, se crea en uno mismo y llegamos a ella mediante un proceso intelectual fundado en hechos relacionados por nuestra razón, o por el mismo método racional apoyado por una gracia sobrenatural que sería la fe religiosa; y de un modo colectivo es decir la fe colectiva, ya que se llega a una convicción por medio de una suma de procesos intelectuales, la cual da la posibilidad a una sociedad de creer o no creer.

⁸Gonzalo de las Casas, citado por Enrique Gimenez-Arnau en "Derecho Notarial", 2a. Edición, Ediciones Universidad de Navarra, S:A; Pamplona, 1976, pag 37.

La fe pública no es facultad exclusiva de los notarios, sino que también se da en otros niveles de la vida jurídica.

II.2 Clasificación de la fe pública.

Su clasificación es en base a la clase de hechos a que se refiere, y es la siguiente:

Fe pública judicial: son objeto de ella las resoluciones mediante las cuales el poder público somete un hecho determinado a la norma jurídica. Pueden surgir conflictos entre el Estado y los particulares, o entre los propios particulares debidos a los derechos y obligaciones establecidos por las leyes. Por lo tanto existen un sinnúmero de actuaciones ante los tribunales, por tanto estas actuaciones deben estar revestidas de un sello de autenticidad, el cual se lo da la fe pública. Esta Fe pública la da la legislación procesal a los funcionarios judiciales, que autentifican tanto las actuaciones de las partes, como los acuerdos y resoluciones del juzgador; estos son el actuario judicial y el secretario de juzgado o tribunal o sea antiguo escribano.

Fe pública administrativa: Son objeto de ella los actos por los que el poder público ejecuta el Derecho estatuido en las normas o declarado en las resoluciones. Su fin es dar valor de hechos auténticos a los actos realizados por los poderes Ejecutivo y Legislativo. Se van a ejercer a través de los documentos que expiden

las autoridades de Derecho Público que ejercen la gestión administrativa, en los que se consignan órdenes, comunicaciones y resoluciones de la Administración.

La fe pública administrativa también se ejerce en los decretos que expide el Poder Legislativo, en forma de leyes, asimismo esta fe no tiene un organismo a quien esté encomendada, puede ser ejercida por un funcionario al expedir una certificación o una autorización, y es la más utilizada debido a la gran cantidad de actividades y atribuciones que tiene la Administración pública.

Las actuaciones de esta fe se refieren a la actividad unilateral de la Administración, en cuanto a su relación con los administrados, no obstante en los casos de bilateralidad, sobre todo en lo referente a materia contractual, el equilibrio de intereses exige la actuación del notario público para dar credibilidad a la administración, cuando ésta es parte interesada como sujeto de derecho o parte contratante.

La fe pública extrajudicial o notarial: así como los actos públicos relacionados con actividades administrativa, legislativa y judicial deben tener certidumbre y notoriedad, también es necesaria cuando se trata de actos relativos a particulares, ya que si el Estado tiene el deber de proteger los derechos privados, es evidente que sólo puede proteger aquello cuya existencia le conste. Por tanto, esta es la conveniencia de otorgar a todos y a cada uno de los actos privados

los requisitos, para acreditar en cualquier momento que efectivamente se produjeron.

La fe pública notarial cumple con una misión preventiva, autenticando por ministerio de ley, los actos jurídicos privados extrajudiciales que se someten a su amparo, ya que es lógico que en las relaciones humanas se den conflictos por pretensiones contradictorias, que una vez planteadas debe resolver la autoridad judicial, y por tanto es necesaria una prevención de su posible planteamiento, que faciliten la resolución del caso. Es por esta razón que al instrumento notarial se le ha llamado la prueba antilitigiosa.

Algunos autores incluyen también dentro de esta clasificación a la fe pública registral: Si la escritura establece una verdad para todos, para poderlo extender a terceros, es necesario publicarlo notificándolo solemnemente, para que llegue al conocimiento de todos y nadie lo ignore. Esto se lleva a cabo mediante la inscripción, ya que realiza las funciones civiles de la forma que da existencia al acto. "El documento auténtico se hace público por medio de otro que lo copia (mas o menos a la letra) para desplegar la autenticidad su fuerza probante del acto a favor o en contra de cualquier interesado, desde la fecha de su inscripción"⁹

⁹ Lavandera, citado por Enrique Gimenez-Arnau, Ob. cit; Pag.33.

Es importante hacer notar que junto con el notario público encontramos también al corredor público, quien también tiene fe pública y debe presentarse a una oposición para obtener la patente de corredor público, asimismo, en la actualidad el corredor público esta obteniendo una importancia considerable, ya que se le considera capaz de llevar a cabo la constitución de sociedades, protocolización de las mismas; etc, además de ser requisito indispensable ya dentro de la correduría, el ser licenciado en derecho al igual que el notario.

II.3 La ética Notarial

Como ciencia que es la ética, tiene un método, objeto y finalidad propia, que desde tiempos remotos han sido investigados por los grandes filósofos como Sócrates, Platón, Aristóteles, quienes concluyeron la existencia de valores universales reconocidos a través del tiempo.

Nos toca ahora analizar los deberes del Notario y no en sí los análisis filosóficos. Ya desde hace varios años se han llevado a cabo estudios sobre los deberes del Notario, como podemos citar a Jeremías Bentham, quien elaboró una doctrina de los deberes concebidos sobre una base utilitarista que corresponde a determinadas situaciones sociales.

El notariado está íntimamente unido a la moral y no lo podemos concebir sin ésta, ya que de esta forma se ha establecido en todos los

pueblos de configuración grecoromana, las legislaciones notariales iniciadas desde el siglo IX con León VI "El filósofo", emperador de Oriente.

El Notario es depositario de la confianza del Estado y de los particulares y todos esperamos de él las más amplias cualidades morales que tan delicada función merece.

En nuestro país gracias a los colegios y asociaciones notariales, se ha mantenido y elevado el nivel moral y técnico-jurídico de sus agremiados. Una obligación constante y necesaria del notario es analizar y reconocer si es o no justo en el ejercicio de su función.

Para los legisladores siempre ha sido motivo de preocupación la madurez, conducta, antecedentes morales y preparación técnica y jurídica de los aspirantes al ejercicio del notariado.

En la antigüedad en el año 887 el emperador de oriente, León VI, "el filósofo", en la Constitución CXV, "libro del perfecto", exigía del aspirante:

"El que vaya a ser elegido notario debe serlo por votación a juicio del decano y de los demás notarios, de suerte que conozca y entienda de las leyes y se distinga por su caligrafía, no resulte locuaz, insolente, ni de vida corrompida, sino de porte serio e inteligencia despierta, docto, prudente, con facilidad de palabra y buena escritura

*para que no se vea fácilmente desconcentrado por las escrituras falsas y los signos engañosos"*¹⁰

En el siglo XIII, en España, Alfonso X el Sabio, realiza una majestuosa obra de recopilación y de legislación, y en el libro de Las Siete Partidas regula la actividad del escribano.

En esa época, otorgar a alguna persona la facultad de redactar y autenticar las cartas de la corte del Rey, de las Villas y Ciudades, era una investidura y significaba una gran confianza de parte del soberano. El escribano debía responder a esa confianza con lealtad, si actuaba deslealmente se le aplicaba una sanción, cortándole la mano, con la que la había cometido, y se le daba por malo, de tal forma que nunca podía volver a ser testigo, ni podía realizar ninguna honra mientras viviera.

El 16 de diciembre de 1853, en México, el presidente Antonio López de Santa Ana expidió, la "Ley para el arreglo de la administración de justicia en los tribunales y juzgados del fuero común", entre otros de los requisitos que para ser notario exigía el artículo 309 fracción IV, era el de acreditar con información judicial, honradez, fidelidad, buena fama, vida y costumbres.

En 1867, en la "Ley Orgánica de Notarios y Actuarios del Distrito Federal" promulgada por el licenciado Benito Juárez, en la parte

¹⁰Constitución CXV "Libro del Perfecto", citado por Bernardo Pérez Fernández del Castillo, Ética Notarial, Editorial Porrúa, 1990; pag.2.

conducente del artículo 8o, establecía que los aspirantes debían acreditar su buena conducta...

"con una información judicial de siete testigos, vecinos del lugar en que resida el pretendiente, que sean de notoria honradez y probidad, abogados, escribanos o agentes de negocios. Esta información se recibirá con citación del presidente de la corporación de escribanos, quien podrá rendir prueba en contrario".¹¹

A través del tiempo se ha tenido la necesidad de seleccionar a los aspirantes a notarios ponderando su calidad ética y características morales de buena conducta y vida proba. Desgraciadamente en nuestra actual Ley del Notariado para el Distrito Federal, no se da la debida importancia, como en otros tiempos, a las cualidades morales del aspirante a Notario, ya que sólo cita la condición de no haber sido condenado en sentencia ejecutoriada por delito intencional, lo que realmente me parece que no es suficiente ya que si una persona es tramposa, mentirosa, o en términos generales es inmoral, pero ha tenido la gran suerte o cuidado de no haber sido condenado en sentencia ejecutoriada, puede obtener la patente de notario, incurriendo todos los ciudadanos en el riesgo de caer en sus manos.

Dentro de lo que llamamos la ética notarial, el notario debe cumplir con ciertos requisitos que son:

¹¹ "Ley Orgánica de Notarios y Actuarios del Distrito Federal", citado por Bernardo Pérez Fernández del Castillo, ob.cit; pag.6.

VOCACIÓN PROFESIONAL: El notario debe prestar un servicio a la comunidad, y para ello se requieren estudios jurídicos sólidos, ya que de ninguna manera se trata de un negocio. Quien quiere ser notario con el fin de ganar dinero está en un gran error ya que se necesita tener una verdadera vocación además de los correspondientes estudios.

Al respecto el maestro Luis Carral y de Teresa dice "cuando el hombre que ejerce el notariado no tiene amor por su profesión, en vez de dignificar ésta, la envilece; y como en el pasado se han dado muchos casos de ineptos y de mercenarios de la profesión, se explican los retratos de notarios indignos, mezquinos e ignorantes, presentados por maestros de talla de Moliere, de Quevedo y de tantos otros . Pero de un simple arte empírico, que fue, el notariado se ha transformado en una ciencia que poseen y que viven profesionalmente juristas que dedican su vida y esfuerzos a superarse y a honrar esa profesión."¹²

IMPARCIALIDAD: En su profesión el notario debe ser imparcial, no obstante que en repetidas ocasiones el notario se encuentra presionado por intereses de los poderosos, ya sea el Estado o los grandes consorcios que tratan de doblegar la imparcialidad del notario pretendiendo inclinar a su favor su actuación. También puede ser que un notario se vea comprometido a actuar parcialmente por un lazo de

¹²Carral y de Teresa, Luis, Derecho Notarial y Derecho Registral, porrla, S.A; México, 1989. pag.9.

amistad o de parentesco, por tanto cuando el notario actúe lo debe hacer libre de nexos que le impidan aconsejar a las partes o redactar los instrumentos con intereses distintos a los de la equidad, la justicia y la seguridad jurídica.

La imparcialidad es una característica propia del notariado y la encontramos implícita en el artículo 35 de la Ley del Notariado para el Distrito Federal que dice así:

"Artículo 35.- Queda prohibido a los notarios:

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

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

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

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

V. Ejercer sus funciones, si el objeto o fin del acto es contrario a la Ley o a las buenas costumbres.

VI. Ejercer sus funciones, si el objeto o el acto es física o legalmente imposible;

VII. Recibir y conservar en depósitos sumas de dinero, valores o documentos que representen numerario, con motivo de los actos o hechos en que intervengan, excepto en los siguientes casos:

a).- El dinero o cheque destinados al pago de impuestos o derechos causados por las actas o escrituras efectuadas ante ellos;

b).- Cheques librados a favor de bancos, instituciones o sociedades nacionales de crédito en pago de adeudos garantizados con hipoteca u otros cuya escritura de cancelación haya sido autorizada por ellos;

c).- Documentos mercantiles en los que intervengan con motivo de protestos, y

d).- En los demás casos en que las leyes así lo permitan;

VIII. Las prohibiciones previstas en las fracciones III y IV de este artículo para un notario, también se aplicarán al asociado o suplente cuando tenga interés o intervenga el cónyuge o los familiares del notario asociado o suplido que actúe en el protocolo del primero".

EFICACIA: El notario debe actuar con eficacia y el acta o la escritura que él dicte debe llenar las necesidades del cliente, realizándolo la formula jurídica y económica mas adecuada.

El notario cuando determina el contenido del documento, realiza una obra, ya que redactar es crear, y el busca y escoge las diversas disposiciones que mas convienen a cada caso concreto; y no deberá perder su naturaleza propia de asesor de las partes.

En cuanto a la obligación del Notario de ser eficaz, el artículo cuarto dice así:

"Artículo 4o.- El ejecutivo Federal en la esfera administrativa, dictará las medidas que estime pertinentes para el exacto cumplimiento de esta ley y para la eficaz prestación del servicio público del notariado".

El notario se considera un profesional del Derecho y como tal debe actuar, y se le impone la obligación de ilustrar a las partes en materia jurídica, y de explicarles el valor y las consecuencias de los actos en que intervenga, exceptuando de la explicación a los abogados y licenciados en Derecho.

El Notario es el profesional del Derecho, mas no los clientes, cuya voluntad llega a la notaría deformada por la impreparación e incluso a veces ocultando la verdadera intención, que será la que más tarde quede fraguada en el instrumento, mediante la ilustración y buen encauzamiento de las voluntades.

SECRETO PROFESIONAL: La moral profesional es una aplicación de la ética a la vida profesional. El hombre al ocuparse de ella lo hace para cumplir parte de su vocación y para ganarse la vida. El simple hecho de ejercer una actividad, no alcanza el grado de profesión, ya que para esta se requiere una aplicación ordenada y racional del hacer humano para la consecución de alguno de los fines

inmediatos y fundamentales de la existencia del hombre. Cualquier profesión lleva consigo una serie de exigencias en el orden moral y jurídico. El profesionista, se encuentra al servicio de los demás y es responsable de sus actos, ante sus clientes y ante la sociedad.

El artículo 14, fracciones II y III de la Ley del Notariado para el Distrito Federal, exige una buena conducta del que pretenda obtener la patente de notario, "gozar de buena reputación personal y profesional", donde se esta considerando a la ética y a la moral profesional.

Asimismo en cuanto a las causas de la revocación de la patente de notario el artículo 133 de la Ley del Notariado para el Distrito Federal, destaca la obligación del notario de actuar profesionalmente, dicho artículo a la letra dice:

"Artículo 133.- Se revocará la patente de notario por cualquiera de las siguientes causas:

I. No iniciar sus funciones conforme a los dispuesto en el artículo 27 de esta ley;

II. Renuncia expresa;

III.- Fallecimiento;

IV. Comprobación por el Departamento del Distrito Federal de que no desempeña personalmente las funciones de notario, con sujeción a lo dispuesto en esta ley, y sus reglamentos y demás disposiciones aplicables;

V. Falta de probidad o notorias deficiencias o vicios debidamente comprobados en el ejercicio de sus funciones.

VI. Por no conservar vigente la garantía que responda de su actuación; y

VII. Por haber cumplido setenta y cinco años y que a juicio del Departamento, se encuentre incapacitado para seguir en funciones".

Al notario le corresponde, además, y de modo preeminente cumplir, en los actos y convenios en que intervenga, la moral más rígida y la justicia legitimadora más estricta. El notario está obligado como ya vimos, a dirigir y aconsejar a los individuos, así como a guardar un espíritu social y una ética profesional sin los cuales se deshumanizarían la ciencia y la técnica jurídica.

Agustín Basave Fernández del Valle, opina que aún cuando el notario carece de "Imperium", dirige la vida jurídica, regula en alguna medida el comercio y la vida económica, con normas de moralidad y de justicia. Su función es preventiva, a petición de parte y legitimadora de voluntades privadas.

El notario es depositario de la confianza de sus clientes, y en muchas ocasiones también se le plantean problemas personales o secretos íntimos, ya que para que el notario pueda proceder a realizar la redacción de un documento primeramente escucha a las partes y todo lo que estas le planteen debe guardarlo en secreto.

Acertadamente el licenciado Bernardo Pérez Fernández del Castillo acerca del secreto profesional expresa:

"El secreto profesional tiene dos aspectos. Por un lado la necesidad que tiene el cliente de hacer confidencias al notario para resolver sus problemas jurídicos; y por otro, la certeza de que el notario, como profesional discreto y consciente de sus deberes, no va a revelar los secretos escuchados" ¹³

El notario no es simplemente un espectador y legitimador del orden de los actos humanos en relación al bien común, recoge y además fija los hechos, determina las disposiciones legales aplicables e interpreta la voluntad de las partes, es decir los otorgantes, adecua las voluntades de los comparecientes a las exigencias del derecho y de la justicia, y además valora los títulos jurídicos y califica el acto o contrato objeto de la formulación instrumental, verifica la legalidad del acto o el contrato a realizarse y formula el instrumento correspondiente.

El notario debe tomar en cuenta, al interpretar la norma jurídica, los elementos gramatical, lógico-sistemático e histórico y finalista. El fin ilícito perseguido deberá ser tomado muy en cuenta.

¹³Pérez Fernández Del Castillo, Bernardo, *Ética Notarial*, ob. cit; pag 35.

Si bien es cierto todo profesionalista debe guardar siempre secreto profesional, pero las reglas de delicadeza son mucho mas estrictas en el notario que en los demás profesionistas, pensemos en el grave mal que puede causar un fedatario desleal o infidente. Un secreto divulgado puede incluso llevar a la ruina el patrimonio o la honra de una persona o familia.

No se deben cuidar exclusivamente la integridad de los derechos, sino también la integridad de las personas, ya que en las manos de un notario se depositan los intereses de las familias y las tradiciones de una ciudad.

Además del alto contenido ético que reviste el secreto profesional en el Notario Público, confiere al oficio de este, prestigio, dignidad y jerarquía. Una de las mas dignas formas de servicio profesional es el mantenimiento del secreto confiado. Por él se penetra en la intimidad del prójimo y se establece una amistosa participación existencial.

II.4.- Precisión y certeza en el acto jurídico otorgado por el notario.

El quehacer del notario es realizar actos de acuerdo a la voluntad y conveniencia de las partes.

No obstante que existen miles de leyes, reglamentos, decretos y disposiciones legales, a veces imposibles de conocer en su totalidad,

el notario debe procurar el dominio mas amplio acerca de las normas que regulan las relaciones humanas, y por tanto tiene la obligación de guiar a los que lo requieren hacia la adecuada utilización de las leyes.

El cliente acude al notario para obtener de él asesoría sobre una situación determinada. En ocasiones, el cliente ya lleva en mente el acto que desea otorgar ante el notario, y debe aconsejarlo sobre la manera de efectuarlo, y además advertirle si es o no adecuada la operación que pretende para el fin que espera lograr.

Desde luego existen personas que cuando acuden al notario ya llevan una asesoría previa, e incluso acuden con documentos previamente estructurados, como es el caso de las instituciones de crédito, en los cuales el notario debe incluso sujetarse a cierto tipo de contratos, sin omitir claro esta un estudio previo a los documentos presentados, ya que si adolecen de algún defecto, sería al propio notario a quien se le imputaría la responsabilidad por la ineficacia o nulidad del instrumento.

Será importante siempre hacer un interrogatorio previo al cliente, como por ejemplo los fines que se desean obtener, cuales son los antecedentes de la situación que ha llevado al solicitante a requerir de los servicios del notario, determinar la capacidad legal del o los otorgantes, si el acto o contrato a otorgarse se relaciona con la disposición de bienes, se debe establecer la posibilidad jurídica del

que pretende disponer de ellos, inquirir al solicitante acerca de sus datos generales, como lo son la nacionalidad, la fecha de nacimiento, lugar de nacimiento, estado civil, ocupación y domicilio, y en el caso de que exista matrimonio hacer hincapié en el régimen bajo el que se encuentra sujeto éste, asimismo se debe informar a los otorgantes la obligación de identificarse al momento de llevarse a cabo la firma. Deberá procurar el notario dirigirse a sus clientes con un lenguaje claro, sencillo y entendible.

Lo anteriormente mencionado lo regula la Ley del Notariado para el Distrito Federal, en sus artículos 33, 62, 64, 65, 79 y 89, en los que de manera clara describen los requisitos que debe exigir el notario para que se otorgue un instrumento.

Una vez que el notario ha llevado a cabo todos los requisitos necesarios, el resultado de su actuación será el acta o escritura pública. Esa acta o escritura debe ser confiable en su contenido y certeza jurídica, ya que se le considerará de pleno valor probatorio.

Se puede decir que, la forma del instrumento está hecha para servir al fondo, o sea, el instrumento al negocio; por eso las circunstancias especiales de éste pueden determinar una variación en el instrumento. Como ejemplo podemos citar los testamentos de las personas que no saben firmar, en los cuales, por las condiciones especiales del sujeto del negocio (fondo), se otorgan ciertas formas

(formalidades), que no serían necesarios si el testador supiera escribir.

Cuando el fin de la intervención del notario sea simplemente el autenticar un hecho, como lo sería una fe de hechos o el cotejo de un original con su copia fotostática, el documento que recoja esta actuación no contendrá parte dispositiva ni otorgamiento; puesto que no hay nada que disponer ni otorgar; ni se requerirá dar fe del conocimiento de las personas, ni de sus datos generales, puesto que en nada influye que éstas sean o no las que dicen ser, tampoco se requerirá afirmar su capacidad, mientras que todo esto si sería necesario al otorgar un testamento o una compraventa.

Es así como surgió la distinción entre actas y escrituras, ya que en las primeras se asientan los hechos jurídicos y en las segundas los actos jurídicos.

La Ley del Notariado para el Distrito Federal, pretende hacer una distinción en sus artículos 60, 82 y 84, entendiéndolo por escritura:

"El original que el notario asiente en el libro autorizado,..... para hacer constar un acto jurídico, y que contenga las firmas de los comparecientes y la firma y el sello del notario". y "El original que se integre por el documento en que se consigne el acto jurídico de que se trate, y por un extracto de éste que contenga sus elementos esenciales y se asiente en el libro autorizado". (artículo 60); y por

acta:" es el instrumento original en el que el notario hace constar bajo su fe uno o varios hechos presenciados por él, y que éste asienta en un Libro del Protocolo a su cargo a solicitud de parte interesada y que autoriza mediante su firma y sello". (artículo 82).

Como podemos apreciar la ley de la materia no aclara ni ahonda en la diferencia que existe entre acta y escritura. En realidad, la diferencia estriba en el tratamiento del contenido de cada tipo de instrumento. En la escritura el notario recibe la declaración de voluntad, la configura jurídicamente, la adecua a la ley para que produzca los efectos jurídicos deseados y le da forma pública; en el acta el notario se limita a recibir la declaración o percatarse del hecho y verterlos en el instrumento.

En la escritura nacen simultáneamente el contenido y el continente, el acto y el instrumento. Cuando se otorga una escritura de compraventa, la prestación del consentimiento hace surgir al mismo tiempo el contrato y la escritura; antes no existe ni uno ni otro. En el acta no hay esa simultaneidad: hay solución de continuidad entre el hecho y su recepción en el acta.

El notario público, como profesional del Derecho que es, debe tener una idea clara sobre las relaciones jurídicas que diariamente se desarrollan frente a él; al requerir de los servicios de un notario, éste inicia su tarea como consultor jurídico, para después dar forma a los instrumentos que son la finalidad de la función. Esto hace que el

notario sea un asesor imparcial de las partes, que someten a su apreciación los actos que desean llevar a cabo.

Al acudir las partes ante un notario, estas tienen inquietudes, y es obligación del notario dilucidar la inquietud de las partes y sus alcances, pues en el estudio de las situaciones de hecho, presentadas al notario, pueden existir matices precisos de aclarar. El notario buscará los motivos que han tenido las partes para efectuar una operación, interpretando su voluntad y encontrando lo que realmente desean y la manera de satisfacer esos deseos dentro del marco jurídico.

En todo momento, el notario debe dar a las partes un consejo eficaz. Con frecuencia un planteamiento jurídico tiene distintas soluciones, las cuales se pueden encontrar entre los negocios típicos o buscando una solución atípica particular; es en este momento cuando interviene la capacidad y la preparación jurídica del notario, quien consultando la legislación y realizando un análisis profundo del caso, formula un juicio jurídico que le permita aconsejar de la manera más adecuada a sus clientes, de manera que haya precisión en el acto jurídico a celebrarse.

Es así como el notario proporciona al cliente la confianza absoluta lo que implica que se otorgará justamente el acto que el necesita, y tendrá la certeza de que no se causarán erogaciones innecesarias, sino únicamente las indispensables para llevar a cabo el

acto deseado. Asimismo el cliente estará consciente de que el instrumento otorgado le servirá para resolver el problema que enfrenta o la situación que pretendía, y que la certeza del instrumento es incuestionable.

La actuación notarial debe servir eficazmente a quienes la buscan, encontrando respuestas a las interrogantes y obtener un medio jurídico adecuado para los fines propuestos.

Como sabemos, en los sistemas jurídicos sajones el notario no forzosamente debe ser jurista, por lo tanto los gastos tienden a duplicarse, ya que el cliente se ve en la necesidad de conseguir una asesoría jurídica previa y posteriormente acudir al notario para darle certeza y autenticidad a los documentos, y no sería raro encontrar actos jurídicos que no fueran eficaces; ya que por ahorrarse el cliente la consulta jurídica, se solicitarían certificaciones de documentos que carecerían de actos jurídicos adecuados.

Lo que pretendo dejar claro es que un buen abogado puede tener igual o mejor preparación que un notario, pero el cliente al acudir al notario del tipo latino hace que las funciones se especialicen y evita que exista una duplicidad de costos, asegurándose además de obtener el instrumento preciso y auténtico para un negocio o situación específicos.

Capítulo tercero

III.1 Características de la función notarial

III.2 Naturaleza jurídica del notariado

III.3 Ubicación del Derecho notarial y tipos de notariado

III.4 Naturaleza y Contenido de la función notarial

LA FUNCIÓN NOTARIAL.

III.1.- Características de la función notarial.

La función notarial se caracteriza por la plena fe que requiere, ya que desde la antigüedad, incluso desde la vida primitiva del hombre, ha sido necesario acreditar como auténticos los actos que se refieren a las relaciones del Derecho público. Es por esto que el hombre siente la necesidad de comprobar la existencia de la relación jurídica contralada, esta prueba era aportada por los litigantes, según las circunstancias que ameritara cada caso y es así como se llega al documento escrito, que, robustecido por el testimonio de los que en él intervinieron, era seguramente el grado máximo de la certeza judicial, y esto es lo que da origen a lo que jurídicamente se conoce como prueba preconstituida.

Los poderes del Estado vieron la necesidad de revestir a esa prueba preconstituida de una solemnidad especial y además practicarla ante delegados del poder, que al revestirla de su autoridad, la convierten en cierta y en exacta, eliminando así las posibilidades de discusión posterior y por tanto se constituye como obligatoria para las partes.

Esta autoridad del Estado, puesto en las manos de un particular, constituye la función notarial que se realiza por medio de los funcionarios autorizados para ponerla en práctica, conforme al

requerimiento de las partes guardando las normas que establecen tanto características como procedimientos especiales.

La función notarial es una exteriorización documentada y además auténtica, donde acuden las partes o la parte interesada, ante un funcionario público manifestando su voluntad, en la que se establecen, crean, modifican o extinguen relaciones jurídicas.

La función deriva del concepto de soberanía del Estado, y cae dentro del campo de la acción del Poder Ejecutivo.

En aquellos actos e los que se hace exigible la intervención del notario, encontramos que la función notarial se caracteriza, por la conversión del acto jurídico en auténtico, cierto y exigible, a diferencia del acto judicial, ya que este se caracteriza por la declaración hecha por este Poder a una determinada relación, sometida a su conocimiento en virtud de controversia.

El acto judicial se ve concluido con la sentencia y en cambio el acto notarial sólo fija una relación jurídica y es una forma probatoria de una manifestación de voluntad.

Al notario se le considera como uno de los depositarios de los intereses familiares, ya que él tiene en sus manos incluso tradiciones de una ciudad, puesto que bajo el amparo de la fe pública se asegura el derecho de los vivos y además se transmite a las sociedades futuras.

González Palomino al respecto dice "la función notarial consiste en dar carácter formal de instrumento público a ciertos documentos, y éstos en legal correspondencia con el instrumento público, como forma documental"¹⁴

La función notarial le otorga valor a ciertos documentos. El contenido formal del instrumento público, los fines de la función notarial y las formas jurídicas de la competencia de la función notarial son las que afectan a las relaciones entre particulares.

En el ejercicio de la función notarial, no solo se requiere de una cultura jurídica amplia, sino que también conviene ser un estudioso de la jurisprudencia, ya que es ésta la que resuelve los casos en los que las disposiciones legales presentan dualidad de interpretaciones, y por tanto se requiere además para dar a los instrumentos una adecuada interpretación jurídica.

El instrumento público está constituido por negocios jurídicos y afirmaciones del notario sobre su evidencia de declaraciones de voluntad pero a la vez, en todo instrumento público hay afirmaciones del notario sobre su propia actividad, no sobre evidencias exteriores, incluso hay instrumentos en los cuales se trata de evidencias notariales sobre una presunción de verdad, ya que no se trata de

¹⁴ González Palomino, José, *Instituciones de Derecho Notarial*, Instituto Editorial Reus. Madrid 1948. pag 115.

afirmaciones de evidencias del notario, entre las que se encuentran los juicios de capacidad, voluntad consciente, identidad con las partes, etc.

Las afirmaciones del notario sobre evidencias directas de negocios u actos jurídicos, tienen una mayor fuerza, ya que la afirmación notarial de la evidencia, se une con la colaboración de los interesados o de las personas que intervienen en la realización del acto, y si por algún motivo no pueden firmar o no saben hacerlo, es necesaria la colaboración de testigos cuya afirmación causa estado.

Las afirmaciones notariales sobre hechos se pueden referir a declaraciones de voluntad o de verdad del compareciente, o a hechos que el notario presencie, y estos pueden ser: materiales, entre los que se encuentran la situación que guardan las cosas o daños, etc. hechos humanos, entre los que se encuentran la existencia de personas en un lugar, conexión de personas o actuación de personas; y las declaraciones humanas como lo son las contestaciones o requerimientos.

El contenido del instrumento público, se fundamenta en la formación notarial, la que se desarrolla de la manera siguiente:

a) Afirmaciones del notario sobre su evidencia de negocios jurídicos, con la colaboración de los sujetos del negocio, que son las que incluyen el negocio en el instrumento y hacen del mismo la forma testimonial o dispositiva del negocio; en este punto podemos

mencionar las certificaciones que realiza el notario como podría ser el mencionar que se ha cerciorado de la capacidad de los comparecientes y que los ha identificado o en su defecto que conoce a estos personalmente.

b) Afirmaciones de valor, que son juicios del notario, es decir, son el presupuesto de la actuación notarial; que vendría a ser el contenido del acta o escritura pública a otorgarse.

c) Afirmaciones del notario sobre el cumplimiento de deberes propios, que son los que dan valor, estructura y forma de instrumento público, al documento notarial; que vendrían a integrar el cuerpo de la escritura, v.g. en una compra venta hacer mención de los comparecientes, número de escritura, etc; continuar con los antecedentes, después con las cláusulas del instrumento hasta llegar a las certificaciones y concluir así la escritura, cumpliendo con todos y cada uno de los requisitos del instrumento.

d) Afirmaciones del Notario sobre su evidencia de hechos materiales o humanos, como hechos reales, las cuales son funciones notariales independientes de la forma y dependen únicamente del valor de testigo acerca de las afirmaciones del notario, estas afirmaciones se incluirían únicamente en los hechos jurídicos, es decir actas como la fe de hechos.

La función notarial consiste en dar forma o hacer valer los negocios jurídicos, así como establecer la presunción de verdad a

ciertos hechos, mediante la afirmación pasiva de su evidencia por el notario, la cual se realiza en el momento mismo en que son para él evidentes, ya sea por su producción o por su percepción en el instrumento público, a solicitud de las partes y en la mayoría de los casos con la colaboración de éstas.

El maestro José González Palomino, acerca de la función notarial opina lo siguiente: "La función notarial propia es la de dar forma legal de instrumento público a ciertos documentos. El instrumento público está en directa conexión con el protocolo"¹⁵

La actuación del notario, como la de muchos profesionistas, no se limita exclusivamente a lo que es la esfera documental, sino que también interviene en la función de la docencia.

Dentro de la función del notario la que posiblemente se considera la mas importante es la actuación del notario como jurista, que según el maestro José González Palomino: "esta característica esencial de la función notarial la desarrolla en forma práctica siendo un jurisconsulto que no se cree privilegiado para decir cuál debe ser el derecho, sino que se considera como un técnico al servicio de las finalidades humanas, para procurarles satisfacción dentro de las

¹⁵ González Palomino, José, ob. cit; pag 120.

¹⁶ González Palomino, José, ob. cit; pag 133.

La función notarial es una función jurídica, destacando en ella la actividad profesional de jurista, siendo una función privada, es calificada con efectos de publicidad, con valor similar al de una función pública, y en ella destaca la actividad documental; y es una función legal porque su existencia y atribuciones derivan de la ley; y estos caracteres al concentrarse en la función notarial, le proporcionan el carácter de autonomía.

El notario está obligado a conocer perfectamente el derecho vigente, así como la doctrina, realizando una auténtica función jurídica. Hay ocasiones en las que la función del notario tiene que ir más lejos determinando que norma jurídica es la aplicable para cada caso, basándose en sus conocimientos de jurisprudencia y en su experiencia.

La función notarial también tiene como característica la autonomía, ya que el notario es de los pocos juristas no oficiales, que le otorgan a los instrumentos efectos de publicidad y de valor, como lo serían también las polizas del corredor público. El notario tutela intereses de orden colectivo y privado, y tiene atribuciones de fe pública como eficacia del acto.

El notario tiene la misión de cumplir y aplicar la ley en interés de la colectividad e indirectamente en interés del Estado; ya que recibe el

encargo directamente de las partes que intervienen en el negocio, y cuida de sus intereses, escoge soluciones convenientes al cliente y se convierte en su guía, con el fin de obtener buenos resultados con un mínimo de medios.

La función notarial es materia del Código Civil en los países latinos, y las funciones públicas del Estado son del dominio del derecho administrativo. En nuestro país la función notarial es formalmente administrativa, ya que realiza una función pública delegada por el Estado.

La función notarial se desenvuelve en las relaciones de carácter privado, y las relaciones estatales sólo en algunos casos requieren de la función notarial; como se desprende del segundo párrafo del artículo 134 de nuestra Carta Magna, que dice:

"... Las adquisiciones arrendamientos y enajenaciones de todo tipo de bienes, prestación de servicios de cualquier naturaleza y la contratación de obra que realicen, se adjudicarán o llevarán a cabo a través de licitaciones públicas mediante convocatoria pública para que libremente se presenten proposiciones solventes en sobre cerrado, que será abierto públicamente...."

En el párrafo que antecede podemos observar claramente la necesidad de la intervención del notario público dando fe de los hechos ocurridos, no obstante cuando el Estado interviene ante un

notario no ejerce su potestad y no se trata, de un interés general, sino que interviene como un simple individuo con personalidad jurídica.

III.2- Naturaleza jurídica del notariado.

DEFINICIONES:

Para José María Mengual y Mengual, el Derecho Notarial, puede ser definido en dos sentidos. En el ámbito positivo, dice que es "el conjunto de normas de carácter positivo que regulan el funcionamiento y organización de la Institución Notarial en los distintos países"; y en el sentido doctrinal "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".¹⁷

El maestro Giménez-Arnau hace un análisis de las dos definiciones citadas y dice que la que se refiere al ámbito positivo, omite la referencia al contenido de la función notarial; y en cambio la segunda, atiende exclusivamente al contenido de la función limitada a

¹⁷ Mengual y Mengual, José María. Elementos de Derecho Notarial, Tomo III, Barcelona, 1933, pags. 10 y 16.

la exteriorización permanente del Derecho y la representación legal de las relaciones jurídicas.

Para Gimenez-Arnau el Derecho Notarial es "Conjunto de doctrinas o de normas jurídicas que regulan la organización de la función notarial y la teoría formal del instrumento público".¹⁸ Asimismo advierte el autor que en el concepto transcrito se encuentran comprendidos los preceptos orgánicos, así como las actuaciones que constituyen exteriorización de hechos.

El maestro Castán Tobeñas postula, la limitación de la sustantividad y autonomía del Derecho Notarial a su expresión formal, es decir, "el que afecta a la parte ritualia del Derecho", al formulismo que ha de emplearse al plasmar el Derecho Estatal es la voluntad de las partes o en las necesidades y especialidades del servicio, sin negar que sea conveniente para fines didácticos y profesionales, agrupar las normas de este Derecho formal con las de Derecho material o contractual. Sin embargo, persiste en opinión de este mismo autor el problema de la rigurosa autonomía científica y escribe: "¿Cómo atribuir a los preceptos que rigen la capacidad y la validez intrínseca de los diversos actos notariales principios propios diversos de los principios del derecho común, el mercantil o el administrativo,

¹⁸ Giménez-Arnau, Enrique. Introducción al Derecho Notarial, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1944, pag 2.

que sean aplicables a cada uno de dichos actos según su naturaleza?".¹⁹

Dice el maestro Giménez-Arnau que "solamente las reglas que rigen la intervención del funcionario notarial, que modula su actividad y determina la trascendencia jurídica de ella, son Derecho Notarial".

En mi opinión el Derecho Notarial debe clasificarse como rama del Derecho Público y debe ser definido como el conjunto de normas que crean y regulan la actividad de los notarios, y éstos intervienen en los hechos y actos jurídicos determinados por la ley con el propósito de darles formalidad, precisión, certeza y seguridad.

Para Giménez-Arnau el Derecho Notarial comprende dos grandes ramas: la primera de ellas es la relativa a la organización notarial y la segunda es referente a la función notarial, comprendiendo en ésta a la teoría formal del instrumento público.

Es importante atender al siguiente esquema que nos presenta el citado autor.

¹⁹ Castán Tobeñas, José. Prologo a la obra de Mengual y Mengual, José María "En torno a la función notarial en Anales de la academia Matritense del Notariado", Tomo II, págs. 359 y 360; Madrid, 1946.

		1).-Derechos y deberes del Notario.
	I.Organización	2).-Competencia Notarial
	(del Latín "Juris-Dicere", decir el derecho. Función exclusivamente judicial).	3).-Jurisdicción y jerarquía.
CONTENIDO DEL DERECHO NOTARIAL		
		1).-La escritura
		2).-El acta
	II.Función	3).-El testimonio
		4).-La copia
		5).-El protocolo ²¹

Me gustaría llevar a cabo un breve desarrollo del esquema anterior:

LA ESCRITURA; es el documento original asentado en el protocolo del notario, y en esta se hace constar un acto jurídico en el que se asienta la firma y sello del notario. El licenciado Bernardo Pérez Fernández del Castillo divide a la escritura en las partes

²¹ Giménez-Arnau, ob. cit; pág. 14.

siguientes: Proemio, antecedentes, clausulado, representación, generales, certificaciones y autorización.

EL ACTA; en el acta se hacen constar las descripciones de los hechos jurídicos y materiales. En su artículo 82 la Ley del Notariado establece:

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

EL TESTIMONIO; es el documento expedido a las partes o interesados, ya que la matriz de la escritura o acta permanece en el protocolo, por lo que los interesados pueden solicitar cuantos testimonios quieran. El testimonio está formado por la transcripción de la escritura o el acta, y la reproducción de los documentos que obran en el apéndice.

La Ley del Notariado para el Distrito Federal, en su artículo 93 dice:

"Art. 93.- Testimonio es la copia en la que se transcribe íntegramente una escritura o acta notarial y se transcribe o se incluyen reproducidos los documentos anexos que obran en el apéndice, con excepción de los que estuvieren redactados en idioma

extranjero, a no ser que se les incluya en fotocopia, con su respectiva traducción y los que se hayan insertado en el documento ..."

LA COPIA; el valor de una copia certificada es semejante al del testimonio, pero hay una diferencia, ya que el testimonio se refiere a un documento autorizado definitivamente por el notario, mientras que la copia carece de esta característica. La copia se expide haciendo constar actas o escrituras públicas que no han sido autorizadas definitivamente.

El notario también puede expedir copias simples, las cuales pueden ser impresas, fotográficas o fotostáticas. Estas son para información de los interesados y como presunción de la celebración del acto y carecen de valor probatorio pleno.

EL PROTOCOLO; etimológicamente y de acuerdo con el "Diccionario de la Lengua Española", el término protocolo está compuesto por dos palabras de origen griego: "protos", primero y "colao", pegar.

Actualmente existen varias clases de protocolo : el protocolo ordinario (también denominado protocolo cerrado porque está previamente encuadernado); el protocolo abierto especial; protocolo del Patrimonio Inmueble Federal; y el protocolo consular.

La Ley del Notariado para el Distrito Federal lo define de la manera siguiente:

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

En base al esquema referido el maestro Giménez-Arnau señala que su exposición se complementa con una parte general que debe comprender: al notario y el notariado; su historia; su organización en el Derecho comparado; fuentes del Derecho Notarial; y teoría general del instrumento público (concepto, fines, efectos y clase).

III.3.- Ubicación del Derecho Notarial y tipos de notariado.

La ubicación de la disciplina del Derecho Notarial no representa grandes problemas atendiendo a la distinción entre Derecho público y Derecho privado, ya que aún cuando incluyéramos la reciente clasificación del llamado Derecho social, dejaríamos sin duda alguna al Derecho Notarial en la clasificación de Derecho público, ya que es una facultad delegada del poder ejecutivo.

Giménez-Arnau opina que el Derecho Notarial debe ser incluido en el campo del Derecho Público "como público es el Derecho procesal y la parte del Derecho inmobiliario que estudia la organización y el régimen del Registro. Aunque los fines últimos de todas esas clases de normas sean la defensa de derechos e intereses privados, la intervención del Estado o de sus representantes en el

ejercicio de su finalidad de realizar normalmente el Derecho y restaurar el orden jurídico perturbado, da a todas esas ramas un carácter marcadamente público".²²

El maestro Bellver Cano realiza una distinción entre los diversos tipos de notariado:

a).- Notariado de profesionales libres (notariado libre o inglés); quienes no necesariamente requieren ser licenciados en derechos, sino únicamente obtener la patente o fiat de notario.

b).- Notariado de profesionales públicos (notariado profesionalista tipo alemán);

c).- Notariado de profesionales-funcionarios (países con sistema civilista escrito). En este punto encontramos al notariado latino y principalmente México, que se caracteriza por tener un conjunto de normas escritas.

En la mayor parte de los países de sistemas civilistas escritos, el notario público es un importante funcionario cuya intervención es decisiva, en casi todas las transacciones legales. En tanto que en Inglaterra y en los Estados Unidos, las tareas del notario en ocasiones, aparecen como superficiales. Sin embargo en Francia la función notarial ha logrado dignidad y poder. El notario francés tiene

²² Giménez Arnau, *ob. cit.*; págs. 15 a 18.

un cargo vitalicio e irremovible, y únicamente en excepcionales ocasiones ha logrado conservar el poder de traspasar o vender su función y su oficina a un sucesor designado por él mismo.

En Estados Unidos y en Inglaterra, la función notarial consiste en la autenticación de títulos de propiedad y en la certificación de documentos comerciales, así como en la constitución de depósitos y certificación de declaraciones testimoniales para emplearse en procedimientos judiciales.

En México, no obstante el carácter público del notario, éste es únicamente un auxiliar de la administración pública, no recibe un salario, ni tiene derecho a pensión alguna. Sus emolumentos los obtiene a través de sus honorarios, los que se encuentran establecidos en un arancel, el cual a partir de la reforma de 1988, permite que el notario cobre en base a un número determinado de salarios mínimos, lo cual considero un acierto ya que cada instrumento que se lleva a cabo en la notaría es distinto y por tanto distinto debe ser el costo de cada uno de ellos.

III.4.- Naturaleza y contenido de la función notarial.

El notario público desempeña una función muy compleja dentro del sistema jurídico mexicano, ya que no se limita únicamente a ser depositario de la fe pública extrajudicial, como en otros sistemas jurídicos, en los que los notario son solamente testigos de probada

credibilidad; sino que en México, el notario es también consejero y asesor en materia jurídica, como ya lo vimos, y además es un recaudador fiscal gratuito, legitimador y asegurador del derecho.

Al realizar su función, el notario realiza diversas tareas que ejemplifican su actuación:

a).- Tarea de creación o elaboración jurídica que es: recibir, interpretar y dar forma a la voluntad de las partes.

b).- Tarea de redacción: redactando los instrumentos adecuados al fin buscado.

c).- Tarea de autenticación: confiriendo autenticidad a los documentos.

d).- Tarea de autorización: cumpliendo los requisitos previos y posteriores al otorgamiento del instrumento, como las autorizaciones del Estado y las obligaciones fiscales.

e).- Tarea de conservación: custodia y archivo de los originales de los instrumentos, y

f).- Tarea de reproducción: expidiendo copias, las cuales dan fe del contenido de los documentos.

Todas estas tareas se las confiere la legislación positiva.

Para el buen desempeño de la función notarial el notario deberá cumplir con lo dispuesto por el artículo 33 de la Ley del Notariado para el Distrito Federal que a la letra dice:

Artículo 33.- "En ejercicio de su función, el notario orientará y explicará a los otorgantes y comparecientes el valor y las consecuencias legales de los actos que el vaya a autorizar".

Como podemos ver las consecuencias que implica este texto son de importancia fundamental, ya que representan para el notario una gran responsabilidad frente a las partes que intervienen en el instrumento notarial e incluso frente a terceros y frente al Estado.

Podemos asegurar que el notario público desempeña una función múltiple en el sistema jurídico, la cual debe aspirar a dar autenticidad a los actos ante él otorgados y a que dichos actos contengan un medio formal de fijación que asegure sus efectos, tanto entre las partes como entre sus causahabientes y futuros interesados.

Para poder entender el papel del notario en el sistema jurídico, se deben exponer las principales teorías que existen sobre la naturaleza de la función notarial:

a).- FUNCIÓN LEGITIMADORA: Esta teoría habla de la función notarial, como la destinada a dar carácter jurídico a las personas, las cosas y los actos, aplicando el Derecho que emana de un Poder

Legitimador, al respecto estoy de acuerdo ya que la función del notario emana directamente del poder y facultades que le otorga el Estado.

b).- FUNCIÓN ASEGURADORA DE DERECHOS: Dice que la función notarial contribuye a la seguridad jurídica, en virtud de que el notariado es un órgano social que tiene a su cargo, de manera directa, la salvaguarda de dicha seguridad en la vida normal. Esto quiere decir que tal función es preventiva, a diferencia de la judicial que sólo interviene en caso de violación o contienda, asegurando los derechos de los que plantean los casos ante la judicatura, no me parece la teoría más adecuada, ya que realmente el notario no salvaguarda del todo la seguridad de una persona, ya que es más bien consejero, y por ejemplo en la constitución de una sociedad o una protocolización de un acta de asamblea no puede el notario asegurar ni salvaguardar la seguridad de una persona y únicamente cumplirá con aconsejarlo.

c).- FUNCIÓN PROMULGADORA DE NORMAS JURÍDICAS PRIVADAS: Según este concepto, la misma misión que tiene la promulgación respecto de las leyes generales dictadas por los distintos órganos legislativos, la tiene la función notarial respecto de las normas jurídicas elaboradas por los particulares. Para que a éstas se les pueda considerar como tales, es necesaria su incorporación al ordenamiento jurídico mediante una proclamación solemne, que de manera implícita lleva a cabo el notario por el hecho mismo de la prestación de su función. En cuanto a esta teoría mi opinión es

contraria ya que el notario de ninguna manera puede promulgar normas jurídicas.

d).- **FUNCIÓN LEGITIMADORA ESPECIAL:** Dice esta teoría que junto a las tres funciones clásicas que son la ejecutiva, legislativa y judicial, hay que admitir la función legitimadora, que comprende las normas e instituciones mediante las cuales el Estado asegura la firmeza, legalidad, autenticidad y publicidad de los hechos jurídicos y derechos de ellos derivados; el órgano más importante de esa función es el notariado, que por abarcar también otras misiones de índole distinta como son las asesoras o autenticadoras, tienen en su conjunto una configuración especial.

e).- **TEORÍA DE LA FE PÚBLICA:** Para esta teoría la función del notario radica en dar fe de ciertos actos, y el valor del instrumento notarial el de hacer fe de su existencia y de todo o parte de su contenido. La vida jurídica según esta teoría sería imposible si se pudiera negar o poner en duda todos los actos jurídicos y contratos cuya celebración no se hubiese presenciado. Por tanto, es preciso encontrar algún medio para que los mismos no puedan ser desconocidos, puestos en duda o negados por los que en ellos han intervenido. Atendiendo a esta necesidad, el Derecho emanado del Poder Público, cuando aquellos actos se han llevado a cabo en presencia de un "testigo público", impone a todos la creencia en su certeza. En esa eficacia y certeza que concede el Poder Público a los actos autenticados por el Funcionario (notario) en quién él delega, consiste la fe pública notarial.

f).- **TEORÍA DE LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA:** La idea emanada desde la antigüedad de el notario como "juez cartulario" encargado de "juzgar" los procesos que simulados a los que las partes voluntariamente asistían para obtener el resultado jurídico negocial perseguido, ha llevado a algunos autores a considerar la función notarial como una actividad de jurisdicción voluntaria; dice esta teoría que además la actividad notarial participa de las características que definen esa jurisdicción: se ejerce sin estar en juego ni promoverse cuestión alguna, entre partes conocidas y determinadas; tiene una misión preventiva de litigios, perpetuando o legalizando la memoria de algún hecho, asimismo constituye situaciones jurídicas y es fuente de ejercicio de derechos, en conclusión podemos aplicar a la función notarial una definición doctrinal de jurisdicción voluntaria que dice:

"Se actúa intervolentes, esto es, a solicitud de una o varias partes que hallándose de acuerdo en sus respectivas pretensiones, buscan el ministerio del Juez para imprimirles un sello de autenticidad",

Sustituyendo la palabra "juez", por "Notario".

g).- **TEORÍA DE LA FORMA PUBLICA:** Esta teoría considera que el origen del notariado se produce de la manera siguiente:

El Estado se da cuenta de los beneficios que produce la forma escrita en los negocios jurídicos, de que éstos consten por escrito y por lo tanto el mismo Estado se da cuenta de que esas ventajas tienen mayor auge si la forma escrita cuenta con la intervención y la supervisión de un funcionario público. El Estado cuenta con funcionarios encargados de otras funciones que dan forma pública a algunas clases de negocios jurídicos, entre estos funcionarios encontramos a los secretarios. No obstante, esto no es necesario ya que es preciso que todos los negocios de cualquier clase que sean, puedan adoptar una forma pública, y puedan obtener las ventajas que la intervención de un funcionario público brinda; esto puede conseguirse de dos formas:

a).- Ampliando las atribuciones de los funcionarios ya existentes o,

b).- Creando un nuevo órgano, el cual tenga la función de intervenir en cualquier negocio jurídico y dotarlos, por su intervención, de forma pública. Este órgano es precisamente el Notario, cuya función es documentadora, creadora de formas públicas.

Al ser creado este órgano y dotada su actuación de garantías que pueden ser previas, simultáneas o posteriores, el Derecho no tiene objeción alguna en conceder a su intervención, o mejor dicho al documento en que cristaliza, determinados efectos legitimadores sustantivos, probatorios, ejecutivos, etc.

Como se puede observar todas estas teorías narran aspectos distintos de la función notarial, como lo es su eficacia, su naturaleza, el medio empleado y sus alcances.

En la teoría de la fe Pública, se hace notar el valor probatorio del resultado de la actividad notarial; la teoría de la jurisdicción voluntaria cuenta con la ventaja de permitir el aprovechamiento de la amplia elaboración científica que sobre esa figura jurídica se ha realizado, colocando a la función notarial en otra de mayor antigüedad, pero no obstante, la asimilación de la función notarial a la jurisdicción voluntaria sólo puede admitirse a condición de diferenciar y separar la función notarial de aquel aspecto de la jurisdicción voluntaria que consiste en la declaración de derechos o en la protección de personas.

Si bien es cierto, ninguna teoría, por sí sola, cuenta con todas las características de la función notarial; todas ellas son certeras en sus afirmaciones y podríamos asegurar que si se unieran, en conjunto formarían "la teoría de la función notarial".

En un sistema jurídico como el nuestro, dentro de la función notarial se destaca la naturaleza de la misma y la fuerza y efecto de la intervención notarial, ya que participa de la naturaleza de la jurisdicción voluntaria, impone la creencia en la realidad de los hechos que el que la ejerce, como testigo público, presencia y le da forma pública a los negocios jurídicos.

ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA

El maestro Castán Tobefias, en su obra "Función Notarial y Elaboración Notarial del Derecho", pretende determinar y encuadrar a la función notarial dentro de las actividades del Estado, y se inicia con un análisis general de los poderes y funciones del Estado, para de éste llegar a la ubicación del llamado poder legitimador que da lugar la función notarial.

En principio, el autor señala que el poder unitario del Estado contemporáneo se dilucida en las tres áreas clásicas: legislativa, ejecutiva y judicial. De éstas resultan tres funciones básicas: La normativa, la administrativa y la jurisdiccional. Como sabemos, todo esto data de la idea de Aristóteles seguida por Locke y principalmente por Montesquieu.

La función notarial llena uno de los fines esenciales, universales del Estado; es una necesidad del Estado. La función como hecho, es anterior a la norma que la regula. La historia del Derecho, el Notariado y sus funciones han variado. Ahora bien, aunque los funcionarios y la institución llevaran otro nombre, en palabras del maestro Giménez-Arnau: "Existirá siempre en el Estado político la ineludible necesidad de realizar el Derecho y la de que esta realización sea, en su mayor parte, por la vía normal, y sin intervención de los tribunales de justicia que, además de interpretar la ley tienen imperium para imponer coactivamente su cumplimiento".²³

²³ Giménez-Arnau, ob. cit; pág. 22.

Respecto de la problemática referente a la teoría de la separación de poderes y la progresiva relativización de sus postulados el maestro José Castán Tobeñas advierte que más bien puede hablarse de coordinación.

La función del notario y su naturaleza son objeto de cuatro posiciones doctrinarias que le dan diversas ubicaciones.

En primer término nos encontramos con el encuadramiento de la función notarial dentro de la esfera del Poder Ejecutivo o de la administración pública.

En España entre los destacados seguidores de esta corriente nos encontramos con el maestro Montejo, quien considera a la actividad notarial como "uno de los servicios públicos que el poder administrativo está llamado a realizar".²⁴

Para entender el criterio del maestro Montejo, de considerar a la función notarial como un servicio público, es oportuno establecer conceptos. De esta manera tenemos que, el servicio público "es una actividad que tiende a la satisfacción de una necesidad o interés general bajo las condiciones fijadas por al autoridad pública".²⁵

²⁴ Prologo a la obra de Sancho-Tello, Redacción de instrumentos públicos, 3ª edición; Valencia, 1943, Tomo I, págs. 8 y 9.

²⁵ Ruiz Massieu, José Francisco. La Empresa Pública. Un estudio de Derecho sobre México, Ediciones del Instituto Nacional de Administración Pública, México, 1980.

Es cierto el criterio del licenciado Ruiz Massieu y sobre todo adecuado a nuestro país, si partimos de la base de que el Estado es el único que puede llevar una actividad al rango de servicio público, asumiéndola directamente a través de particulares.

Al respecto considero importante señalar el artículo tercero y cuarto de la Ley del Notarido para el Distrito Federal, los cuales señalan:

"ART.3º.- El ejecutivo de la unión por conducto del Jefe del Departamento del Distrito Federal autorizará la creación y funcionamiento de las notarías..."

"ART.4º.- El Ejecutivo Federal en la esfera administrativa, dictará las medidas que estime pertinentes para el exacto cumplimiento de esta ley y para la eficaz prestación del servicio público del notariado".

Podemos decir que los notarios, por disposición expresa de la Ley mexicana, prestan el servicio público del notariado.

La segunda tesis atribuye a la función notarial una categoría autónoma dentro de las que deben ser destacadas como representativas de las instituciones que del Estado contemporáneo alcanzan mayor importancia. Debe citarse en este grupo, la doctrina de Romagnosi que llega a distinguir en el Estado hasta ocho poderes: determinante (legislativo), operante (administrativo), moderador (un

Senado con tres cámaras de los jueces, de los conservadores y de los príncipes), postulante (protector), judicial, coactivo (ejército), certificante (fe pública) y predominante (de la opinión pública).

Una tercera posición, que es posiblemente la más discutida y la que mas enseñanzas ofrece, pretende situar a la función notarial dentro de la jurisdiccional, a través de la clásica distinción entre la jurisdicción propiamente dicha o contenciosa y la jurisdicción voluntaria. Por la importancia que reviste esta postura será necesario analizarla más adelante.

Por último, la cuarta tesis que postula la ubicación de la actividad notarial dentro de la función reguladora o legitimadora que pretende encuadrar a la actividad notarial como un poder especial del Estado, y asegura que el poder legitimador posee un ámbito más amplio que el de la jurisdicción voluntaria.

TESIS QUE PRETENDE INCLUIR A LA FUNCION NOTARIAL EN LA JURISDICCIONAL: *Dentro del amplio campo del Poder Judicial del Estado, surge la posibilidad de ubicar a la función notarial dentro de la jurisdicción voluntaria. En efecto, si se acepta que la función jurisdiccional no se limita a resolver litigios, sino que se extiende al deslinde de situaciones jurídicas mediante la declaración concreta del Derecho y abarca, también el interés de la seguridad de las relaciones jurídicas y de las garantías que las tutelan, una función preventiva que define situaciones específicas, el análisis permitiría*

con cierta facilidad, comprender a la función notarial dentro de estos últimos ámbitos.

Para el maestro Lavandera la actuación notarial es función de justicia o función jurisdiccional, pues implica la facultad de aplicar las leyes y administrar justicia en los negocios civiles, en base a una especie de jurisdicción prorrogada, según el jurista, por conformidad de las partes, para la "declaración del Derecho verdadero y justo". Este autor llega a precisar que el notariado es "la Magistratura de la jurisdicción voluntaria, que, con autoridad y función de justicia, aplica la ley al acto jurídico que se celebra en esta esfera, con la conformidad de las partes, declarando los derechos y obligaciones de cada una; lo aprueba, legaliza y dirige su cumplimiento en el proceso documental".²⁶

Si atendieramos a la etimología de la voz originaria, Bellver Cano sostiene que la función notarial es jurisdiccional, porque va encaminada a declarar el Derecho, a "decir el Derecho". Destaca en la propia jurisdicción voluntaria el señalamiento de sus finalidades especiales que al declarar la norma del caso concreto son: hacerla aplicable al acto jurídico propuesto; recogiendo la voluntad de los

²⁶ Lavandera, Víctor, Acto Público, Ministerio notarial, "Revista de Derecho privado", 1915, págs.228 y sigts. Del mismo autor, el artículo Magistratura Notarial, en la Revista cit. 1917, pág. 205.

*sujetos de la relación jurídica; por sí y fijando las consecuencias y derivaciones del propio acto jurídico.*²⁷

En cuanto a la opinión del maestro Bellver Cano considero que no es del todo cierta, ya que cualquier consultor jurídico puede declarar la norma del caso concreto y aplicarla al acto jurídico de que se trate y no únicamente el notario es quien puede hacerlo.

En su introducción al Derecho Notarial, el celebre jurista Giménez-Arnau expone que la naturaleza jurídica del notariado no puede ser asimilada a la judicial, porque obedece a una finalidad distinta, preventiva fundamentalmente y porque carece del imperium que es característico, esencial, de la jurisdicción formal.

José María Sanahuja y Soler en su tratado de Derecho Notarial, admite que en principio, la función notarial se analoga con la jurisdicción voluntaria en cuanto función de legalización o legitimación, pues mediante ella se declara la validez jurídica del negocio, al quedar incorporado el hecho dentro de la proposición general establecida en la norma jurídica. No obstante, advierte este autor que en el proceso de legalización efectuado ante el notario público, quedan varios espacios jurídicamente abiertos, de tal modo que en cualquier momento la situación jurídica establecida, puede someterse al conocimiento de juez competente y la fuerza de cosa

²⁷ Bellver Cano, A. principios de régimen notarial comparado, Madrid, E.d. Suárez, pags.

juzgada, la definitividad, sólo corresponde a la conclusión que en representación del Estado, da el juez a la cuestión planteada. Por lo tanto la función notarial es diversa, tiene sus formas y efectos peculiares y no puede asimilarse dentro de la jurisdiccional.

ANALOGÍAS Y DIFERENCIAS ENTRE LA FUNCIÓN NOTARIAL Y LA JUDICIAL: Para poder analizar las características de la función notarial, el maestro Castán Tobeñas comienza por señalar el objetivo común que vincula a las dos funciones en cuestión: la actuación o aplicación del Derecho, en el caso concreto. Para el citado jurista una y otra son funciones de justicia. El notario, como el juez, "son órganos de ella que tienen por misión asegurar el triunfo de la misma, y consiguientemente de la moralidad que va inseparablemente unida a la justicia, en las relaciones civiles, no obstante que en mi opinión esta función no es exclusiva del notario sino de cualquier abogado.

Entre las funciones jurisdiccional y notarial, además de las diferencias estructurales de origen y ubicación de cada una de ellas, se encuentran importantes desigualdades. Al respecto, Antonio Vázquez Campo, jurista hispano, expone lo siguiente:

"Por el caso o supuesto que da lugar a la intervención de uno y otro.-El Notario actúa en sentido positivo sólo cuando las normas objetivas del Derecho hallan en las voluntades privadas la adhesión debida; el juez interviene o debe intervenir, solamente cuando se presume o se demuestra que alguna de dichas voluntades de

despegó de tales normas, ya de un modo espiritual - desconociéndolas, negándolas -, ya de un modo material - vulnerándolas, perturbándolas -. Por los intereses que reclaman la distinta intervención.- La intervención del Notario se solicita por intereses aislados o enlazados; el juez, por intereses contrapuestos, lo que no quiere decir que, a veces, el interés privado que requiere la declaración legitimadora no aparezca también en oposición a otro u otros intereses privados".²⁸

En cuanto a los distintos efectos que resultan de las dos funciones analizadas se encuentran también importantes diferencias. El acto jurisdiccional por excelencia: la sentencia, posee la autoridad de cosa juzgada cuando ya ha causado ejecutoria; en tanto que el acto notarial no está investido de dicha autoridad y sólo implica una presunción *iuris tantum* de legitimidad y autenticidad. En el sistema jurídico latino, la declaración legitimadora notarial se encuentra subordinada a la definitiva decisión judicial, en caso de controversia promovida por quien estime postergado o perjudicado ilegalmente su derecho subjetivo. El juez posee autoridad para revisar el proceso notarial, y corregir, en su caso, los elementos que en el proceso jurisdiccional resulten violatorios a las normas jurídicas.

Es importante precisar, que la posibilidad de revisión judicial no es absoluta, pues la necesidad de conceder a la fe pública, en el

²⁸ Vázquez Campo, Antonio, *Ideario Notarial (Naturaleza y desenvolvimiento del poder legitimador del Estado)*. Burgos, 1928. págs. 101 y sigts.

ámbito jurídico que le es propio, la eficacia jurídica debida determina que las actuaciones contenidas en e l instrumento público amparadas por la fe del notario no puedan ser contradichas o rectificadas, sin causa legal suficiente para ello, debidamente calificada por el Derecho sustantivo, y probadamente instrumentada en el proceso judicial correspondiente.

OPINIÓN DEL MAESTRO CASTÁN TOBEÑAS: Una vez realizado el balance relativo a las analogías y diferencias que existen entre la actividad judicial y la notarial, el citado jurista, pretende dilucidar si la función notarial, indudablemente separada de la jurisdicción contenciosa, puede encuadrarse, dentro de la llamada jurisdicción voluntaria y, si esta última es verdadera y propia jurisdicción.

Goldschmidt, procesalista, postula un carácter de justicia meramente preventiva a la jurisdicción voluntaria, contrapuesta a la jurisdicción contenciosa, que para este autor, es "justicia represiva o compensativa".²⁹

El maestro Castán Tobefias concluye que cualquiera que sea la posición que se adopte frente a este problema, se puede precisar que la actividad notarial participa de las notas que se atribuyen a la jurisdicción voluntaria: "se ejerce inter volentes y sin contienda entre

²⁹ Goldschmidt, Derecho Procesal Civil, trad. de Prieto Castro, Barcelona, Labor, 1936, pág. 126.

partes adversas; presta una tutela preventiva al Derecho privado; actúa en la constitución de las relaciones jurídicas, dirigiéndola y dotándola de validez formal e interna de un título auténtico; imprime a los actos y negocios jurídicos la solemne garantía de legitimidad del poder público, que el Notario representa. por algo los orígenes del Notariado aparecen tan ligados a la jurisdicción voluntaria".³⁰

Dentro del cuestionamiento planteado nos encontramos con el análisis del significado general de término jurisdicción, el cual significa en principio, la actividad que consiste en decir o declarar el Derecho, operación que se realiza silogísticamente subsumiendo a una situación concreta, de hecho, en el marco de lo estipulado por una norma jurídica abstracta, operación que caracteriza tanto al acto judicial como al notarial. Al respecto el maestro Castán Tobeñas señala "a).- Que la finalidad de realización o aplicación del orden jurídico es, en cierto modo y con unos u otros grados o matices, común a todas las funciones jurídicas estatales, no siendo ni siquiera extraña la actividad administrativa, b).- Que el uso corriente suele referir lo jurisdiccional específicamente a lo judicial, y no a toda actividad declaratoria del Derecho, ejercida por órganos extrajudiciales, c).- Que la doctrina científica más moderna, precisando el genuino y estricto sentido de la jurisdicción, viene a

³⁰ Castán Tobeñas, José. *Función Notarial y Elaboración Notarial del Derecho*, Madrid, nº50, págs. 28 y 29.

dificultar sobremanera la admisión de la concepción del Notariado como actividad jurisdiccional".³¹

En mi opinión la función notarial es una facultad delegada del ejecutivo, quien le atribuye la facultad de autenticar y dar fe a los diversos actos y hechos jurídicos que ante el se van a desarrollar. Asimismo es importante hacer notar que esta facultad que se le atribuye al notario es por tiempo determinado, por lo que el tiempo en el que el notario dure en sus funciones deberá realizar éstas de la mejor manera posible, ya que así como el poder ejecutivo le atribuye la facultad también puede revocarsela si se llegará a percatar de que el notario actúa en contra de la ley.

TESIS QUE POSTULA LA EXISTENCIA DE UN PODER LEGITIMADOR QUE SE ATRIBUYE AL NOTARIO.

Es importante recordar la postura del maestro Enrique Ahrens, quien califica a la actividad notarial como función de justicia reguladora o legitimadora, la cual coexiste con las llamadas justicia preventiva y justicia reparadora.

La idea del maestro Ahrens fue adoptada por Antonio Monasterio Gali, Notario de Tortosa, en su trabajo de "biología de los Derechos en la normalidad y su representación por medio del Registro de Actos de la vida Civil", en la cual su autor destacó la necesidad de

³¹ Castán Toheñas, José. ob. cit; pág. 30.

justificación de una función del Estado que, aplique su acción al Derecho "para los fines de la normalidad". El celebre notario delimitó, además, la naturaleza jurídica del órgano adecuado para cumplir dicha función y el procedimiento correspondiente.³²

El citado jurista Ahrens, siguiendo la clasificación de la justicia en tres ramas, en el campo de la justicia reguladora caracteriza al Notariado como "la magistratura de la paz jurídica".

El célebre jurista y notario Antonio Vázquez Campo, representa la tesis que pondera la existencia de un poder legitimador del Estado que se atribuye fundamentalmente al Notariado, al Registro Público y a la llamada jurisdicción voluntaria. El notario confiere al acto o negocio jurídico la forma que es la base de la ulterior legitimación y de la publicidad que han de dar a los órganos del registro a los derechos que del acto originario puedan desprenderse. Por tanto, es el notario "el introductor de interés a la legitimación preventiva". Los fines del Estado comprenden además de la creación de las normas generalizadas, la declaración del Derecho en los casos de controversia o cuando el titular de un derecho solicita fundadamente dicha declaración, además de la misión de coadyuvar en la formación, demostración y plena eficacia de los derechos en las relaciones normales y pacíficas, mediante instituciones que aseguren la

³² Monasterio Gali, Antonio, publicación en la "Revista Jurídica" Tomo VIII, Madrid, 1910, págs. 605 y sigts.

legitimidad y autenticidad de los hechos y actos jurídicos y la publicidad de los derechos que de tales actos se originen.

De las consideraciones anteriores el maestro Vázquez Campo lleva su análisis hasta la afirmación de la existencia de una nueva función específica del Estado: La función legitimadora y por consecuencia, la existencia de un llamado Derecho legitimador que comprendería, en esta posición, todas aquellas normas e instituciones por las cuales el Estado asegura la firmeza, legalidad, autenticidad y publicidad de los hechos jurídicos y de los derechos que son su consecuencia.

En cuanto a la tesis en estudio, el célebre y tantas veces citado jurista Castán Tobeñas precisa que las funciones jurídicas de referencia se encuentran distribuidas en una serie de órganos diversos y reguladas por procedimientos, en ocasiones, dispersos: La llamada jurisdicción voluntaria, el Notariado y los diversos tipos de registros públicos. No obstante, el autor señala que "en el Notariado radica la primera, en el orden del tiempo, y la más general, central y básica de esas funciones legitimadoras".³³

Por lo expuesto anteriormente podemos concluir que la naturaleza jurídica de la función notarial es de Derecho Público, reconocida en los sistemas latinos y que el carácter público de la

³³ Castán Tobeñas, José. *ob. cit.*, págs. 36 y 37.

institución notarial se desprende de las finalidades de la autenticidad y la legitimación de los actos jurídicos.

En mi particular manera de ver las cosas para poder determinar la naturaleza jurídica de la función notarial, es conveniente distinguir previamente, la función que desempeña el notariado y las diferencias que existen entre la legislación, la administración y la impartición de justicia.

Las tres funciones públicas de legislar, administrar e impartir justicia, pueden distinguirse sobre todo a partir de los actos en que las mismas se materializan.

Como sabemos la autoridad legislativa tiene como atribución principal la de expedir leyes. La ley se caracteriza por ser general. Produce efectos jurídicos generalizados, para no referirse a personas concretamente identificadas sino aplicarse a todo aquél que configura el mismo supuesto.

Las autoridades administrativa y judicial tienen como atribuciones principales, emitir, respectivamente, actos formalmente administrativos y resoluciones jurisdiccionales. Ambos tipos de actos se caracterizan por ser particulares. Producen efectos jurídicos individualizados, para referirse a personas concretamente identificadas, aún cuando materialmente realicen otro tipo de actos.

No obstante, el acto administrativo y la resolución jurisdiccional se diferencian entre sí. Por lo que respecta al primero es el acto jurídico de efectos individualizados en el que el interés público del Estado es contraparte del interés de otra persona, y la resolución jurisdiccional es el acto jurídico de efectos individualizados mediante el cual se decide imperativamente respecto de la procedencia jurídica de la pretensión de un promovente, en el que el interés público del Estado no es parte en el caso sino que, ese interés es el que la decisión sea conforme a Derecho, cualquiera que sea su sentido.

Es evidente destacar que a la función a la que propiamente correspondería el notariado es a la administrativa. El notario no decide sobre lo que el interesado hizo o dispuso sino que fundamentalmente certifica y, en su caso formaliza. El interés público que con ello persigue el Estado es el de dar la certeza y seguridad en el tráfico jurídico tan necesarias para el bien público temporal. La certeza y la formalidad evitan innumerables controversias y consiguientemente la onerosidad propia de los juicios en que se resolverían, y da oportunidad a los interesados a pensar mejor las disposiciones que hacen.

En definitiva, podemos asegurar que de las posiciones expuestas resulta que el notario es un funcionario público que, por delegación del Estado, ejerce una función cuya finalidad es contribuir a la normal realización del Derecho.

CONCLUSIONES

1.- La necesidad de la función notarial se remonta a los primeros tiempos, cuando se ve la necesidad de crear la escritura, esta necesidad de hacer constar algunos hechos y actos considerados como relevantes, da lugar a la incipiente división del trabajo, a la aparición y en cierta forma especialización, de persona dedicadas al cumplimiento de las funciones que hoy conocemos como función notarial.

2.- A raíz de la creación de la obra de Justiniano, la profesión del escribano comenzó a adquirir autonomía, al surgir una primera regulación específica de la actividad.

3.- Con la aparición de los nuevos principios políticos, hacia el final del siglo XVIII, en especial la legislación napoleónica y su influencia en los Estados apegados al Derecho Romano-Germánico, se consolida el notariado moderno.

4.- Con la realización de este trabajo podemos observar que existen opiniones muy diversas y en ocasiones contradictorias en cuanto al concepto, naturaleza y alcance del Derecho Notarial, por lo que algunos de ellos le atribuyen carácter sustantivo y otros adjetivo, y señalan que su naturaleza es jurisdiccional, autónoma, pública-administrativa e incluso legitimadora. En mi opinión y como ya se citó,

la función notarial es de derecho público y una facultad delegada del poder ejecutivo.

5.- La fe pública notarial implica, además de atestiguar y dar carácter de veracidad, el más estricto cumplimiento del derecho en los actos jurídicos; la debida requisitación a priori y a posteriori de los negocios jurídicos y la certeza del usuario en cuanto a los que su interés necesita.

6.- Como se hizo notar en el presente trabajo, la fe es tener creencia en algo, confiar en alguien, y es sin duda el notario, la persona que reúne estas cualidades, ya que quien acude al notario, lo hace convencido de que lo que el notario le aconseje será lo mas adecuado y certero para el fin buscado.

7.- La ética notarial , es la característica necesaria que debe tener el notario, ya que él es depositario de la confianza del Estado y de los particulares y todos esperamos de él las más amplias cualidades morales que tan delicada función merece, afortunadamente en nuestro país los notarios se encuentra en un elevado nivel moral, por lo que la persona que obtenga la patente de notario es, sin duda alguna la persona que reúne todos y cada uno de los requisitos indispensables para desarrollar la función notarial.

8.- En mi opinión el Derecho notarial es la rama del derecho encargada de regular a la institución notarial, creado como auxiliar de la administración pública; el cual interviene en los hechos y actos

determinados por la ley para darles formalidad, certeza y seguridad jurídica.

9.- La naturaleza de la función que desempeña el notario es compleja, por lo tanto requiere del análisis de las tres funciones públicas, que son a saber, la de legislar, administrar e impartir justicia. En efecto, la autoridad legislativa tiene como atribución principal la de expedir leyes, la cual se caracteriza por ser general, aplicable a todo aquél que configura el mismo supuesto. Las autoridades administrativa y judicial emiten, respectivamente, actos administrativos y resoluciones jurisdiccionales, las cuales se diferencian entre sí. En tanto que el primero es el acto jurídico de efectos individualizados en el que el interés público del Estado es contraparte del interés de otra persona, la resolución jurisdiccional es el acto jurídico de efectos individualizados mediante el cual se decide imperativamente respecto de la procedencia jurídica de la pretensión de un promovente, en el que el interés público del Estado no es parte en el caso, sino que, ese interés únicamente es el de que a decisión sea conforme a Derecho, cualquiera que sea su sentido. Por consecuencia lógica, la naturaleza propia de la función notarial es pública-administrativa ya que el notario no decide sobre lo que el interesado hizo o dispuso, sino que indudablemente se traduce en el interés público que con ellos persigue el Estado de dar certeza y seguridad en el tráfico jurídico tan necesarias para lograr el bien público temporal.

10.- El notario público tiene la obligación legal de asesorar, orientar y explicar a las partes interesadas, en el otorgamiento de los

instrumentos notariales; no se limita su función a la de ser testigo de calidad, como sucede en otros sistemas jurídicos, y por lo tanto el notario requiere ser un profesional del Derecho con capacidad científica comprobada.

11.- El notario público debe familiarizarse con cada asunto, ponerse en contacto con el para poder estar en posibilidad de dar al solicitante la mejor solución al problema planteado. Por lo tanto el notario debe investigar a fondo las causas y los efectos de los actos jurídicos que han de celebrarse, de manera que el cliente otorgue precisamente el instrumento que necesita para la finalidad que persigue.

12.- La función notarial en nuestro país cuenta con un merecido reconocimiento, la población en general confía y cree en el notario, y además hay un punto importante a tocar, todas las personas alguna vez necesitamos de un notario.

13.- La naturaleza jurídica de la función notarial es meramente pública, es decir el notario es un funcionario público que cumple con una función delegada del ejecutivo.

BIBLIOGRAFIA

BAÑUELOS SANCHEZ, FROYLAN. *Derecho Notarial, interpretación, teoría, práctica y jurisprudencia.* 3a edición, Cárdenas editor y distribuidor, México, 1984.

BERNARD TOMÁS, DIEGO. *Escribanos Adscriptos, una Institución Argentina, Doctrina Legislación y Jurisprudencia,* Valerio Abeledo Editor, S.A, Buenos Aires, Argentina, 1971.

CARRAL Y DE TERESA, LUIS, *Derecho Notarial y Derecho Registral,* 11ava edición, Editorial Porrúa, S.A, México, 1989.

CASTAN TOBEÑAS, JOSÉ, *Función Notarial y Elaboración Notarial del Derecho ,* Madrid, 1950.

CASTAN TOBEÑAS, JOSÉ, *Prólogo a la obra de José María Mengual y Mengual en torno a la Función Notarial en Anales de la Academia Matritense del Notariado, Tomo II, Madrid, 1946.*

GATTARI, El Objeto de la Ciencia del Derecho Notarial, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1969.

GIMÉNEZ ARNAU, ENRIQUE, *Derecho Notarial, 2a edición,* Ediciones Universidad de Navarra, S.A. Pamplona, 1976.

GIMÉNEZ ARNAU, ENRIQUE, *Introducción al Derecho Notarial,* Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1944.

GONZÁLEZ PALOMINO, JOSE, *Instituciones de Derecho Notarial,* Instituto Editorial Reus, Madrid, 1948.

LAVANDERA, VICTOR, *Acto público, Ministerio Notarial, Revista de Derecho Privado,* 1915.

MENGUAL Y MENGUAL, JOSÉ MARIA, *Elementos de Derecho Notarial, Tomo III, Barcelona, 1933.*

OMEBA, *Enciclopedia Jurídica*, Tomo VII, Editorial Driskill, S.A, Buenos Aires, Argentina, 1991.

PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, BERNARDO, *Apuntes para la Historia del Notariado en México*, Editado por la Asociación Nacional del Notariado Mexicano, México, 1979.

PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, BERNARDO, *Derecho Notarial*, Quinta Edición, Editorial Porrúa, S.A, México, 1991.

PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, BERNARDO, *Ética Notarial*, 3a Edición, Editorial Porrúa, S.A, México, 1990.

PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, BERNARDO, *Iconografía Notarial Mexicana*, Edición del Autor, Imprenta Aldina, México, 1988.

PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, OTHÓN, *Derecho Notarial*, Tesis para obtener el grado de Doctor en Derecho. Edición del Autor, México, 1972.

ROJINA VILLEGAS, RAFAEL, *Derecho Civil Mexicano*, Antigua Librería Robredo, Varios Tomos, México, 1960.

RUIZ MASSIEU, JOSÉ FRANCISCO, *La Empresa Pública. un estudio de Derecho sobre México*, Ediciones del Instituto Nacional de Administración Pública, México, 1980.

LEGISLACIÓN

Ley del Notariado para el Distrito Federal, 1945 y 1979.

Ley General de Sociedades Mercantiles.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Ley Orgánica de la Administración Pública Federal.

Código Civil para el Distrito Federal.

Código de Comercio.

Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

PUBLICACIONES PERIÓDICAS

REVISTA DE DERECHO NOTARIAL, Publicada por la Asociación Nacional de Notariado Mexicano A.C; Número 97, Año XXXI, Enero de 1988.

REVISTA DE DERECHO NOTARIAL, Publicada por la Universidad Nacional Autónoma de México, Facultad de Derecho, División de Estudios de Posgrado, Tomos I y II, 1989.

ÍNDICE

Introducción.....	pag. 1
Capítulo primero.....	pag.3
<i>I.1.- Función notarial en la antigüedad</i>	
<i>I.2.- Función notarial en México</i>	
Capítulo segundo.....	pag.31
<i>II.1.- Fe pública y ética notarial</i>	
<i>II.2.- Definición de la fe pública</i>	
<i>II.3.- La ética notarial</i>	
<i>II.4.- Presición y certeza en el acto jurídico otorgado por el notario</i>	
Capítulo tercero.....	pag.55
<i>III.1.- Características de la función notarial</i>	
<i>III.2.- Naturaleza jurídica del notariado</i>	
<i>III.3.- Ubicación del Derecho notarial y tipos de notariado</i>	
<i>III.4.- Naturaleza y contenido de la función notarial</i>	
Conclusiones.....	pag.95
Bibliografía.....	pag.99