

870109 4
2ej

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE GUADALAJARA

Incorporada a la Universidad Nacional Autónoma de México

FACULTAD DE DERECHO



FALLA DE ORIGEN

*Aspectos Jurídicos fundamentales de la Institución del Notariado
y su unificación conceptual Legislativa*

TESIS PROFESIONAL

Que para obtener el Título de
LICENCIADO EN DERECHO
P r e s e n t a
Fernando Silva Navarro

Guadajara, Jal., Agosto  1995



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.

DEDICATORIAS

Al Señor por haberlo permitido.

**A mis padres por su inapreciable
ayuda y comprensión.**

**A mi esposa, Marfa del Refugio y
a mis hijas: Norma Angélica, Mónica
y Claudia por haber compartido
sacrificios y alegrías.**

**Al Señor Licenciado Marcos Mora
Martín, por sus incondicionales
muestras de amistad.**

I N D I C E

INDICE.

| | |
|--|----|
| INTRODUCCION Y PROPOSITO DEL TRABAJO..... | 1 |
| CAPITULO I | |
| JUSTIFICACION DE LA EXISTENCIA DE LA INSTITUCION DEL NOTARIADO..... | 4 |
| CAPITULO II | |
| ANTECEDENTES HISTORICOS..... | 6 |
| 1. Generalidades..2. Los Hebreos, 3. Egipto. 4. Roma. 5. Grecia. 6. Edad Media. 7. España. 8. Nueva España. 9. México. | |
| CAPITULO III | |
| LA FUNCION NOTARIAL EN EL MUNDO ACTUAL..... | 13 |
| CAPITULO IV. | |
| NATURALEZA JURIDICA DEL DERECHO NOTARIAL..... | 15 |
| 1. Generalidades. 2. Naturaleza Adjetiva, Formal y Pública. | |
| CAPITULO V | |
| LA FE PUBLICA NOTARIAL..... | 23 |
| 1. Etimología y Antecedentes. 2. Concepto. 3. Fundamento. 4. Contenido. 5. Eficacia. | |
| CAPITULO VI | |
| ESQUEMA CONCEPTUAL DEL INSTRUMENTO PUBLICO..... | 36 |
| 1. Concepto. 2. Su importancia. 3. Condiciones que debe reunir. | |

CAPITULO VII

EL PROTOCOLO..... 47

1. Generalidades. 2. Etimología y significado.
3. Concepto. 4. Su origen. 5. Propiedad. 6. Contenido. 7. Firma y Sello . 8. Notas marginales.
9. Cierre. 10. Propiedad.

CAPITULO VIII.

EL TESTIMONIO..... 54

CAPITULO IX.

LA UNIFICACION DE LA LEGISLACION NOTARIAL EN MEXICO.... 56

1. Preliminares. 2. El Tema y el Régimen Federal..
3. Precisiones doctrinales. 4. Nuestro Tema.

CAPITULO X

— LA CRISIS DEL DERECHO. Posición del Notario ante Ella... 66

CONCLUSIONES..... 69

BIBLIOGRAFIA..... 72

INTRODUCCION Y PROPOSITO DEL TRABAJO.

En todo régimen de derecho, se tiene la facultad, no sólo de percibir, cualidad derivada del aspecto intelectual del hombre, sino de revisar, para luego depurar todo tipo de estructuras, especialmente aquellas de índole humanística, tal y como nos lo exige el espíritu preferencial de quienes abordamos el estudio del derecho.

El elaborar un trabajo de Tesis, a efecto de recibir la Licenciatura en Derecho, no es simplemente una carga académica. La finalidad debe ser otra: mostrar que lo sembrado no lo fue en tierra estéril y dar luz a problemas específicamente planteados dentro de la inmensa gama que nos ofrece el estudio del Derecho.

Limitados a un estudio general, debido a la escasa atención que sobre la materia existe de parte de nuestros teóricos, trataremos de aportar algunas ideas de carácter doctrinario, así como establecer criterios para la unificación legislativa de la materia, coadyuvando así, a alcanzar los fines de nuestro sistema jurídico.

Dada la gravedad de los conflictos de leyes, particularmente en un régimen federal como el nuestro, se hace necesaria la creación de conceptos uniformes en lo que se refiere a la legislación notarial, que contengan, además, los re-

quisitos normativos que debe cubrir el acto jurídico para -- que sea contenido en el instrumento público y los elementos de forma, tanto de éste, como del testimonio.

En consecuencia, el propósito que nos animó a tratar el tema ofrecido, fue no solo el prurito de conocer más a -- fondo una de nuestras instituciones jurídicas, sino que es el resultado de seguir un esquema de ideas, proceso mediante el cual, no podemos concebir al derecho como un orden estático, sino como un constante cambiar, acorde al legítimo propósito de bienestar social y jurídico, toda vez que las disciplinas que integran un sistema de derecho, son el vigoroso marco de desarrollo de los pueblos.

En esas condiciones, al pretender hacer un estudio de la Institución del Notariado, lo hacemos con la más firme -- convicción de que el Derecho no es un orden estático, sino -- que consideramos que el sistema normativo de una nación dueña de su historia, debe obtener la realización de anhelos colectivos por medio de su dinámica, elemento que, aunado a su fiel interpretación y justa aplicación, servirá para alcanzar los altos fines que el pensamiento del hombre le ha señalado.

Por tanto, los estudiosos del derecho debemos conocerlo cada vez mejor y creer en él con honda pasión, para ser los guías que lleven a todos aquellos que depositen en noso-

tros tan altos valores como la libertad y derechos tan apreciados como la propiedad, a caminos de tranquilidad y bienestar, que es la meta que debe tener perfectamente delimitado Abogado.

CAPITULO I

JUSTIFICACION DE LA EXISTENCIA DEL NOTARIADO.

JUSTIFICACION DE LA EXISTENCIA DEL NOTARIADO.

Dada la intensa relación existente entre los hombres y considerando que de esa cada día más estrecha interdependencia, nacen actos y hechos jurídicos que los sujetos de esa relación quieran o deban darles autenticidad, ello, bastaría para justificar la existencia de la institución del notariado.

Pero esa justificación debemos encontrarla no sólo en aspectos jurídicos, sino en niveles de muy rico contenido social, al margen de nuestra ley positiva.

A partir de la época en que la inter relación humana se hizo más compleja y con esto las relaciones comerciales y económicas se hicieron partícipes de ese cambio, desaparece el simple método del trueque y, en consecuencia, también la actividad de las partes se amplía, puesto que terminaba con el acto de posesión de los bienes intercambiados.

El hombre toma conciencia de que sus transacciones deben estar mejor garantizadas y así aparecen personas especializadas para otorgar esa garantía jurídica.

Decíamos líneas arriba que la justificación de la existencia del notariado la encontraríamos en niveles de contenido social y no solamente legal. Pues bien, siendo el Notario un verdadero especialista, más que un técnico en dere-

cho, para resolver y señalar los caminos de equidad a los -- que comparecen ante su oficio, el funcionario se convierte en consejero e instructor de sus clientes, función que le es impuesta por la ley.

Y esa justificación a que hemos hecho alusión, la fijamos en la necesidad de la seguridad en las transacciones, -- que hace que en una sociedad moderna sea verdaderamente indispensable la existencia de un Notariado organizado, además de lo que enseguida expresamos.

Así como en sociedades primitivas no encontramos Arquitectos, ni Médicos, ni Químicos, sino artesanos, alquimistas o curanderos, ahora tenemos Notarios y no escribanos u -- hombres que saben escribir; todos cumpliendo una importantísima función, acorde a las necesidades y características de su época.

Es por esto que, como ya lo afirmamos, el derecho no -- es un orden estático, sino una adecuación a los problemas -- que la sociedad va enfrentando. Y en la solución a esa problemática, que nos lleva a realizar nuestra perfectibilidad, fincamos la justificación, no solo del Notariado, sino de toda actividad humana que fundada en los principios del derecho natural y guiada por los del Cristianismo, ayuden al -- hombre en su eterna búsqueda de la felicidad.

CAPITULO II
ANTECEDENTES HISTORICOS.

ANTECEDENTES HISTORICOS.

1. Generalidades. El documento ha sido el instrumento mediante el cual, el hombre se ha servido para dejar constancia de su evolución que a través de los siglos ha cumplido en la historia.

Esta, para lograr su reconstrucción, necesita técnicas y medios a efecto de obtener la probanza, y el documento ha sido un medio eficaz de evaluación probatoria.

El tipo de documento más primitivo que la historia nos señala, es el documento oral, consistente en la transmisión por la vía del lenguaje, que era el único medio que el hombre poseía para comunicarse. Toda la comunidad, linaje o tribu, se constituía en testigo del acontecimiento verbalmente transmitido. Esos hechos iban de boca en boca a través del tiempo y del espacio y obviamente tenían un alto grado de inseguridad conforme la tradición avanzaba.

Posteriormente, tuvieron más firmeza los documentos escritos que encierran en ellos mismos la narración de etapas históricas, encontrándonos con un testimonio que adquiere un superior valor, en cuanto a la veracidad de lo ahí narrado.

El documento escrito siempre ha necesitado de un redactor, cuya intervención reviste mayor importancia en la -

edad antigua, puesto que la aptitud para poder escribir estaba limitada a unos cuantos.

De lo anterior podemos deducir que primero fue el documento y luego el notario; aquél creó al fedatario; hoy, el funcionario público hace el documento.

2. Los Hebreos. Existían diversas clases de "Escribas": del rey, de la ley, del pueblo, del estado. Al parecer ejercían fé pública, pero no de propia autoridad, sino por la que dimanaba de la persona de quien dependían; se les usaba más por sus conocimientos caligráficos, que de leyes, razón por la cual opinamos que estos escribas eran solo amanuenses.

3. Egipto. Existieron escribas sacerdotales encargados de la correcta redacción de los contratos, pero el que verdaderamente autentificaba estos actos, era el magistrado, quién ejercía la fé pública mediante la imposición de su sello y, en consecuencia, la labor de fedatario la desarrollaba el magistrado y no el escriba. Pondera afirma que: "...En la época más antigua de Egipto, entre los negocios de derecho privado, se encuentra un documento garantizado por un sello oficial de cierre...posteriormente encontramos documentos autenticados mediante un estricto formulario y las firmas del notario (SIC) y de dos testigos, garantizado frente a añadiduras posteriores o falseamientos". (1)

4. Roma. La tarea notarial en Roma estaba muy dispersa, encontramos personajes que desarrollaban tal función llamados Tabellio y Tabullarius, así como Notarius, Amaneuses y Argentarius. Los primeros son los que más se acercan a la figura del notario actual, siendo una diferencia notable la que resulta de la solemnidad de los actos, que radicaba en la práctica ritual y no como en la actualidad, que es una consecuencia del instrumento.

El Tabullarius desempeñaba funciones oficiales del censo y en esa virtud era custodio de documentos oficiales, generalizándose la costumbre de la guarda de documentos de orden privado, como testamentos y contratos. La fé pública la tenían sólo en lo que se refería a cuestiones del censo y al hecho de la entrega de los documentos que custodiaban.

Posteriormente surgen los Tabelliones, que son profesionales privados, dedicados a redactar y conservar testamentos y contratos. La diferencia entre estos y los Tabullarius, consiste en que mientras los primeros tienen su origen en el derecho público, (labores censales), los segundos lo tienen en la esfera privada.

Algunos historiadores del derecho notarial, como Ponde, afirman que en Roma no son los Notarius los que tienen fé pública, sino los jueces que son los que otorgan fuerza

probatoria a los actos, por lo que concluye que el Notarius es más un profesional que un funcionario. Sin embargo creemos que ya tenfa ciertas características de especialidad que lo acercan al concepto moderno.

5. Grecia. Es hecho histórico que en Grecia existieron oficiales públicos encargados de redactar documentos a los ciudadanos. Así se habla de los "singraphos" y de los "apógraphos" y de un registro público llevado por los primeros. También existfan los "Mnemon", quienes formalizaban y registraban los tratados públicos y convenciones, así como los contratos privados.

6. Edad Media. En el siglo XII aparece ya el notario con funciones perfectamente delimitadas, como representante de la fé pública. Rodulfo Tolandino de la Escuela de Bolonia, es señalado como el precursor de la ciencia notarial; pero a pesar de que influyó determinadamente en el desarrollo de esta disciplina, España ya estaba a la cabeza del movimiento legislativo notarial.

7. España. Como extraordinaria excepción, España tenía organizaciones provincianas forales, donde la autoridad del monarca estuvo restringida. Como nota curiosa mencionamos una institución política, el "iusticia", con aptitud para vetar resoluciones monárquicas y formidable apoyo para el respeto ciudadano.

Debido a esta característica de su régimen foral, la legislación se enriqueció en conceptos, pues al contrario de lo que sucede actualmente en nuestro país, la diversidad de leyes no ofrecía serias contradicciones.

En Aragón y Valencia especialmente, el notariado alcanzó una gran jerarquía y amplio desarrollo, no encontrados aún en el notariado Boloñes en la época de Rolandino.

8. El Advenimiento del Notariado en América. El siglo XV se caracterizó por la maduración de conocimientos que, en variados sentidos el hombre cultivó y perfeccionó. El saber se generalizó y los esfuerzos de inventiva de unos pocos trascendieron en su aplicación práctica, materializándose en la labor y audacia de muchos.

Cuando el 12 de octubre de 1492 Cristóbal Colón pisó tierra americana en la isla de Guanahaní, llamado por él San Salvador y que posiblemente sea la conocida ahora con el nombre de Watlin, se levantó la primer acta autenticada en América, por Don Rodrigo de Escobedo, enviado en la expedición colombina por la corona, en calidad de escribano del Consulado del mar.

Es así como Don Rodrigo de Escobedo es el primer notario de América.

La llegada de los españoles a América, trajo la legis

lación hispánica. A estas normas legales se les sumaron, -- posteriormente, aquellas que fue dictando la corona para el territorio conquistado y en trance de colonización, previendo las características que singularizaban cada región, y que por razones naturales, requerían distinto tratamiento legislativo. Lo que se refería al notariado, lógicamente cayó -- dentro de los mismos principios.

9. México. Nuestra nación constituyó el lugar donde España habría de realizarse con más plenitud en América. Hubo circunstancias que favorecieron esa situación, como pueden ser, la mayor proximidad con la metrópoli, comparativamente a la mayor extensión a recorrer, así como la celeridad con que llegó la imprenta a los territorios mexicanos y el establecimiento pronto de la universidad. Quizá el Perú es la nación que puede rivalizar con la nuestra en la concepción de tierra de ultramar, donde con más integridad pudo revelarse el genio español.

Esta breve reseña histórica del notariado en México, -- la iniciamos a partir del año de 1573, en que se formó, lo que podría ser el antecedente de los actuales colegios de notarios: La "Cofradía de los Cuatro Evangelistas". Dos siglos después, en 1792, se creó el Real Colegio de Escribanos de la Ciudad de México, que continúa con su actividad hasta la fecha, con el solo cambio de nombre, pues hoy se denomina Colegio de Notarios de la Ciudad de México.

Las primeras disposiciones ya tematizadas, que regulan la actividad notarial, fueron dadas en el año de 1853, mediante la ley que se dictó "Para arreglos de la administración de justicia en los Tribunales y Juzgados del fuero común para todo el país".

Posteriormente el 29 de noviembre de 1867, se promulgó la ley Orgánica para Notarios y Actuarios del Distrito Federal, en que ya se delimita perfectamente la actividad notarial, en cuanto a que han de actuar en sus propios protocolos, así como algunas reglas en cuanto a la forma y solemnidad del otorgamiento. En 1901 se dicta una ley para el notariado del Distrito Federal y Territorios, que le otorga una personalidad definitiva a la institución, mediante preceptos que ordenan, por ejemplo, el sistema de protocolo en libro encuadernado "a priori", la exigencia de fianza a quienes ejercitarían la función, y ya, terminantemente, se exigió el título de abogado a los aspirantes y el sustentar un examen práctico ante el Colegio de Notarios y acabó con las notarías que existían como propiedad de su titular, por haber sido adquiridas en compra, limitando su número, conforme a la cantidad de habitantes otorgando, así mismo, adscripción territorial.

La actual ley para el Notariado del Distrito Federal, promulgada el 23 de febrero de 1946, es considerada como una de las más avanzadas del mundo.

CAPITULO III

LA FUNCION NOTARIAL EN EL MUNDO ACTUAL.

LA FUNCION NOTARIAL EN EL MUNDO ACTUAL.

Dado lo intrincado de las relaciones humanas en sus distintas manifestaciones, desde las sociales hasta las políticas, desde las mercantiles hasta las familiares, el notario desempeña una importantísima función: recoger y guardar con prestigioso celo en el insondable arcón de su protocolo, las libres voluntades de los hombres. Son los fieles y legales traductores de las transacciones, por sutiles e intrincadas que se les presenten; afirman y sostienen la confianza de los contratantes y prestan solidez a la vida económica del país.

Pero por encima de todo, son los oficiantes del culto a la certidumbre, como afirmación de pasado, presente y futuro. Su dogma es la verdad, la verdad a secas, impoluta, cristalina, inmutable, a pesar de todas las presiones y por encima de todas las circunstancias. La verdad, no como fondo de ornamentación superflua, sino como idea directriz de la existencia, en su ser y en su manera de ser, ya que no basta que la verdad notarial sea de integridad intrínseca, es necesario que sea ajena a distorsiones unilaterales, o a confusiones no previstas; es imperativo que la verdad sea expuesta con verticalidad y rectitud.

Su actuación está basada en la ornamentación de la limpieza profesional, carente de obscuridad y de misterio;

debe ejercitarse con albuza, desde el protocolo que se aloja en el vientre del archivo, hasta el testimonio que sale al exterior a correr suerte en todas las aventuras de su ralea; desde el respeto a la jurisdicción, hasta el manejo del último valor; desde el uso castizo del lenguaje, hasta el trato comedido y eficiente al público.

Hablar de ética notarial, sería una redundancia, pues es tanto como hablar de la heroicidad del héroe o de la santidad del santo. Las normas morales van invitadas en la vocación notarial, se resumen en su naturaleza misma y son parte de su ser legal, en el formulismo jurídico de la sociedad y virtud trascendente en la vida cotidiana.

La función notarial en el mundo actual, se resume en la guarda de la fé pública, fé que es una derivación de la humana, que se enciende como antorcha inextinguible, desde nuestro nacimiento y cuyos efectos se dejan sentir aún después de la muerte. Fé pública que clama el ejercicio de todas las virtudes y la negación de todos los vicios; fé pública que, donde a manera de pantalla, se reflejan todas las voluntades con expresión de integridad fotográfica y que se guardan avaramente en su fidelidad realizable.

Esa guarda de la fé pública, debe concebirse como un tesoro, pero al mismo tiempo como espada de justicia, pues todos los conceptos antes expresados, lo fueron considerando el mundo del deber ser.

CAPITULO IV
NATURALEZA JURIDICA DEL DERECHO NOTARIAL.

NATURALEZA JURIDICA DEL DERECHO NOTARIAL.

1. Generalidades.

Dentro de la ciencia del derecho, el notarial es una rama casi inexplorada por nuestros dóctrinistas, dificultándose esa tarea desde el momento en que se quiere determinar a que rama pertenece, pues hay quien afirma que es de derecho privado, quien de derecho público.

Los que lo circunscriben dentro del derecho civil, -- consideran que el notario se concreta a legalizar relaciones individuales de carácter privado. El error de esta corriente consiste en que para ubicar al derecho notarial atienden solamente a su fin, sin analizar las leyes que rigen la actuación notarial y la teoría del instrumento público.

Para nosotros, el derecho notarial se debe clasificar dentro del derecho público, considerándolo como una rama del administrativo. Razonaremos lo anteriormente afirmado de la siguiente manera:

Gabino Fraga, en su "Tratado de Derecho Administrativo", parte del concepto "Atribuciones del Estado", para elaborar su obra, siendo estas el contenido de la actividad estatal, es decir, los fines que el estado trata de alcanzar; por tanto, al definir el derecho público, lo hace adoptando el significado de ese concepto, como base sustentante de todas las instituciones del derecho administrativo, pues, para

Fraga, el concepto "atribución", no es exclusivo de ninguna de las disciplinas del derecho público, sino que es común a todas ellas y de esta manera, propone la siguiente definición de derecho público: "Conjunto de normas que rigen la Organización del Estado y la actividad de este, encaminada directamente al cumplimiento de las atribuciones que al mismo corresponden". (1)

Así mismo define al derecho administrativo, como "Rama del derecho público que regula la Actividad del estado -- que se realiza en forma de función administrativa". (2)

En consecuencia para saber si estamos dentro del campo de derecho público, debemos atender a la finalidad de la norma, es decir, si esta hace posible la realización de las atribuciones del estado, nos encontramos dentro del campo de esa rama.

Bonnad, en su "Derecho Administrativo", clasifica las atribuciones del estado, que regulan la actividad de los particulares; en tres grupos:

- 1) Atribuciones del estado para reglamentar la actividad privada.
- 2) Atribuciones que tienden al fomento, limitación y vigilancia de la misma actividad.
- 3) Atribuciones para subsistir, total o parcialmente-

la actividad particular, o para combinarse con ella, en la satisfacción de necesidades colectivas.

Para los efectos de este trabajo, nos interesa solamente la primera categoría de las atribuciones enunciadas.

Refiriéndonos a esa primera atribución, la función administrativa se manifiesta, esencialmente, a través del Registro Público de la Propiedad y de Comercio y con el servicio notarial, forzoso en algunos casos, voluntario en los demás, constituyendo así alguna de las formas en que la función administrativa interviene para legalizar y dar estabilidad a las relaciones entre particulares.

Siendo el derecho administrativo una rama del derecho público, pues regula la actividad estatal, encaminada a satisfacer parte de sus atribuciones, como son las que realiza la función administrativa, la actividad notarial es una de las formas en que se manifiesta, y consecuentemente debemos considerar al derecho notarial, como parte del administrativo y por tanto del derecho público.

Una vez que hemos encuadrado al derecho notarial dentro de esa clasificación, pasaremos a ocuparnos de lo que es el notario y la naturaleza de su función.

Lavandera, dice que el notario es "La magistratura de la jurisdicción voluntaria que con autoridad y función de --

justicia, aplica la ley al acto jurídico, que celebra en esa esfera, con la conformidad de las partes, declarando los derechos y obligaciones de cada una de ellas, aprobando, legalizando y sancionando con validez, autenticidad y ejecución, para luego autorizar y dirigir su cumplimiento con el proceso documental". (3)

Esta definición puede ser fácilmente impugnada, pues Lavandera, otorga a la función notarial un carácter jurisdiccional que evidentemente no lo tiene, ya que como quedó debidamente acreditado, el notario realiza su función dentro del campo de lo administrativo, sin que en ningún momento caiga dentro del ámbito jurisdiccional.

Sannabini afirma que la función notarial es "...Una función pública con características privadas, pues la autenticidad del documento exige que el notario sea un funcionario público, pero no un funcionario del estado; el ejercicio privado de la función pública notarial y su misión social, le niegan el carácter de funcionario estatal". (4)

Ambas tesis las consideramos inaceptables, ya que el ejercicio del notariado es una función eminentemente pública, correspondiendo dicho ejercicio al poder ejecutivo, quien por delegación lo encomienda a los notarios, elevándolos a la categoría de funcionarios, pues es a través de ellos que el estado realiza parte de sus atribuciones, velando por

que la actividad de los particulares se realice dentro del campo del derecho. Sin embargo, a Sanabini le concedemos razón, en cuanto que afirma que el notario es un funcionario público y no estatal, entendiéndolo por funcionario estatal, - el concepto de autoridad.

Los conceptos antes expresados, son congruentes con la definición que el artículo 10. de nuestra ley notarial da del notario, al decir: "Notario es el funcionario investido de fé pública por el Ejecutivo del Estado, para hacer constar los actos y hechos a los que los interesados deban o - - quieran dar autenticidad conforme a las leyes. Su cargo será vitalicio".

Existen algunas legislaciones locales, como la de - - Chiapas, en que la autorización para ejercer la función notarial, es otorgada por el Tribunal Supremo de Justicia, es decir, por el Poder Judicial, aconteciendo lo mismo en Nayarit; en Coahuila es el Congreso local, esto es, el Poder Legislativo quien expide la patente a los aspirantes a notarios, -- Creemos que, siendo el derecho notarial parte del administrativo, todo lo que se relacione con él debe caer dentro del - ámbito del poder ejecutivo, por lo que se hace necesario rescatar para la administración pública en los estados citados, la designación y control de los notarios.

Para reafirmar los conceptos expresados en este capí-

tulo y acreditar plenamente que el derecho notarial es una rama del administrativo, afirmamos que la Administración Pública, mediante la intervención del notario le da autenticidad a los actos pasados ante él, por lo que atendiendo al -- criterio formal, es decir, al órgano que la realiza, la actividad notarial es formalmente administrativa; y desde el punto de vista material también lo es, pues si analizamos su -- contenido encontramos que concuerda perfectamente con la definición que Fraga, en su obra ya citada, da de "función administrativa": "La actividad del Estado que se realiza bajo un orden jurídico y que consiste en la ejecución de actos materiales o de actos que determinan situaciones jurídicas para casos individuales". (5)

Es así como la función notarial, se proyecta en toda su magnitud en la última parte de la definición propuesta -- por el maestro Fraga. Y en efecto, al actuar, el notario fija y autentifica los derechos que se atribuyen los particulares, pues las formas notariales entrelazan la actividad de éstos, previendo y evitando la contienda, por lo que a través de la actividad notarial, se determinan situaciones jurídicas para casos individuales, quedando así satisfechas las características formales y materiales de esa función pública y exactamente adecuadas a lo que llamamos "función administrativa".

En consecuencia, tanto el órgano, es decir el notario,

y su función, son esencialmente administrativas, pues los -- ejemplos ya citados de Chiapas, Nayarit y Coahuila, en los - que no coinciden los aspectos formal y material, no son sino aberraciones legislativas, que tarde o temprano tendrán que desaparecer.

2. Naturaleza Adjetiva, Formal y Pública del Derecho-Notarial.

Una vez que hemos ubicado al derecho notarial, dentro del administrativo, deberemos analizar su naturaleza intrínseca, es decir sus cualidades esenciales.

Es obvio que el derecho notarial está al servicio del derecho en general, tanto público (político, administrativo), como privado (civil, mercantil), haciendo eficaces las disposiciones de códigos sustantivos de una y otra materia, por lo que es de naturaleza adjetiva.

Así mismo, podemos decir que es de naturaleza formal al hacer eficaces normas sustantivas, en cuanto que otorga legitimidad y ejecutividad por medio del instrumento a los derechos consignados en él.

Por último, afirmamos que posee una naturaleza pública que hace que la función autenticadora plasme de legitimidad a los actos o contratos, que por disposición de la ley o por voluntad de las partes deben otorgarse ante notario.

En conclusión, debemos asentar que desligar al derecho notarial del administrativo y pretender crear una disciplina autónoma, con carácter independiente de aquel, sería tanto como negarle su naturaleza misma, pues se desvincularía de nuestra realidad jurídica sin ningún beneficio para la institución.

CAPITULO V

LA FE PUBLICA NOTARIAL.

LA FE PUBLICA NOTARIAL.

1. ETIMOLOGIA Y ANTECEDENTES. La palabra fe, proviene de la latín "fides", que significa creer. Esta, es virtud fundamental del ser humano que lleva la expresión de seguridad de que una cosa es cierta, ya sea que se manifieste con solemnidad o sin ella.

Es sentido amplio, al fe es la "aprehension del entendimiento a una verdad, a la cual se llega por asentimiento"(1) Por tanto, la fe es un estado del alma producido por la revelación de seguridad de quien testifica.

De estos conceptos, podríamos definir la fe, como la creencia de lo que no hemos visto, por el testimonio de quien lo refiere.

Los Romanos afirmaban: "Fides est credere quod non videntur propter testimonium vicentis". Analizando esta frase, vemos que el fundamento formal de la fe, es el testimonio humano; es creer en la revelación que se hace, o en la palabra que afirma o niega un hecho determinado.

El hombre, posee el don de la receptividad de las impresiones causadas por todas las cosas que le rodean, formando conciencia de lo que sus sentidos registran y de lo que su intelecto percibe, emitiendo una expresión de convicción respecto de las causas que hacen funcionar sus sentidos, me-

dante una operación intelectual, y así emitir un juicio.

En el derecho romano, en sus principios, toda contratación no tenía más fundamento que el dado por la propia declaración de los otorgantes, cuya única autoridad era el mismo contacto impuesto por las partes. Los romanistas juzgan que la primera exteriorización de forma de la fe contractual, debió haber sido el sentimiento religioso, ya que estando la conciencia humana singularmente estrecha al sentimiento de justicia, al menos en esa época, el juramento de los que contrataban era un fuerte elemento de credibilidad. Es así como la "Fides promittio", se constituyó en una forma legal de garantía para el cumplimiento de obligaciones contractuales, considerándose como sacrilegio su incumplimiento.

Sin embargo, esa fórmula dejó de ser suficiente, haciéndose popular la frase "verba volant, scripta manent". - Esto trajo como consecuencia que los documentos privados llegaron a ser eficaces, ordinariamente, como documentos testificantes cuando se otorgaban ante testigos. Posteriormente surge el instrumento público, dando así, una amplia protección jurídica. De esta manera la "fides" dejó de ser casuística y pasó a ser expresión jurídica del pueblo, convirtiéndose el Estado en su fuente y reglamentando su orden funcional, delegó su empleo al magistrado y al tabulario.

Las Siete Partidas, con un criterio doctrinario, indi-

caban dos normas de conducta, a propósito de la fe pública: una, calificativa de justicia, en el prólogo de la partida - tercera, que ordena que "los que la hayan de ejercer, es menester que tengan voluntad de quererla y que sepan hacerla - de corazón y como conviene"... "y otra, que se relaciona con el testimonio humano:"... la antigüedad de los tiempos hace a los hombres olvidar hechos pasados y por ende es menester hallar forma escrita, para lo que antes fue hecho, no sea olvidado y sepan los hombres, por ella, las cosas que eran establecidas, como si de nuevo fuesen hechas".

2. CONCEPTO DE FE PÚBLICA. A primera vista, del análisis de la fe pública notarial, encontramos dos elementos fundamentales: un estado de certidumbre en lo subjetivo, y de certeza en lo objetivo, esto es, un estado de aceptación, - en virtud de la autoridad de quien lo dice, siendo el Notario quien otorga ese estado de certidumbre y de certeza.

El concepto de fe pública está íntimamente ligado a la función notarial, en mayor grado que a cualquier otra conducta humana, siendo ese concepto, doble, en cuanto a que el Notario da fe de los actos o hechos pasados ante él, y el derecho, por conducto del otorgamiento del Fiat, da fe a lo que - el Notario afirma haber percibido.

Esa fe, por tanto, es de orden público, en cuanto que la función del Notario es emanada del Estado, por aplicación

de la ley.

Para ubicar exactamente el concepto de fe pública, debemos decir que tal concepto existe además como un bien jurídicamente protegido por el derecho penal, al calificar el delito de falsificación (de moneda, sellos, billetes, documentos, etc.), como un ilícito contra la fe pública. De esto deducimos que entre ambos conceptos, es decir entre el de la fe pública notarial y el que acabamos de mencionar, existe una diferencia substancial, consistente en que la fe pública, como calidad del instrumento notarial, está íntimamente ligada al elemento de solemnidad, mientras que en el derecho penal, se aísla ese concepto depurándolo de otros elementos -- que son adyacentes a él, pero que no necesariamente lo integran.

Al concepto analizado, debemos situarlo en una doble perspectiva: en la teoría de los actos jurídicos y en la teoría de la prueba; y en forma más amplia, en la teoría general del derecho, en cuanto a la fe pública notarial, y en el derecho procesal, en cuanto a que es un bien jurídicamente protegido.

En ese orden de ideas, encontramos que la fe pública notarial resulta ser una calidad otorgada a la reconstrucción de hechos o actos jurídicos, para que sean admitidos tal y como el Notario los representa en el instrumento.

Algunos autores, como Carral y Neri, afirman que la fe pública notarial ha sido configurada como un elemento accesorio, puesto que el acto jurídico (contrato), existe, al menos en la perspectiva de las partes, y el documento creado por el notario, es solamente una "renovatio contractus".

Sin embargo, estos conceptos pueden ser técnicamente impugnanos ya que no colocan al concepto de fe pública en ese doble emplazamiento del que ya hablamos y por tanto se hace necesario establecer que el instrumento notarial y la fe pública, son elementos que le otorgan eficacia al negocio jurídico, y en tal virtud, el documento notarial adquiere superior valor por la medida de eficacia que le es otorgada por el derecho positivo.

Por tanto, debemos afirmar que la fe pública notarial es el resultado de la atribución del Notario, al afirmar, "erga omnes", la veracidad de los hechos y actos pasados ante su oficio, otorgado a tales actos y hechos, como ya se dijo, certidumbre en lo subjetivo y certeza en lo objetivo.

3. SU FUNDAMENTO. En todo estado de derecho y como consecuencia de su organización política, actúan funcionarios del Estado que cumplimentan las normas vigentes, mismas que fijan el límite del poder ejercible, sujeto a los extremos de la ley. Esa gama de funcionarios permite que el gobernado ejercite sus derechos bajo una funcional fiscalización, es decir, se somete a la potestad y jurisdicción del

Estado por medio de sus funcionarios, como es el caso de los Notarios que sin ser órganos de autoridad, tienen delegadas ciertas funciones.

La necesidad de un orden jurídico que garantice todas las actividades humanas, es un imperativo estatal categórico; de ahí que en el cuerpo político de todo Estado moderno y civilizado, existan una serie de organismos que, por una parte, comprueben el haber de los hechos y actos jurídicos y de los derechos y obligaciones que de ellos emanen y por la otra, garanticen del modo más perfecto sus consecuencias.

Dicho de otra manera: se hace necesario que el Estado en cumplimiento de su función y con apego al principio de legalidad, imponga la verdad oficial a cuanta actividad jurídica surja de las complejas relaciones humanas. Las leyes, sentencias, documentos notariales, etc., no tendrían eficacia ante nuestra sociedad, si se les pudiera cuestionar la legitimidad o autenticidad de sus contenidos, sin que esto quisiera decir que la ley no prevenga procedimientos para impugnar leyes o sentencias y declarar la nulidad de los instrumentos cuando las primeras sean violatorias de garantías y el último contenga vicios de forma o fondo.

Por tanto, podemos afirmar que el fundamento de la fe pública lo encontramos en la necesidad social que se tiene, para dotar a las relaciones jurídicas, de certeza y autori-

dad, trayendo como consecuencia la estabilidad y armonía de nuestras comunidades.

4. CONTENIDO DE LA FE PUBLICA NOTARIAL. Toda calidad está unida a una substancia, y siendo la fe pública una calidad, deberemos saber cual es la substancia o contenido de esta.

Esa substancia es una aseveración, ya que cuando el Notario da fe, está aseverando algo; es decir, que el fedatario al percibir con sus facultades intelectivas o con sus sentidos los hechos que han ocurrido ante su presencia, está representando, de manera escrita esos hechos. Por tanto, el contenido de la fe pública es esa calidad representativa de los hechos.

A través de la historia del derecho, encontramos que éste ha venido vinculando la forma a la suerte de los acontecimientos jurídicos, y esa vinculación, es la relación necesaria entre forma y substancia, por lo que para conocer el contenido de la fe pública debemos partir del estudio de esa relación.

En Derecho, entendemos por forma, todo elemento sensible que envuelve a un fenómeno jurídico y que permite distinguir los hechos y actos jurídicos, de los que no lo son, imprimiéndoles características muy propias que nos permite diferenciarlos, en función de sus manifestaciones aparentes.

Esa forma que recubre los actos o hechos, nos permite calificarlos a través del tiempo, aún estando inmersos en la multitud de acontecimientos intrascendentes. Es así como, hasta el derecho primitivo, captó la necesidad de distinguir sus actos más significativos, encontrando frecuentemente -- esas exteriorizaciones simbólicas, para perpetuar hechos -- socio-jurídicos determinados, como el nacimiento, el matrimonio, la muerte, la adquisición de bienes, etc.

El derecho moderno ha adoptado una tendencia a reducir al mínimo esas formas que se requieren para identificar los procesos de la voluntad humana pero cuando se mantiene la -- exigencia de la forma, esta se asocia de tal manera a la -- esencia misma del acto, que resulta imposible separar una -- de otra. Esa exigencia "ad substantia", no es más que otorgar una vinculación al contenido con el continente, es decir, a la forma con la esencia.

Así, debemos distinguir la forma solemne de la probatoria, para determinar con cierta exactitud el contenido de la fe pública. Y en efecto, la ceremonia litúrgica, la cívica y la jurídica, procuran, en sí mismas, una mayor penetración en nuestra memoria; la solemnidad de la forma es para otorgar eficacia al acto que reviste, cuando por su trascendencia e importancia, así se requiera.

Consecuentemente, la circunstancia de que el acto --

solemne refuerza una prueba, para el caso de derechos cuestionados, viene a trasladarse del campo de la teoría de los actos jurídicos, a la esfera del derecho procesal, debido a la eficacia probatoria que le otorga la ley.

El acto escrito, ya es en sí una solemnidad, pues es requisito en los casos en que la ley así lo dispone, pero el acto notarial, que es acto de fe pública, tiene una doble solemnidad: por la exigencia que la ley establece y por la solemnidad del acto jurídico, en sentido ceremonial, que otorga, además, seguridad jurídica y una prueba de verdad generalmente aceptada.

Para ampliar estos conceptos, debemos recordar nociones muy elementales de derecho procesal moderno.

Al examinar los medios de convicción que la ley determina en un proceso, advertimos que al Juez, le es reconstruida la historia, por tres caminos diferentes: por percepción, por representación, o por deducción. La inspección judicial es la prueba de percepción por excelencia; de la misma manera, la prueba de representación se da a través de relatos, ya sea orales (prueba testimonial y confesional) o escrita, (prueba documental). En cambio en la deducción, el Juez conoce los hechos por procesos intelectuales, infiriendo hechos desconocidos de aquellos que ya conoce (prueba presuncional).

En lo que hemos llamado prueba de representación, la fe pública, mediante el instrumento notarial, juega un papel de suma importancia, en el proceso.

Como conclusión del tema, afirmamos que el contenido de la fe pública es el valor representativo de lo que el Notario afirma haber percibido, de quienes comparecen ante su oficio, otorgando, como ya se dijo antes, un estado de certidumbre en lo subjetivo y de certeza en lo objetivo.

5. EFICACIA DE LA FE PUBLICA NOTARIAL. Como ya se apuntó, la fe pública notarial es una calidad del instrumento. Pero esa calidad tiene una medida de eficacia, en tanto valga a los fines de la prueba, en la esfera del derecho procesal, y del nacimiento de un derecho, en el ámbito de la teoría del acto jurídico.

Antes de seguir adelante con esta exposición, debemos hacer notar que la eficacia de la fe pública debe estar enmarcada estrictamente en el estudio del derecho positivo, pues como ya se apuntó antes, el instrumento notarial alcanza un nivel probatorio otorgado por la ley.

La fe pública notarial se materializa en el instrumento y en consecuencia, éste queda dotado de todas las consecuencias que otorga aquella, por lo que la medida de eficacia del documento notarial, al estar subordinada al régimen le-

gal, le imprime características muy marcadas al instrumento y que trascienden al campo del derecho procesal, en materia de pruebas, y en lo extrajudicial le otorga una calidad de verdad de alcances universales.

Es así, que el Juez no puede desconocer o ignorar la existencia del hecho representado en el documento notarial, sin que esto quiera decir que esa veracidad sea "jure et jure", pues como mencionamos antes, la ley otorga procedimientos especiales para que sea declarada la nulidad del instrumento.

Lo aquí expuesto, significa que la eficacia de la fe pública notarial, tiene un límite objetivo, por lo que consecuentemente, debemos determinar el límite subjetivo de la misma.

Esos límites subjetivos pueden ser referidos en consideración a las personas que intervienen como comparecientes del acto al que el Notario reviste de solemnidad, o adquirentes de derechos u obligaciones en virtud del otorgamiento, debiendo distinguir entre tales comparecientes o adquirentes, a otorgantes, herederos, legatarios y terceros.

Ampliando estas ideas, diremos que entre los primeros, es decir, entre los otorgantes, el instrumento acredita plenamente obligaciones y derechos de uno y otro, puesto que el contenido documental no requiere de otra prueba cuando el de

recho de alguno de ellos es cuestionado.

En lo que se refiere a herederos a título universal y a legatarios, éstos se asimilan a los otorgantes, puesto que si el documento hace prueba contra el causante, lo hace contra el heredero, y de esa manera, los causantes y sus herederos están vinculados a la eficacia probatoria del documento.

En cuanto a terceros, es obvio que resultan afectados, tanto por el hecho de haberse otorgado el instrumento, como por la fecha en que se otorgó. Esto es fácilmente demostrable, pues el instrumento público hace plena fe frente a terceros, por esas dos circunstancias.

Sobre este particular, diremos que si ese documento notarial era originalmente un documento privado que el Notario ha protocolizado, sólo adquirirá el elemento de fecha cierta, más no el de autenticidad que otorga la fe pública, y deberá ser sometido a reconocimiento como cualquier documento privado. En cambio, si el acto pasó ante Notario, dando éste fe de lo dicho por los otorgantes y llenando los demás requisitos del caso, estamos ante un instrumento público dotado de plena eficacia, tanto en lo judicial, como en lo extrajudicial, con todas las consecuencias y alcances que la ley positiva le otorga.

De lo antes expuesto, podemos deducir que existen dos clases de instrumentos notariales: el protocolizado, que ha-

ce prueba plena en cuanto al hecho de haberse otorgado en fecha cierta, más no en cuanto a su contenido; y el instrumento público, en que se consignan hechos pasados ante el fedatario, con toda la eficacia de que ya hablamos.

En cuanto a la eficacia substancial de la fe pública notarial, nos es dable afirmar que ésta lleva consigo la misión de consolidar el derecho y los actos sancionados por éste, apartándolos de toda incertidumbre. La substancia y la forma, cuando aparecen como un todo homogéneo y fundamentado en los dispositivos legales, están cumpliendo con el propósito de estabilidad y firmeza, revistiendo a la función Notarial como una magistratura de paz jurídica, cuyo efecto es la realización del derecho en un clima de bienestar social.

En conclusión, apuntamos que la fe pública, como calidad del instrumento, contribuye a la eficacia de un sistema jurídico, y así como la equidad integra una forma de justicia, la solemnidad, como elemento inherente a la fe pública, constituye una forma de paz, debiendo ser aspiración de todos los pueblos que su sistema de derecho, conforme un clima de paz basado en la justicia, aunque algunas veces el derecho debe subordinar las exigencias de la justicia a las aspiraciones de bienestar social y tranquilidad jurídica.

CAPITULO VI
ESQUEMA CONCEPTUAL DEL INSTRUMENTO PUBLICO

ESQUEMA CONCEPTUAL DEL INSTRUMENTO PUBLICO.

1. CONCEPTO. En sentido amplio, instrumento es todo escrito que nos sirve para probar o acreditar plenamente un hecho o un derecho. Etimológicamente, proviene del Latín -- "Instrumentum", que significa escritura o papel con que se justifica una cosa.

Existen diversas opiniones en cuanto al concepto etimológico, ya que según Falguera, la palabra Instrumento, proviene de las latinas "Instruens" y "Mentem", esto es, lo que instruye al entendimiento. (1) Para Escriche, proviene del verbo Latino "Instruere", instruir, puesto que está destinado a instruirnos, a informarnos. (2)

Sin embargo, todas las acepciones que se le den, no difieren esencialmente y aportan una idea común de su sentido, por lo que podemos decir, que, instrumento es todo aquel escrito, o documento en que consta un hecho, un acto o un derecho.

Aplicando esta noción general, el instrumento público se define como: "Todo escrito autorizado por Funcionario Público en los negocios correspondientes a su oficio o empleo".(3)

En consecuencia, Instrumento Notarial, es todo aquel escrito autorizado por Notario Público, en ejercicio de sus funciones, en donde se hace constar un hecho, o un acto jurí

dico.

Nuestra legislación Notarial no define lo que es instrumento público, ya que siguiendo algunas doctrinas, las definiciones son impropias en un Código positivo, pues el quehacer legislativo, deberá dar aquellas definiciones que contengan estrictamente reglas de conducta. Sin embargo, diversos códigos nos muestran una manifestación conceptual, al enumerar en diversos ordenamientos, que debemos considerar como instrumentos públicos, atendiendo al punto de vista de su fuente, es decir, del funcionario que los estructura.

2. SU IMPORTANCIA. En el plano jurídico, su importancia es relevante; pues si bien es cierto que instrumento es, como ya se dijo, todo escrito en que constan actos o hechos, también es cierto que ese instrumento es la manera idónea de preconstituir una prueba. "Por más respeto que inspire una declaración verbal "Vox Viva", nunca será superior a la documentación escrita, "Vox Mortua", porque ésta equivale a la reproducción de una determinada manifestación del pensamiento. (4)

De estas breves consideraciones preliminares, coludimos que los fines que persigue el instrumento, particularmente el público, son dos:

- A) Perpetuar los hechos y las manifestaciones de la voluntad; y
- B) Servir como prueba, en juicio y fuera de él.

En consecuencia, la importancia del instrumento, en cuanto a lo que la prueba implica en materia procesal, es de gran valor, ya que se puede aquilatar en dos aspectos: su autenticidad, y la legitimidad del acto que en él se consigna.

Esta doble apreciación de la importancia del instrumento público, necesariamente nos lleva a pensar en dos nociones: una sustantiva, que se refiere a que el instrumento público es necesario y suficiente para preconstituir una prueba; y otra adjetiva, mediante la cual se resuelve un doble problema: el de identidad y capacidad de los comparecientes y el de la veracidad del acto consignado, amparado por la fe pública, en cuanto a que ese acto es la verdad.

Esto último, nos lleva, a su vez, a establecer dos consideraciones: lo que los comparecientes digan al Notario y éste lo asiente, sólo probará que se dijo, más no que lo consignado sea verdad; en cambio, lo que el Notario afirme haber percibido, consignando la realidad de los hechos que presencia, es una verdad "Jure et Jure".

Por tanto, debemos considerar que el instrumento público, en cuanto a su valor como medio de prueba, no es absoluto ni definitivo, ya que, en materia procesal, no se podrá examinar aisladamente, pues podrá ser desvirtuado por el resto de los elementos de convicción ofrecidos. Sin embargo, -

en el sistema de prueba tasada, si tendrán un rango preferencial, en relación con las demás pruebas ofrecidas.

Por otra parte, el elemento de autenticidad subyacente en el instrumento, actúa desde dos ángulos diferentes: A) En lo extrajudicial, cuya fuerza es absoluta; B) En el ámbito judicial, con las restricciones ya anotadas, si consideramos que autenticar es: "acción de garantizar, mediante un acto oficial, la certeza de un hecho, convirtiendo en creíble públicamente aquello que por sí mismo no merece tal credibilidad", (5).

Ese primer plano de acción, es decir, el Extrajudicial, es la necesaria admisión de un acto autenticado en forma oficial, sin indagación ni comprobación previa, por todos los órganos del Estado y por los particulares. El segundo, Judicial, es el impedimento de desconocer a un instrumento revestido de solemnidad, otorgado ante el notario, en un procedimiento ordinario, ni ser desvirtuado por otras pruebas, a menos que, sea atacado de falsedad o nulidad, pero siempre previo juicio en que sea oído el fedatario, para de esa manera, despojarlo de la fuerza probatoria que la misma ley le otorga.

En ese orden de ideas, podemos establecer un principio general en cuanto a los efectos probatorios del instrumento público, consistente en que la relación jurídica documentada

en este, tiene validez como prueba directa entre las partes, en tanto el instrumento no sea impugnado de falso y así sea declarado por la autoridad judicial, pues esa validez existe, porque el hecho jurídico o el acto invocado por las partes y calificado por el Notario, se ejecuta en una actividad funcional doble: en cuanto a la realidad que el Notario presencia, y en cuanto a la legalidad de su actividad, razón por la cual podemos señalar que la fe pública irradia sus efectos en el campo de los hechos, como manifestación de verdad, y en el campo del derecho, como manifestación de legalidad.

Decíamos líneas arriba, que el instrumento público es la manera idónea de preconstituir una prueba, pero debemos dejar bien asentado, que el documento notarial tiene esa característica cuando un derecho ha sido cuestionado y éste se consigna en el instrumento, pero de ninguna manera queremos decir que el documento notarial sea la prueba preconstituida por lo que la función notarial, por medio del instrumento, es productora de pruebas y eventualmente es preconstituyente de las mismas.

Todo lo antes expuesto, muestra la importancia del instrumento público, en el campo procesal, pero esa importancia va más allá de eso, ya que también posee fuerza ejecutiva, misma que le es otorgada por la Ley (Art. 642 Código de Procedimientos Civiles de Jalisco; Art. 1391 Código de Comercio). Documento ejecutivo" es el título que trae aparejada

ejecución; esto es, el título que por sí mismo produce prueba plena, y en cuya virtud, por tanto, se puede proceder sumariamente sin las dilaciones y dispensas de un juicio ordinario, al embargo de bienes del deudor moroso". (6)

Como antecedente de la ejecutividad de los instrumentos públicos, encontramos que en las Leyes de Toro y de la Recopilación, los instrumentos, por públicos que fuesen, no traían aparejada ejecución, salvo ciertas excepciones. Posteriormente se les reconoció, plenamente, tal carácter.

Otro aspecto que le otorga importancia al instrumento público, es la seguridad jurídica que impone, que es la finalidad de todo sistema de derecho, pues al hablar de instrumento público, se piensa, además de la legitimación dada al contenido documental, en un acto conservatorio de derechos, que inspira consideración por el grado de garantía que reporta.

Por tanto, podemos resumir la importancia del documento notarial, en la reputación de eficacia "Erga Omnes", además de su fuerza probatoria y su carácter ejecutivo.

3. CONDICIONES QUE DEBE REUNIR.

La Ley exige que los instrumentos públicos se ajusten a ciertos requisitos, y la razón de esto la encontramos en la necesidad de garantizar las declaraciones que se documentan.

Debemos hacer notar, que el consentimiento de las partes o de los comparecientes no es suficiente, ni tampoco lo es, que el acto sea escrito. Esos son requisitos fundamentales en cuanto a la declaración y al documento en sí, siendo este supuesto común a todos los actos y contratos. Sin embargo, para la validez del instrumento público, se deben reunir - - otras condiciones: 1) La intervención y competencia del fedatario; 2) Capacidad de autorización de dicho funcionario; - 3) Observancia de las formas legales.

En cuanto a la primera condición, es decir, la intervención y competencia del fedatario en el proceso de formación y redacción del instrumento, afirmamos que es para otorgar a las declaraciones contenidas en él, un estado de absoluta fidelidad. Este aspecto del quehacer notarial, denota, no solamente la asistencia del funcionario, sino que es el despliegue de la actividad de éste en la preparación y redacción del instrumento, en donde se recogen las libres voluntades de los comparecientes, o los hechos presentados.

Lo expresado resulta congruente con lo que dispone la Ley del Notariado para Jalisco, dentro del Capítulo III, título I.

En lo que se refiere a la segunda condición, o sea, la capacidad de autorización del funcionario público, este debe actuar dentro de los límites de su competencia, esto es, de sus facultades, pues de otra forma, el derecho sería inefi-

caz, por la violación al principio de legalidad, además de la nulidad en que quedaría afectado el instrumento.

En consecuencia de lo anterior, la capacidad aludida está sujeta al cumplimiento de dos extremos: uno, en cuanto a la naturaleza del acto, y otro, en cuanto al lugar en que se otorgó el instrumento.

En ese orden de ideas, puede decirse que la capacidad del Notario, en lo que respecta a la naturaleza del acto, está determinada por las atribuciones que la ley le asigna. De esta forma, la ley del Notariado local, en sus artículos 1o. 2o, 6o. 36 y 37, regulan la capacidad a que hemos hecho referencia.

Por tanto, la naturaleza del acto subordina al ejercicio notarial, resultando evidente que el fenómeno de tal competencia depende exclusivamente de la ley, y por tanto, en razón de materia el Notario Público tiene sus facultades normativamente limitadas.

Es así, que resultaría nulo que un Notario autorizara un Acta de nacimiento, por ejemplo, o una sentencia, o que un Oficial del Registro Civil, autorizara una escritura.

El otro extremo que se debe agotar, se refiera al lugar donde se otorga el instrumento, de tal manera que no es bastante que el Notario actúe en el límite de sus atribucio-

nes, en cuanto a la naturaleza del acto, sino que es necesario que ese acto sea extendido dentro de su territorio o adscripción que le fue asignada, para darle así plena eficacia al instrumento.

Al respecto existe la opinión de Llerena, en el sentido de que "una escritura... otorgada fuera de la adscripción territorial del Notario será válida, pues el espíritu de la ley que regula el asunto que estamos tratando, debe interpretarse en el sentido de que solo significa que la escritura debe constar en el archivo o en el protocolo que exista en el lugar donde están los inmuebles transmitidos..." (7) Debemos rechazar categóricamente estas afirmaciones, ya que a nuestra manera de pensar, el proceso formativo del instrumento se centra en la competencia del Notario y en el cumplimiento de otras solemnidades, como la unidad del acto, intervención de testigos, redacción en Castellano, etc., lo que al parecer Llerena olvida, pues el Notario al estar investido de fe pública, lo está por delegación del Ejecutivo y en consecuencia su actuación tiene que estar fincada en base al principio de legalidad, del que ya hemos hecho referencia.

Nuestro legislador ha establecido un principio general, para la validez del instrumento, al ordenar que "Los Notarios solo podrán desempeñar el cargo dentro del Municipio de su adscripción, a excepción de los adscritos en los Municipios de Guadalajara, Tlaquepaque y Zapopan, que podrán actuar

indistintamente en cualesquiera de dichas Municipalidades, a requerimiento de parte interesada, sin necesidad de autorización expresa..." (8)

De paso, observamos la inutilidad de que el precepto transcrito establezca que los Notarios podrán actuar, "a requerimiento de parte interesada", pues es obvio que la actuación notarial no es oficiosa.

Otra de las condiciones esenciales que deben reunir el instrumento notarial, es la observancia de las formas legales. Luego, todo instrumento tiene, por fuerza de ley, una determinada forma de constitución. No se trata pues, tan solo de actos autorizados en el límite del ejercicio de las funciones notariales, sino de actos que por su misma trascendencia, deben existir bajo una forma peculiar que los configure, conforme a las normas vigentes. Lo que la ley quiere significar con estas exigencias, es que el instrumento carecerá de validez, si en su otorgamiento no se han seguido las solemnidades que nuestro orden sustantivo prescribe, siendo -- ese conjunto de prescripciones o solemnidades, la forma legal.

Condición esencial, también lo es la firma de los comparecientes, puesto que es la forma de materializar su voluntad, pues no es posible en ningún caso, admitir que el instrumento carezca de firma, ya que como se apuntó, la firma -

es la manifestación de voluntad, en cuanto al contenido documental.

La comparecencia de testigos, es otra condición indispensable, en la celebración de ciertos actos, como el otorgamiento de testamentos. La ley dispone expresamente que para el Público Abierto, por ejemplo, comparezcan tres testigos idóneos, para que se cercioren, en unión del Notario de la identidad del testador, de que se halla en su cabal juicio y libre de cualquier coacción. (Art. 1438 Código Civil, de Jal.).

Nótese que en estos casos, no basta que el funcionario certifique el estado mental y de voluntad del testador, pues la ley impone que sean tres testigos idóneos que en unión del Notario se cercioren de tal situación; esto debido, quizá, a la trascendencia del acto.

CAPITULO VII
EL PROTOCOLO.

EL PROTOCOLO

1. GENERALIDADES. Está fuera de toda duda que en el génesis de la vida jurídica del hombre, éste estipulaba verbalmente, siendo el habla elemento primordial, empleado a manera de texto, y el rito, como forma de expresión litúrgica. Estos elementos eran las únicas huellas que quedaban de las declaraciones humanas de voluntad, pero estas formas de expresión de la voluntad, eran medios de prueba poco consistentes, naciendo la necesidad de materializar esa expresión, cuya satisfacción fue el documento escrito en que se hacían constar derechos y obligaciones, otorgados entre los particulares.

Aún así, el título creado no resultaba cabalmente seguro, pues el documento podría extraviarse, la veracidad del acto que se hacía constar ser negada, o los testigos desaparecer o incapacitarse, por lo que el hombre se vió en la imperiosa necesidad de idear otro objeto que el imprimiera a la emisión de voluntad, además de un toque de solemnidad, la seguridad de conservar esa creación humana. De esta manera aparece el Protocolo.

2. SIGNIFICADO Y ETIMOLOGÍA. La palabra Protocolo significa: "La primera hoja encolada o pegada, y por extensión, la ordenada serie de escrituras matrices y otros documentos que un Notario o escribano autoriza y custodia con ciertas formalidades". (1)

3. CONCEPTO. El Protocolo, según Sanahuja y Soler es un complemento de la función Notarial, pues si bien es cier-

to que no es de estricta necesidad, si resulta de alta conveniencia porque mediante él se guardan en lugar seguro los instrumentos públicos y no sufren riesgo en manos de particulares.

En vista de los conceptos ya expresados, encontramos que reporta tres ventajas substanciales: A) Garantía de perdurabilidad de los actos y hechos jurídicos, pues no basta la fe notarial que certifique la certeza y autenticidad, ya que es necesario perpetuarlos a través del tiempo; B) Garantía de autenticidad, ya que por efecto de las normas que imponen su formación y custodia se hace difícil la suplantación de documentos notarialmente autorizados, así como la posible intercalación de algunos apócrifos entre los que ya constan ordenados y fechados y; C) Medio de publicidad, naturalmente limitada al círculo de personas que a juicio del Notario o por mandamiento judicial tengan interés en conocer un acto ahí asentado.

Por lo tanto, es dable afirmar que aparte de esta función primordial para la cual ha sido instituido, el Protocolo tiene otros destinos accesorios pero no de menor importancia.

4. SUIORIGEN. El origen del Protocolo lo encontramos en el derecho de Justiniano. La Novela XLV, capítulo segundo, dada en Constantinopla en el año 537, ordena que los Tabullarios de oriente no escriban los documentos en papel común, sino en el Protocolo, esto es en el papel que llevaba impreso: la fecha de su entrega al Tabullariu, el nombre del gloriosísimo conde " Sacrarum Largitionum ", y la --

data de su fabricación. Además ordena que ese papel no debía cortarse, sino mantenerse intacto debiendo contener, ante lo do, el resumen abreviado del acto.

Caído el Imperio Romano, su legislación fue respetada por los Ostrogodos vencedores y a partir de la dominación de los Longobardos, Dagoberto en el año 630, Rotario en el año 643, y posteriormente Lui Prando, innovaron la materia legislativa tabular, introduciendo fórmulas de redacción y solemnidades de otorgamiento, así como la expedición de copias a los interesados, instituyendo la guarda de los documentos -- originales por el funcionario.

Desde entonces, y sobre todo con las innovaciones fundamentales en esta materia patrocinadas por la Escuela Notarial de Bolonia, los Notarios son custodios del Protocolo.

5. PROPIEDAD. El artículo 97 de la Ley del Notariado de Jalisco, prescribe que los Libros del Protocolo, de Registro de Certificaciones y sus correspondientes Libros de Documentos, pertenecen al Estado y le otorgan al Notario el carácter de depositario.

Lo ordenado por el numeral referido, es válido por todos conceptos, pues el Protocolo no debe estimarse como cosa de interés privado, ni aún en su principio cuando la declaración documentada era entregada al mismo interesado, pues ya

en esa época, el tabullarius valoraba su contenido, no en acción privada, sino cumpliendo una función oficial, ejerciendo sobre el documento una autoridad de carácter legitimador; ni tampoco posteriormente cuando el Notario retenía los compendios de las declaraciones, para de ellas desarrollar el instrumento, pues esas retenciones importaban un procedimiento de seguridad pública auspiciado por el mismo estado.

6. SU FORMACION Y APERTURA. Salvo las legislaciones de Portugal, Brasil y México, que siguen el sistema de formación "A priori" del Protocolo, la mayoría de los países tienen dispuesto que los Protocolos se formen con la colección-ordenada de los cuadernos en que se han extendido las escrituras.

En nuestro país el Protocolo está constituido por los libros en los cuales el Notario asienta los actos y hechos jurídicos pasados ante él, pudiendo optar por el número de libros que estime conveniente, sin que pasen de diez. Estos libros son proveídos por el Poder Ejecutivo Local y deberán contener en la primera hoja un acta, llamada de autorización, en donde se asiente el nombre y número del Notario al que se le entrega, su adscripción, número de orden que le corresponde, así como el tomo correspondiente. Creemos que esta disposición es innecesaria, pues debemos entenderla como un acto comprobatorio de la iniciación del libro, y nos pregun-

tamos si no será suficiente prueba de autenticidad, el hecho de ser entregado por una Autoridad.

En algunos países se elabora dicha acta de apertura en el libro número uno sin que ello sea necesario en los subsecuentes. Esto resulta más lógico y práctico, pues si el Estado autoriza al Notario, mediante el otorgamiento del Fiat a ejercer esa función, deberá bastar la elaboración del acta mencionada, en el libro número uno exclusivamente.

7. CONTENIDO. El Protocolo tiene como finalidad primordial, estampar en él las primeras y originales manifestaciones de voluntad humana, creadora de intereses jurídicos, es decir, es fuente de recepción que reviste un excepcional carácter, pues la Ley otorga a las declaraciones ahí consignadas la calidad de permanentes, indestructibles y auténticas.

Esa calidad de que está revestido el Protocolo, es incuestionable, ya que las declaraciones que ahí se estampan es preciso postularlas bajo determinados extremos, y porque por razones de seguridad y garantía deben constar en su integridad y no en extractos.

De lo expuesto encontramos que la primera cuestión que entraña el contenido del Protocolo, es la reducción a matriz de las declaraciones que contiene. Pero además, tenemos la anexión de los documentos que son antecedente o base de los-

otorgamientos. Por tanto, vemos que el Protocolo tiene un do ble contenido: Intrínseco, respecto de los actos y contratos que son reducidos a matriz; y Extrínseco respecto a los docu mentos que se agregan a lo que, en nuestro sistema, se llama apéndice o libro de documentos.

De todo lo asentado observamos dos consecuencias: Primera, una principal de protocolización, por medio de la cual los documentos reducidos a matriz entran solemnemente a la vida jurídica, ubicados en el orden numeral y cronológico -- que les corresponde en sus folios; y segunda, una accesoría de protocolización, merced a la cual el documento o documentos que han servido de base al otorgamiento, así como todos aquellos que son consecuencia de ese acto se agregan al Apéndice (nota del timbre, copias de avisos, etc.).

8. FIRMA Y SELLO. La suma del poder público reside en el Estado. Por ello éste al crear y disciplinar los organismos necesarios para encausar, dirigir y garantizar el bien común, ha instituido el Notariado otorgándole el privilegio de la fe pública. Es por eso que al otorgar el Fiat, invistiendo a un particular con el título de Notario Público, le exige la firma y el sello como atributos representativos del Poder público, tanto para individualizar su presencia en los actos y hechos en que interviene, como para testimoniar la función legitimadora del propio Estado.

9. NOTAR MARGINALES. En sentido amplio, nota equivale a apunte breve y sucinto de alguna circunstancia hecha para recuerdo, para sustantación de algo. En sentido jurídico, y referente al Protocolo, debemos entender por nota a la atestación, constancia o advertencia que se consigna en forma -- breve al margen de la escritura, respecto de hechos relacionados con el contenido instrumental.

10. CIERRE. En algunos países, el cierre de libros -- del Protocolo, se hace el último día del año del calendario. Nuestra Ley prescribe que al final de cada libro y el mismo día que haya pasado el último acto, el Notario levantará un acta dejando constancia que cierra ese volumen, el número de actos que autorizó, los que no hubieran pasado y los que se encuentren pendientes de autorización, expresando el motivo. Deberá asentarse el número de hojas utilizadas y de las que quedan en blanco, para una vez levantada esa acta de cierre el Notario comparezca ante el Director del Archivo de Instrumentos Públicos, a efecto de que vise dicha acta, luego de una revisión exhaustiva del libro que se cierra.

En caso de existir substitución del Notario Titular, ya sea por el suplente adscrito o por otro designado en virtud de renuncia, destitución, muerte o licencia, deberá levantarse un acta en los mismos términos, haciendo constar el motivo por el que opera tal substitución. Si existe convenio de Asociación notarial, se hará constar esa circunstancia.

CAPITULO VIII.

EL TESTIMONIO.

EL TESTIMONIO.

Escribano equipara el concepto del testimonio, con -- "traslado o trasunto, que es la copia que por exhibición se saca de la escritura original, debiendo autorizarse por el -- escribano ante quien pasó la escritura.."(1)

Debido a que el instrumento público, en su matriz queda incorporado al Protocolo y los libros que integran éste, alojados en el archivo, para que sea eficaz el contenido de ese instrumento, deben expedirse traslados o testimonios.

Las características que deben reunir son las siguientes:

I. Reproducción literal; pues de lo contrario carecería de eficacia. Pero esa literalidad no debemos entenderla en forma absoluta, ya que la expedición de un testimonio implica el acto en sí con todos sus elementos de forma y fondo y la transcripción, en lo conducente, de los documentos conexos que obran en el Apéndice.

II. Deberá estar autorizado por el Notario competente, esto es que no es necesario que sea el mismo ante cuya fe se otorgó el acto.

III. Extenderse con las formalidades que la ley exige para el caso.

Estos son requisitos de fondo, siendo los de forma, -- los siguientes:

- I. Deberá tener las medidas y renglones prescritos para los libros del Protocolo.
- II. La anotación de ser primero, segundo o ulterior.
- III. El nombre del interesado a quien se expide.
- IV. Número de hojas que contiene.
- V. Mención de que fue cotejado y en su caso corregido-debiendo el Notario dar fe de esa circunstancia.
- VI. Justificación de haberse cubierto los requisitos fiscales.
- VII. Fecha de su expedición.
- VIII. Deberá estar autorizado con la firma y sello del Notario.

EL TESTIMONIO SERA NULO:

- I. Si lo fuere la escritura o el acta. Esto es que la nulidad del testimonio no implica la del acto, pero la de éste sí importa la de aquel, ya que lo accesorio sigue la suerte de lo principal.
- II. Si el Notario que autorice el testimonio, lo hace sin estar en ejercicio de sus funciones, o fuera de su adscripción.
- III. Si no está autorizado con firma y sello.

CAPITULO IX

LA UNIFICACION DE LA LEGISLACION NOTARIAL EN MEXICO.

LA UNIFICACION DE LA LEGISLACION NOTARIAL EN MEXICO.

1. PRELIMINARES. El tema es, evidentemente, de derecho comparado y resulta lógico hacer una consideración previa sobre esta disciplina jurídica.

Si bien es cierto que la comparación se ha utilizado siempre para conocer los diversos sistemas de derecho, también es cierto que el comparado, como rama especializada de la ciencia jurídica nació hace pocos años. En 1869 se creó en Francia la Sociedad de Legislación comparada con el propósito de ver si los sistemas extranjeros poseían algo digno de ser incorporado a la legislación francesa, cuya cima era el Código de Napoleón.

Ihering había sentado, en el "Espíritu del Derecho Romano", las bases para llevar a la modesta e incipiente ciencia, hasta las alturas de una rama especializada del derecho, celebrándose en París en el año de 1900, el primer Congreso Internacional de Derecho Comparado. Posteriormente a la Primera Guerra Mundial, las Naciones aliadas fundan en Roma en el año de 1926 el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), con Vittorio Scialoja, a la cabeza de este movimiento. Es así como, a partir de estudios del Derecho comparado, nace un ideal de unificación legislativa universal.

La Segunda Guerra Mundial hace variar el ideario de -- los iniciadores de esta utopía legislativa y hablan, no ya de una unificación, sino de armonizar los diversos sistemas de derecho, limitándose la esfera que inicialmente se había proyectado.

Aún así el UNIDROIT ha realizado fecunda labor, pudiendo citar como ejemplos de ella los proyectos, algunos de finitivos, otros en estudio, sobre compra-venta de muebles, contrato de transporte, reconocimiento y ejecución en el extranjero de las resoluciones en materia de obligaciones alimenticias, sociedades anónimas y financieras, testamentos, turismo, responsabilidad civil de automovilistas, etc.

Para finalizar con estas consideraciones preliminares, asentamos la opinión de René David y que hacemos nuestra -- pues consideramos que ese es, esencialmente, el papel del derecho comparado: "El perfeccionamiento de la legislación y la unificación o armonización de los sistemas jurídicos, han dejado de ser el objeto exclusivo del derecho comparado. Más modestamente, asignamos al derecho comparado de nuestro tiempo una tarea diferente: la de hacernos comprender los -- puntos de vista ajenos y la de hacer comprender a los otros, nuestros propios puntos de vista, es decir, la de organizar en la esfera jurídica, la coexistencia pacífica que constituye "Conditio Sine qua non" para el mantenimiento y progreso de la civilización".(1)

2. EL TEMA Y EL REGIMEN FEDERAL. Dentro de un Régimen Federal, los problemas de derecho comparado, ya de por sí abundantes, se enriquecen con interesantes cuestiones seguidas de la exigencia de mantener tal régimen sustentado en la autonomía de sus partes integrantes, sin la cual es imposible concebirlo.

Las palabras pronunciadas por el señor licenciado Fernando Román Lugo, siendo Procurador General de la República, en ocasión de una conferencia titulada "Hacia la Unificación Legislativa", son altamente sugestivas y orientadoras, aún cuando se refiere al derecho penal, y son las siguientes: -- "Durante varias décadas hemos afirmado que es conveniente -- unificar la legislación penal, considerando a ésta en su sentido más alto, comprendiéndose tanto el aspecto sustantivo como el procesal, y establecer, con adecuada amplitud, las disposiciones legales que nos muestren, de manera uniforme y con validez conceptual, las facultades y obligaciones del Ministerio Público. Las implicaciones socio-políticas que el solo enunciado de esta tesis ha traído a nuestro ámbito jurídico probablemente constituyen un obstáculo para quienes han sentido el impacto de una innovación impresionante por falsa la soberanía de cada uno de los Estados que integran la Federación... La bondad del Régimen Político Federal es indiscutible; jamás abdicaremos de esta arraigada convicción, pero ello no obliga a considerar conveniente la dispersión legis

lativa y menos la pluralidad de leyes sobre una misma materia, pues ello no es consustancial a la organización federal y no se satisfacen los intereses individuales y colectivos - conservando este sistema que permite la existencia de treinta códigos penales sustantivos y procesales". (2)

Estos conceptos, "mutatis mutandis", aplicados al desarrollo de nuestro trabajo, nos indican que se hace necesario terminar de una vez por todas con la dispersión legislativa, misma que se vió acrecentada a partir del sexenio 70-76.

Añejas y equivocadas concepciones sirven de argumento a los opositores de la unificación legislativa, afirmando -- que cada entidad tiene sus propios problemas, su propia ideo sincracia, y su propia manera de ser. Esta actitud es falsa y si alguna vez fue aceptada, conviene marginarla para anular los obstáculos opuestos a la unidad nacional, que no debe ser tal, por la presencia étnica, por la equitativa oportunidad para todos en los anhelos de bienestar y de cultura, por el mantenimiento y reafirmación de las tradiciones, sino también por la vigencia y positividad de los principios jurí dicos que norman las relaciones entre los individuos, y las de éstos frente al Estado.

"El terminar con esa anarquía legislativa es servir a una de las mejores causas que la experiencia histórica ha señalado, para llegar a constituir una patria homogénea y fuer

te, donde el poder no rinda vasallaje al delito por mala organización. 'El Gobierno debe su existencia, principalmente, a la necesidad de administrar justicia, y solo podrá hacerlo rectamente si elimina toda esa caudalosa serie de leyes que estorban su tarea, para así, conseguir simplificar en forma sencilla la arquitectura y el funcionamiento jurídico en el país', (3) dice Don Luis Garrido, citado por el Licenciado-Román Lugo, en la conferencia a que ya se hizo alusión.

Concretamente el dilema que nos planteamos es el siguiente: Para conservar el Régimen Federal en toda su pureza, ¿sólo puede aspirarse a uniformar las legislaciones locales para resolver los problemas, sobre la base de conceptos fundamentalmente comunes?; o tendiendo a nuestra realidad socio-política, ¿debe llegarse a la unidad legislativa, mediante la federalización de la materia?. En el primer caso ¿Bastarán las bases comunes de las legislaciones locales para resolver los problemas originados por la diversidad de leyes estatales?. En el segundo caso, la Reforma Constitucional ¿no menguaría la soberanía de los Estados y acentuaría el centralismo, señalado como rémora para el desarrollo del país?.

3. PRECISIONES DOCTRINALES. Siendo de consenso general; que el derecho no solo es un sistema de proposiciones lógicas, sino un instrumento para regular la vida social, de

donde se deriva su carácter dinámico, las disciplinas jurídicas caen en el campo de los conocimientos prácticos. Su mismo contenido axiológico y teleológico les imprime una proclivovocación a realizarse. Partiendo de este personal punto de vista, le asignamos un carácter valedero a la observaciones que hace Recasen Siches, cuando dice: "En los últimos decenios, cada vez más y más, se reconoce con creciente vigor -- que el derecho comparado no debe desenvolverse como mero paragrón y contraste de normas jurídicas (leyes, reglamentos, fallos de los tribunales, resoluciones administrativas, etc.) sino que imperativamente requiere una doble investigación sociológica, esto es, la indagación sobre las realidades colectivas en las cuales, y por virtud de las características de las mismas, se han gestado las normas; y la averiguación de cuales son los efectos que, una vez emitidas, han producido -- las normas, es decir, la pesquisa sobre la eficacia mayor o menor que esas normas han tenido". (4)

- En consecuencia, los estudios de derecho comparado han de acometerse en las dos direcciones señaladas por Recasen. Por un lado, se impone la indagación de las realidades para cuya regulación se crearon las normas. Por otro habrá de averiguarse cuales fueron los efectos causados una vez puestas en vigencia. Entonces y solo entonces, podrá juzgarse su eficacia o ineficacia. Esta parece ser la regla de oro del derecho comparado, si ha de justificarse su existencia como --

disciplina jurídica.

4. NUESTRO TEMA. Con las consideraciones anteriores, parece que puede definirse el tema de la unificación legislativa en materia notarial y servir de base a proposiciones de carácter general, para nuestro sistema jurídico.

Por fidelidad a nuestro Régimen Federal, y en apoyo a ese anhelo creciente de descentralización, nos inclinamos a hablar más que de unificación, de uniformidad de la legislación notarial, pues es indubitable que dicho orden normativo no presenta los dramáticos aspectos de la ley penal y en esas condiciones, juzgamos suficiente señalar principios básicos comunes para las leyes del notariado de los Estados.

El estudio comparativo de dichas leyes es camino andado por los Notarios mexicanos. En el IV Congreso del Notariado Mexicano, celebrado en la ciudad de Puebla en el año de 1962, se hicieron valiosos estudios sobre antecedentes, evolución, estado actual y tendencias del Notariado de cada entidad de la Federación, y sirvieron de base para formular un proyecto tipo de Ley del Notariado que fueron acogidos por los Estados de Veracruz y Sonora.

El examen de estos trabajos revela una asombrosa coincidencia en las legislaciones de los Estados. Las diferencias no son notables y las deficiencias no se pueden calificar de graves.

En cuanto a los problemas prácticos que se plantean con motivo de la aplicación de las legislaciones que sobre la materia existen en cada una de las entidades federativas, no revisten especial gravedad, considerando la casi uniformidad existente, más bien, en la existencia de 31 códigos civiles-sustantivos y procesales, la causa de los conflictos de leyes.

En este punto es donde más se justificaría un esfuerzo para uniformar las diversas legislaciones. La labor realizada, en el campo internacional, por el UNIDROIT es un ejemplo digno de imitarse. En México se hace necesaria la creación de un Instituto o de una comisión unificadora de Derecho Privado, siendo laudable que el Notariado mexicano lanzara la iniciativa y la coordinara.

La labor de esta comisión o instituto, cuya creación proponemos, sería primordialmente, la de determinar cuáles son los obstáculos derivados del conflicto de leyes, para lograr una vida jurídica, no solamente fluida, sino acorde a las necesidades que plantea la celeridad de nuestra época. Para que esa labor no quedara incompleta, se haría necesario dar un paso más, tal y como lo ha hecho el UNIDROIT, para no estancarse en especulaciones meramente idealistas, sino que deberá formular estatutos y proyectos sobre los diversos contratos o negocios jurídicos (compra-venta, hipoteca, representación, testamentos, sociedades, capitulaciones matrimo-

niales, etc.), considerando las diferencias de las legislaciones locales, a efecto de que esos estatutos y proyectos -- sean utilizados por los Notarios, ya sea íntegramente o como base de los asuntos en que intervengan.

Una de las críticas más comúnmente lanzadas contra los Notarios del sistema latino es la lentitud de su actividad, -- impuesta ciertamente, por la naturaleza de su función, o en razón de los innumerables trámites previos a la creación del instrumento, como es el caso de nuestro Estado, en que para reunir la documentación necesaria para el otorgamiento de un contrato de compra-venta de inmuebles, por ejemplo, el papeleo y el trámite burocrático se ha multiplicado por exigencias, las más de las veces sin apoyo legal o técnico, de organismos, como las autoridades fiscales, por citar alguna. -- Pero, también es cierto que, esa lentitud está en posibilidad de ser atenuada.

Y en efecto, la celeridad para materializar la creación del instrumento, puede alcanzarse con el empleo de técnicas modernas, incluyendo a la electrónica. Pero la presión sobre la labor notarial en la creación instrumental, cuando se trata de un negocio que por novedoso o especializado puede ser desconocido para el Notario, se hace manifiesta, y es -- ahí donde la labor de la comisión o instituto que proponemos vería coronados, aunque fuera parcialmente sus esfuerzos.

En el caso que apuntamos, es decir, el del asunto no vedoso o especializado, el Notario necesariamente ha de comenzar por buscar antecedentes legales, doctrinales o de hecho, muchas veces difíciles de obtener. Esta labor requiere tiempo. ¿Cuánto?, el requerido por la mayor o menor habilidad del Notario para resolver el problema, punto reurálgico en donde la labor de la comisión o instituto mencionados, -- puede ser un valioso auxiliar. Sobre este punto viene al caso la observación de Juan Iglesias al decir: "Lo más importante en esta hora, es llevar bajo el brazo un vademécum de resoluciones a problemas vitales" (5)

Por otra parte, los trabajos de esta comisión o instituto, resolverían para el Notariado Mexicano, en el ámbito internacional un problema, pues se ha comentado que en los Congresos Internacionales al estudiar algún punto relacionado con un contrato o Institución, se pregunta cual es el régimen establecido por el derecho mexicano, y los delegados de México se ven en serios problemas, si se trata de materias reservadas a la soberanía de los Estados, pues desconocen los términos respectivos de cada legislación local, ya que no pueden determinar si coinciden o discrepan. Evidentemente ésta sería otra de las valiosas ayudas que la comisión o instituto proporcionaría, al otorgar la información indispensable para intervenir en la discusión en foros internacionales y fijar la posición del derecho mexicano frente a los problemas específicamente planteados.

CAPITULO X
LA CRISIS DEL DERECHO.

LA CRISIS DEL DERECHO.

Posición del Notario ante ella.

El hombre, formado de esa magnífica dualidad alma y materia, nace, se desarrolla y muere en dos ámbitos opuestos, pero que se complementan: La realidad y la idealidad.

Es por eso que es el único ente de la creación que participa de dos diversas naturalezas, y consecuentemente, posee capacidad para darse normas de conducta, transmutándose continuamente del mundo del ser, al del deber ser. Pero esa calidad que hace que el hombre se autodetermine, llamada albedrío, está en crisis. Nuestra sociedad se ha convertido en una maquinaria conducida por pseudo filósofos, por pseudo líderes, y por pseudo políticos, situación que ha desembocado en una crisis de la civilización.

Siendo el derecho una creación del hombre, no podía estar ajeno a la participación de esa crisis, pues si bien es cierto que su basamento lo encontramos en principios filosóficos y naturales, su aplicación, obra humana al fin, está sujeta a los más variados y absurdos cambios.

Esta crisis del derecho nace, a nuestra manera de pensar, del error del racionalismo moderno que pretende construir el sistema de los derechos humanos y de la teoría general del derecho, considerando al hombre como un ente que existe por sí, al cual le faltará la existencia de un Ser --

Superior, de cuya voluntad creadora depende su esencia y su acción. Es por eso que el pensamiento jurídico contemporáneo se encuentra sumido en el dédalo inextricable a causa de esa desviación y error de la corriente del racionalismo moderno al que ya nos referimos, y como el jurista se ha conformado con el canon establecido por el positivismo, su real y auténtica misión se ha visto truncada, perdiendo, con el recto conocimiento de la persona humana, la sana concepción del derecho.

"Las cosas divinas y humanas", que según la definición de Ulpiano, forman el objeto más general de la jurisprudencia, están tan íntimamente unidas que no se pueden ignorar las primeras sin perder la exacta valoración de las segundas. Es indudable que el jurista de nuestros tiempos no está llamado a dedicarse a la especulación teológica para conocer el objeto de su estudio, pero si el estudioso del derecho no sa be alzarse a reencontrar la realidad Suma y Trascendente, de cuya Voluntad deriva el orden, le será imposible comprender lo intrincado de las relaciones sociales, y por ende, imprimir al derecho la necesaria dinámica de que debe estar dota-
do, pues no debemos olvidar que la ciencia objeto de nuestro estudio es la que preside y regula estas relaciones sociales. Cicerón, en "De Legibus", afirma: "Natura Juris...ad hominis-
etenda est natura", es decir, que la naturaleza o la esencia del derecho no puede derivarse sino de la naturaleza misma del hombre.

Sumando la definición que Ulpiano nos legó de jurisprudencia y la afirmación, incuestionable por todos conceptos, de Cicerón, nos indica la posición no solo del Notario, sino de todos los Abogados, ante la crisis del derecho: No apartarse, tanto en su creación como en su estudio y aplicación, de su objeto, que son las cosas divinas y humanas, y de su esencia, que se deriva de la naturaleza misma del hombre.

El Notario, abogado por antonomasia, debe ser el primer obligado a reencauzar esos principios y lograr, desde su oficio, una recta y justa aplicación del derecho, pues como ya lo dijimos al principio de nuestro trabajo, el Notario es el oficiante del culto a la certidumbre, como afirmación de pasado, presente y futuro, siendo su dogma la verdad.

Pero esa responsabilidad, no compete solo al Notario, sino a todos aquellos que exigidos por nuestro espíritu preferencial, abordamos al apasionante estudio del Derecho.

Parece ser que las palabras de Hilaire Belloc, a propósito de su obra "La crisis de nuestra civilización", fueron dirigidas a los practicantes de esta profesión y que significan, más que un "sálvese el que pueda", un requerimiento a la acción responsable e inmediata: "...pasamos por una época, en que tenemos la desgracia o la gloria combativa de vivir".

Guadalajara, Jal., Agosto 1979.

CONCLUSIONES

CONCLUSIONES.

PRIMERA. Siendo el Derecho Administrativo una rama -- del público, puesto que regula la actividad estatal encaminada a satisfacer parte de sus atribuciones, como son las que realiza la función administrativa, la actividad Notarial es una de las formas en que se manifiesta y consecuentemente, - debemos considerar al derecho notarial, como parte del Administrativo y por tanto de Derecho Público.

SEGUNDA. La fe pública notarial es el resultado de la atribución del Notario, al afirmar la veracidad de los hechos y actos pasados ante su oficio, otorgando a tales actos y hechos, certidumbre en lo subjetivo y certeza en lo objetivo. (Calidad del instrumento).

TERCERA. El fundamento de la fe pública Notarial, lo encontramos en la necesidad social que se tiene, para dotar a las relaciones jurídicas, de certeza y autoridad, trayendo como consecuencia la estabilidad y armonía en la sociedad.

CUARTA. El contenido o sustancia de la fe pública Notarial, es el valor representativo de lo que el Notario afirma haber percibido de quienes comparecen ante su oficio.

QUINTA. La eficacia de la fe pública notarial, se proyecta, tanto en el campo del derecho procesal, en materia de

**ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA**

pruebas, como en lo extrajudicial, con alcances universales, por lo que sus efectos se irradian en el campo del derecho, -- como manifestación de verdad y en el campo de los hechos como manifestación de legalidad.

SEXTA. La importancia del instrumento público es relevante, pues perpetúa los hechos y las manifestaciones de voluntad, y sirve como prueba en juicio y fuera de él.

SEPTIMA. Los problemas prácticos que se presentan con motivo de la aplicación de las legislaciones que sobre la materia existen, no revisten especial gravedad, sino que es la existencia de 31 códigos civiles, sustantivos y procesales -- la causa de conflicto de leyes.

OCTAVA. Por tanto, se propone la creación de una Comisión o Instituto para unificar el Derecho Privado, siguiendo el loable ejemplo, que en el campo internacional ha desarrollado el UNIDROIT.

NOVENA. La labor de esa Comisión o Instituto, cuya -- creación proponemos, sería la de determinar cuales son los -- obstáculos derivados del conflicto de leyes y formular estatutos y proyectos sobre los diversos contratos y negocios jurídicos, así como fijar la posición del Derecho Mexicano en foros internacionales, frente a problemas específicamente -- planteados.

BIBLIOGRAFIA

DECIMA. El derecho, como obra humana, está sujeto y participa de la crisis por la que atraviesa nuestra civilización. Crisis que nace del error del racionalismo moderno y la conformidad del jurista de nuestro tiempo, con el canon establecido por el positivismo.

DECIMA PRIMERA. La posición, no solo del Notario, sino de todos aquellos que somos exigidos por nuestro espíritu preferencial al abordar el estudio del Derecho, debe ser la de no apartarse, tanto en su creación, como en su estudio y aplicación, del objeto del mismo (las cosas divinas y humanas), así como de su esencia, que se deriva de la naturaleza misma del hombre.

B I B L I O G R A F I A.

- Cap. II (1) Ponde. "Historia del Notariado". Ed. de Palma, Buenos Aires. 1967.
- Cap. IV (1) Fraga Gabino. "Derecho Administrativo". Ed. -- Porrúa.
- (2) Fraga Gabino. Op. Cit.
- (3) Lavandera, Citado por Vega y Monroy. Revista de Derecho Notarial, número 35. 1969.
- (4) Sannabini. "La Función Notarial". Revista de - Derecho Notarial. Número 17. 1968.
- (5) Fraga Gabino. Op. Cit.
- Cap. V (1) García-Tuduri. "Introducción a la Filosofía".
- Cap. VI (1) Falguera. "Diccionario de Terminología Jurídica". Editorial de Palma. Buenos Aires.
- (2) Escriche. "Diccionario de Legislación y Jurisprudencia". Madrid 1878.
- (3) Escriche. Op. Cit.
- (4) "Comunicación Humana". Aranguren. Ediciones - Guadarrama. Madrid.
- (5) Escriche, Op. Cit.
- (6) Escriche, Op. Cit.
- (7) Llerena. "Los documentos auténticos". Ed. de Palma, Buenos Aires.
- (8) Ley del Notariado del Estado de Jalisco.
- Cap. VII (1) Sanahuja y Solar. "El Protocolo". Citado en - Revista de Derecho Notarial, Número 12.

- Cap. VIII (1) Escriche. Op. Cit.
- Cap. IX (1) Rene David. "Estudios de Derecho Comparado". Ed. de Palma, Buenos Aires.
- (2) Dinámica del Derecho Mexicano. Editado -- por la Procuraduría General de la República.
- (3) Op. Cit. Supra.
- (4) Recasen Siches-Estudios Socio-Jurídicos.- Ed. Jus.
- (5) Juan Iglorias. "Los problemas de nuestro tiempo y el Derecho". Editorial Jus.