

884  
24'



# UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

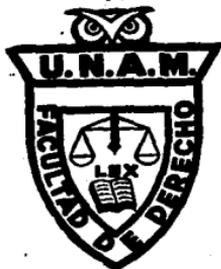
LA FUNCION NOTARIAL COMO  
REALIZADORA DE VALORES

T E S I S

Que para obtener el Título de  
LICENCIADO EN DERECHO

presenta

**GERMAN FERNANDO SOLARES CORTES**



**ASESORES:**

Lic. MARIA ELODIA ROBLES SOTOMAYOR

Lic. LUIS REYNA GUTIERREZ

México, D. F.

1992

**FALLA DE ORIGEN**



## **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.

## LA FUNCION NOTARIAL COMO REALIZADORA DE VALORES

### INTRODUCCION:

#### CAPITULO PRIMERO.- LA FUNCION NOTARIAL EN GENERAL

##### PAGINAS :

A).- LAS CAUSAS PRIMERAS DE LA FUNCION NOTARIAL	..... 1
B).- CONCEPCIONES DOCTRINALES DE LA FUNCION NOTARIAL	..... 10
C).- EL DERECHO NOTARIAL	..... 16

#### CAPITULO SEGUNDO: LA NATURALEZA FILOSOFICA JURIDICA DE LA FUNCION NOTARIAL.

A).- FUNDAMENTACION FILOSOFICA JURIDICA	..... 21
B).- FUDAMENTACION SOCIOLOGICA	..... 25
C).- FUNDAMENTACION POLITICA	..... 33

#### CAPITULO TERCERO: LA FUNCION NOTARIAL Y LOS VALORES SOCIALES

A).- LA JUSTICIA	..... 42
B).- LA SEGURIDAD JURIDICA	..... 60

C).- EL BIEN COMUN ..... 64

CAPITULO CUARTO: LA FE PUBLICA COMO CAUSA PRIMERA DE LA  
FUNCION NOTARIAL

A).- CONCEPTO DE FE COMO CAUSA PRIMERA ..... 74

B).- LA FE PUBLICA COMO CREENCIA ..... 80

C).- LA FE PUBLICA NOTARIAL ..... 87

CONCLUSIONES ..... 93

CITAS BIBLIOGRAFICAS ..... 97

BIBLIOGRAFIA .....101

LEGISLACION Y REVISTAS .....103

## INTRODUCCION

Tuve gran inquietud en hacer este trabajo desde el momento en que descubri lo importante de la función notarial en la Sociedad, ya que gracias a la práctica que realizo en mi fuente de trabajo, o sea una notaria, e ido valorando poco a poco la valiosa intervención del Notario, para dar cumplimiento a los fines generales del derecho, los cuales tuteia por lo que hare las siguientes consideraciones.

El notario contribuye de manera primordial y decisiva a que se realice la justicia en la vida diaria, como una idea central de coexistencia. El arte notarial precede a la ciencia del derecho notarial. A la sombra de los estudios jurídicos en la Universidad de Bolonia (Italia) nace en el siglo XII el arte de la notaria, pronto se advierte que el oficio requiere del conocimiento de las reglas. Todo arte se fundamenta tarde o temprano en una ciencia, el arte de redactar autenticamente los negocios legitimos de los hombres nos lleva a la ciencia del derecho notarial.

El notario responde a una realidad secular de honda raigambre en el pueblo, la sociedad le da vida como un elemento proteccionista consistente en autenticar realidades mediante una función que le es propia e inherente: La fe pública.

Toda la obra del Notariado esta marcada por el principio fundamental de confianza y credibilidad que aunados a la verdad y la justicia imprimen a las relaciones jurídicas el sello definitivo de autenticidad y legalidad.

Nos han preguntado ¿ Que es el Notariado ? por lo que podemos decir como respuesta que se encuentra dentro de un contexto social, jurídico y moral convirtiendose en tarea inútil el que pretendamos hallar otra explicación para una institución cuya estructura y razón de ser se ha basado a lo largo de los siglos en satisfacer apremiantes necesidades sociales y espirituales del hombre en sociedad.

Es una función social por naturaleza ya que el notario descubre su razón de ser en la interacción de su quehacer, su motivación la conforma el fin social perseguido, por ello resulta insuficiente conocer sus normas sino conocemos la realidad social que la sustenta.

El notario garantiza la moralidad y legalidad de los fines, encaminando a las partes desde el principio, mediante una tarea de asesoramiento y consejo, evitando la contienda por medio de su función conciliadora y por fin, logrando la máxima adecuación de la voluntad a los valores y normas del ordenamiento jurídico.

El notariado es una función social por excelencia, más que ninguna otra profesión, ya que ha sabido mantener el derecho de propiedad en un orden de libertad y justicia, que ha permitido en toda la historia, brindar la suficiente seguridad, en una materia trascendental cuya suerte está íntimamente ligada a la paz entre los hombres.

Los cambios sociales en el tiempo no han hecho sino reafirmar la razón del ser del notariado, más aún hoy, en que la idea del cambio parecería ser característica determinante en la sociedad. El notariado, esta íntimamente ligado al progreso y a la intercomunicación de los hombres, ya que ha ofrecido una perspectiva de solución constante,

contribuyendo al equilibrio, a la solidaridad y a la paz social. Es una realidad histórica, concreta, consecuencia de una necesidad social, tanto en el tiempo como en el espacio porque en el fondo recordando lo que decía Carnelutti la figura del notario es una, no obstante la variedad de los distintos ordenamientos.

Las necesidades sociales, cuando son consecuencia de la libertad social y dignidad de los hombres, se convierten a través de las generaciones en auténticas exigencias, adquiriendo el poder de lo necesario.

El rol del notario encontramos su origen en la misma naturaleza de las cosas de la voluntad de las gentes, no es por consecuencia atribuible a la circunstancia de que el estado se halla visto aceptado a tenerlo que aceptar y reconocer por exigencias de orden público, fomentando e impulsando su actividad, creadora de progreso social y económico.

En el curso de mi trabajo el cual lo divido en cuatro capítulos, los cuales considero que el fundamento de los mismos tienen como característica principal, el aspecto social de la función notarial, por lo que se desglosarán a lo largo de la tesis para la mejor comprensión de sus funciones y los fundamentos axiológicos en los que se proyecta esta actividad tan importante en el mundo actual, lo que espero que mi manera y forma de expresión sea entendible para los estudiosos del tema.

**CAPITULO PRIMERO.- LA FUNCION NOTARIAL EN GENERAL****A) LAS CAUSAS PRIMERAS DE LA FUNCION NOTARIAL.**

Para comprender mejor el tema que vamos a iniciar considero que es necesario aislar una actividad que el notario realice como propia y característica, pero que además le venga como ineludible para los fines que la existencia de la institución del notariado persigue y al mismo tiempo que es razón de su estructura y de su régimen orgánico. La actividad funcional del notario adquiere individualidad y definido perfil como consecuencia de una adaptación de los medios a la necesidad de cumplir con los objetivos sociales, que la comunidad reclama.

Consideramos que en la organización jurídica de la sociedad, la función notarial debe considerarse anterior al mismo notariado, ya que la función notarial en el proceso de su propia evolución ha originado la creación del notariado y por vía de adaptación ha determinado su estructura actual. Esta idea nos explica las transformaciones de la organización notarial, ya que ésta va adaptándose a las exigencias dinámicas y actuales de su función, ante los constantes reclamos de las necesidades sociales. La función notarial entendida como conjunto de actividades orientadas a un fin común y constantemente enriquecida por las transformaciones sociales y técnicas actúa de tal manera que va atrayendo, elementos de su mismo signo; los cuales se encuentran en la organización social, los atrae y los incorpora adaptandolos a

sus propios fines.

Por lo que el tratadista Reyes Peña afirma que el papel del notario de simple autenticador, a pasado a la función de precisar, convirtiéndose en un verdadero policía jurídico (1) ya que interviene en el desenvolvimiento de las transacciones, desde el asesoramiento previo a los otorgantes, hasta la declaración de voluntad y hasta la comprobación por escrito de la misma.

El quehacer propio del notario es desarrollado para lograr fines jurídicos, su actividad precautoria refierese al ámbito jurídico de la vida social. Los particulares llevan con el notario una relación económica o moral, pero el notario la considera profesionalmente en su dimensión jurídica como problema de derecho y, desde este punto de vista presta su atención cautelar.

Al respecto el tratadista González Palomino nos dice "que ningún profesional reduce su vida al estricto y solo ejercicio de su profesión y que el profesional no puede ni siquiera cumplir bien sus cometidos típicos si se limita a un mero y literal cumplimiento deshumanizado, por lo que un consuelo o una reprensión oportuna hacen de cualquier médico, un médico mas eficiente; un consejo no pedido o un apercibimiento a tiempo hace mejor ejercida la profesión de abogado aunque no mas agradecida". (2)

Así también el notario está ligado a la vida íntima de los particulares, en tal medida es la suya una profesión de confianza que se le consulta constantemente de

problemas familiares, económicos y morales ajenos al plano estrictamente jurídico, por lo que sus palabras, sus consejos, y asesoramientos deben considerarse parte esencial de su vocación humana y social, del notariado, ya que contribuye con su orientación y consejos fuera de la técnica jurídica estricta, para aplicar en la sociedad, las causas primeras del derecho, como son el bien común, la justicia y la seguridad jurídica. Y es que la función notarial es primordialmente humana, por lo tanto ética, por lo que el notario con su asesoramiento coadyuva a la realización del bien colectivo en la vida comunitaria.

Ahora analizaremos la función notarial desde el punto de vista precautorio y así se observa que el abogado defiende a sus clientes, el médico los asiste, pero en el lenguaje jurídico no usamos un lenguaje que traduzca de manera propia la unión que realiza el notario para con las personas que recurren a él. Por lo común se dice que el notario atiende los asuntos de sus clientes, sin embargo considero que esta acción tiene otro sentido ajeno a nuestro tema es más frecuente y más adecuado hablar de asistencia notarial: no obstante por poco que meditemos, será necesario admitir que ningún verbo castellano mas propiamente aplicable al caso, que "CAUTELAR". (3) En verdad el notario, en el ejercicio regular de su función no hace otra cosa que eso; adelantarse a prevenir los riesgos que la incertidumbre jurídica pudiera acarrear a sus clientes y con ello contribuye a la realización de la seguridad jurídica dentro de la sociedad; es por ello que en ese sentido consideramos que el notario público contribuye con su actuación a la realización de los primeros principios del derecho en la comunidad.

La función notarial es por naturaleza y de modo cabal PRUDENCIA, tal y como la entendía Platón, como una virtud ética social, precisamente por el sentido cautelar precautorio que domina todas sus manifestaciones. El maestro "GONZALEZ PALOMINO "lo ha llamado jurisprudencia cautelar puesto que cautela la actividad de los particulares cumplidas por éstos, regulada espontáneamente sin coacción". (4)

La sociedad jurídicamente organizada combate el fenómeno de la incertidumbre posterior a su aparición, pero también se previene contra ella en el plano de la realización espontánea y pacífica del derecho; que es donde puede germinar inadvertidamente.

Vemos que también la función notarial tiene el carácter preventivo y tiende a lograr la objetividad de los derechos privados haciendo ciertas las relaciones y situaciones concretas que de ellos derivan, citese un ejemplo mientras un juez impone su autoridad jurisdiccional, evitando la vía de hecho en la oposición de pretensiones, y el abogado dirigiendo el ejercicio o gestión de derechos; en cambio por el contrario la función notarial se ejerce dentro de la normalidad de las relaciones jurídicas, haciendo conciliación pacífica de intereses siendo su finalidad el evitar la oposición o el conflicto.

La función notarial es imparcial por lo que esta función tiene clara conexión con la administración de la justicia, la cual es el fin primordial del derecho. De ella

deriva la posición del notario frente a los intereses de las partes, el notario es el tercero imparcial que ejerce una verdadera magistratura precautoria, espontáneamente y requerida por los interesados.

Debe estar siempre por encima de los intereses comprometidos: su profesión le obliga a proteger las partes con igualdad, librandolas con sus explicaciones imparciales y oportunas, de los engaños que pudiera conducir su ignorancia y de las personas que pudieran conducirse de mala fé. El se debe en igual medida y con la misma lealtad al cliente habitual, y al cliente accidental, al que lo elige, como al que lo acepta; al que le paga y al que se beneficia de su actividad sin erogación alguna. Es notario de las partes y de ninguna en particular, precide las relaciones de los particulares y su sitio equidista, de los diversos intereses de los que acuden ante él, por tal motivo realiza con esto la justicia principio primario del derecho. Es por ello que nos atrevemos afirmar que la función notarial realiza las causas primeras de lo jurídico.

Mas allá de las partes se debe también a los terceros no vinculados directamente al requerimiento y al acto; Por ejemplo, en primer término al propio Estado, cuyo interés debe también respetar, no como defensor oficioso pero si como agente probo y leal.

Este bien jurídico de la institución, la imparcialidad del notario, ha sido puesto a cubierto por el legislador mediante un régimen severo de incompatibilidades y

de inhibiciones que aseguran su libertad, mediante la obligación del secreto profesional, que lo obliga a la discreción mediante un sistema de responsabilidades civiles, disciplinarias y penales que lo obliga a responder de su conducta.

Haciendo una breve referencia de la función notarial desde un punto de vista público, diremos que es la actividad propia y característica del Estado por razón de que la comunidad esta interesada directamente en su organización y en su cumplimiento regular y continuo, por lo que la doctrina acepta que la función del notario es de carácter público. Nada importa que ésta se ejerza sobre actos y hechos que se relacionan con derechos privados, pues la intervención del notario, mas que al interés particular, atiende a un interés general, en el que la sociedad tiende a afirmar el imperio del derecho, asegurando la legalidad fehaciente de los actos y hechos de que dependen las relaciones privadas. "Con ellos aplica en la vida social la causa primera de lo jurídico denominada tradicionalmente BIEN COMUN." (5)

Nos dice el tratadista ROBERTO GONNELLA, "una función de soberanía, una parte del deber que incumbe al Estado de otorgar protección jurídica, la cual se cumple a través del notario, ya que éste es el órgano expresamente creado para esta función estatal" (6).

Desde el punto de vista histórico y formal no parece dudoso que la función notarial deriva de los órganos jurisdiccionales. La ley del Ventoso del año XI marca para el

sistema latino el momento en que el notariado se escinde de la magistratura judicial. Pero desde el punto de vista material, juzgada en un plano puramente conceptual la mayoría de la doctrina la categoriza como función administrativa, sea función pública de carácter administrativo desempeñada por un particular.

También descubrimos dentro de la función notarial un carácter técnico muy acentuado de la función que realiza el notario, es cosa generalmente admitida sin análisis. La idea se ve con facilidad. Ya que en cuanto al notario se refiere es evidente que buena parte de su actuación depende de modo principal la perfección de la técnica que utiliza.

De acuerdo con el estudio anterior se destaca algunos de los elementos característicos de la función notarial, pertenece al plan jurídico, es una función cautelar, pública, marcadamente técnica que el notario ejerce con imparcialidad, por lo que trataré de dar un enfoque más minucioso del concepto, el que nos permitirá definir a la función notarial como aquella actividad jurídico cautelar encargada al notario que consiste en dirigir imparcialmente a los particulares en la individualización regular de sus derechos subjetivos para dotarlos de certeza jurídica conforme a las necesidades individuales.

De este modo se destaca en la idea un contenido claramente definido o sea, dirección jurídica de los

particulares en el plano de la realización espontánea del derecho. Queda también entendido el objeto sobre el que ejerce la actividad judicial, los derechos subjetivos de los particulares. En cuanto a los fines que cumple consisten en la certeza jurídica de los derechos de los que ante él asisten.

La función notarial, tal y como lo hemos expresado, consiste en prestar atención jurídica a los particulares en el plano del ejercicio del derecho cautelar en favor de aquellos particulares que lo requieran, por lo que podemos deducir que el notario es consultor de sus clientes a quienes asesora, aconseja y precide sus actos jurídicos y al mismo tiempo los reviste de una formalidad instrumental adecuada ya que, la función notarial tiende a concretarse en formas documentales que el notario autoriza.

La actividad funcional del Notario puede manifestarse en mera ilustración de sus clientes respecto de relaciones o situaciones concretas y preestablecidas, no obstante como el derecho es por naturaleza dinámico, la labor cautelar del notario puede plantearse también en ese terreno, y en tal caso impartirá a la voluntad una de estas dos direcciones opuestas en sentido negativo, hacia la frustración de un acto o negocio jurídico, o en sentido positivo hacia el otorgamiento. Sea que ilustre simplemente a los particulares acerca de los avances de sus derechos o los asesore sobre la imposibilidad jurídica de realizar el negocio que se le somete como por ejemplo, cuando los dirige en un trámite sucesorio, certifique una firma puesta al pie de un instrumento privado, estudie un título público o privado, existe el ejercicio de su función notarial, toda vez que él mismo realice la acción

cautelar y dirija a sus clientes en la realización normal del derecho.

Para concluir con este inciso, considero es muy importante decir que la función humana y social que realiza el notario esta vigilada para la eficiente prestación de los servicios que otorga, vigilancia que será ejercida en el Distrito Federal por los inspectores que el propio departamento designe, a través de visitas que cumplan con estricto apego a los requisitos establecidos en la Ley del Notariado en cuestión. Además se han señalado en dicho ordenamiento positivo las tareas que debe realizar el notario público para la prestación de sus servicios que pasa del orden público, incluyendo a la comunidad y al Estado mismo.

Y es precisamente la función del notario de orden público para el derecho positivo mexicano, porque cumple con la realización de fines trascendentes del derecho, como son el bien común, la justicia y la seguridad jurídica, que en el plano filosófico jurídico se les denomina causas primeras del derecho. Por tal motivo afirmamos aquí, con este sencillo trabajo, que las causas primeras del notario, son la aplicación en la vida gregaria de los fines del derecho, mediante su función cautelar y pública, así como con el consejo y asesoramiento que da a sus clientes, aplicando con eficacia la prudencia en toda su actuación, contribuyendo con ello a humanizar la técnica jurídica notarial.

**B) CONCEPCIONES DOCTRINALES DE LA FUNCION NOTARIAL.**

Para mejor entender el concepto de la función notarial considero que es importante observar el punto de vista de cada doctrina, en el plano del derecho positivo, y de paso señalar someramente las diferencias que acusan las legislaciones comparativas, por lo que iniciaré por la doctrina de Meyer:

Mas que doctrina, Meyer hizo un relato histórico del espíritu, origen y progreso de las instituciones jurídicas de los principales países Europeos. Asentó en primer término que las normas jurídicas relativas al notariado de los Países Bajos y Francia especialmente, fueron instituidas por los Borbones en virtud de una orden dada en 1494, y reorganizadas por el emperador Carlos V en 1584, en la justa medida de las exigencias de la época. Hago referencia a estos antecedentes para señalar la existencia de una formal función de la fé pública, advirtiendo que habían dos clases de notarios; los designados por los soberanos y los señores medievales, a causa de los privilegios heredados del régimen feudal; y los nombrados en el interior por la comuna. Seguidamente formuló una observación, pues en lo que atañe a las funciones notariales dejó que el orden judicial, bajo el pretexto del control, extendió tanto su intromisión que casi llegó a anularlas y para sacar conclusiones comparativas cotejó aquel notariado con el surgido de la ley de ventoso, en 1808, y de todo ello dedujo lo siguiente; que en tanto en los Países Bajos no hubo diferencia entre la jurisdicción voluntaria y la contenciosa. En Francia estas jurisdicciones quedaron bien discernidas, o sea, el juez, árbitro de los asuntos litigiosos; el notario, legitimador de los actos dependientes de la relación privada. Como podemos ver estos estudios de Meyer ciertamente interesantes, ofrecen sin

embargo un punto débil, pues se basa en una total y concreta aplicación a los antecedentes históricos y al desarrollo del ejercicio profesional de la notaría, y no a los principios normativos que hacen a la estructura del notariado. Sin embargo, si como doctrina tales estudios no llegaron a formar un notariado definido que encajase dentro de un ordenamiento orgánico e independiente, permitieron conjeturar una clasificación a base de un notariado libre, desligado de una autoridad jerárquica, mas típico por las funciones discernidas que por su propia organización.(7)

#### DOCTRINA DE TORRES CAMPO

A pesar de no haber clasificado las legislaciones notariales en tipos o sistemas, sino simplemente analizado, Torres Campo dejó entre ver esa posibilidad científica. Así, obteniendo conclusiones de la organización del notariado francés, expresó que su estructura fue punto de partida del mejoramiento de la profesión y del progreso de los estudios notariales; que el impulso dado por Francia en este aspecto no dejó de comunicarse a otros pueblos, que el adelanto del notariado como ciencia particular, no depende exclusivamente de los estudios jurídicos, sino que se haya íntimamente relacionado con la situación de los hombres encargados de atender tan importantes funciones. Tras de valorar con estas precisas palabras a la organización notarial Francesa, cuyos principios sirvieron de norma para otras legislaciones, Torres Campo señaló que el interés mostrado en España para las cuestiones relativas a sido muy grande, lo cual motivó el establecimiento de cátedras especiales

propuestas con carácter oficial y trajo consigo el estímulo y la formación de ilustres notarios, algunos de los cuales estuvieron a la altura de los principales del extranjero y, ésto así mismo determinó la creación de la ley orgánica del notariado de 1862 en España, estatuto que en conjunto superó todas las dificultades que ofrecía el ejercicio de la función notarial. (8)

#### DOCTRINA DE BELLVER CANO

Este autor toma en consideración el exámen analítico del notariado, en cuya institución formativa del poder público siempre cabe ver al funcionario y a la función, esto es, la persona que lo desempeña y la actividad que esta despliega en cumplimiento del fin de la Institución, este autor distingue cinco tipos de Notariado que son: A) El tipo libre, de abolengo Inglés imperante en Inglaterra, Estados Unidos y Suecia, reconocido como el más rudimentario de los regímenes notariales por ser, el de menos intervención estatal, el cual ofrece ciertas características que son: 1) el notariado es un organismo profesional de índole privada y 2) que el instrumento equivale a un principio de prueba que para su eficacia necesita autenticidad judicial. B) El tipo profesional público, de origen Alemán y adoptado por Alemania, Austria, y en algunos cantones Suizos, llamado así porque sus funcionarios tienen el carácter de profesionales libres a quienes se concede por el estado un privilegio que significa una restricción para los demás, algo así como una exclusiva competencia, si bien tiene característica de tipo libre mira algo a las funciones estatales de los tipos sucesivos más complejos, y por tanto presenta una mayor complicación; el

notario es un funcionario público, pero no funcionario del Estado y, por esto mismo, el notariado importa una función pública obligatoria normada por el Estado y el instrumento autorizado vale como prueba preconstituida, a no ser que se arguya de falso. C) El tipo notarial latino, o notario de funcionarios públicos; en que el notario es funcionario público no exclusivo, sino mas o menos restringido, pues actua como representante delegado del Estado. sistema que se observa en España, Francia, Italia, Belgica, Portugal y países sudamericanos, de cuyo rasgo distintivo resulta que el notariado entraña una magistratura delegada por el Estado, obligatoria, reglamentada y restringida en cuanto a radio de acción funcional y el instrumento público es la forma jurídica para adecuar las convenciones y a la vez prueba preferencial de su contenido y eficacia, a no ser que se arguya nulidad o falsedad; D) el tipo judicial, llamado así por que los individuos que componen el notariado y las consiguientes funciones, se sacan de la magistratura judicial; este tipo ha sido adoptado por algunos estados alemanes como, Wurtemberg y Baden y el Canton Suizo de Zurich, en el cual, el notariado es una magistratura obligatoria y de estrecha jurisdicción y el instrumento público que emana de una resolución judicial pública, respecto de terceros y contra terceros. Así mismo, es forma forzoso para la validez de los actos jurídicos, y por ultimo; E) el tipo administrativo, implantado con caracteres bien determinantes en Rusia. El notariado en un principio, establecido por una asesoria pública, pero finalmente absorbido por la organización estatal y convertido en una dependencia administrativa de tipo bufete obligatorio y expresamente demarcado, el instrumento del acto jurídico es de firme resolución y probatorio del derecho derivado de este acto. Como podemos ver esta doctrina se caracteriza por agrupar a las legislaciones atendiendo a la índole funcional

del notariado y no diferencias formales que ofrecen las reglamentaciones orgánicas.(9)

#### DOCTRINA DE JIMENEZ ARNAU

Este autor para establecer los distintos criterios de la clasificación del notariado en el derecho comparado, ha tenido que actualizar la naturaleza de la función notarial y el alcance de la misma, el modo de realizarla, la intervención estatal y los efectos que genera el instrumento público, de este modo ha podido separar doctrinalmente hasta cinco especies distintas de organizaciones o sistemas notariales. Sin embargo podemos observar fundamentalmente coincidencias que permiten reducir el número de miembros de la clasificación que este autor nos señala, aunque quedan a salvo características propias.

La agrupación de legislaciones notariales presentan un panorama extenso y complejo que hace casi imposible reducirlo de una manera sintética y sumaria, por lo que este autor tratando de obviar, ha expresado de una forma general que lo fundamental para llegar a una clasificación es el carácter de la actuación; y que si por consecuencia de circunstancias históricas variables en cada país se habla de juez o de notario, habrá que comprender que cuando actúe como juez no será notario, y cuando actúe como notario no será juez, o al menos no ejercerá funciones judiciales. Y bajo la influencia de este concepto ha agregado que el tipo de notario orgánico no se eroga crédito para clasificarse como ejemplar y original, porque no se presenta con carácter uniforme en los diversos estados alemanes y que aún teniendo diferencias orgánicas considerables con el notariado español, no supone de

distinta manera el concebir la fé pública, con excepción del típico notariado judicial de Baden. La originalidad típica a juicio de este autor para clasificar a los distintos notariados la finca, en la índole de su función, por lo que se identifica con MENGUAL Y MENGUAL y opta por la nomenclatura según la cual la función notarial se desarrolla de dos tipos de notarios; el Privado y el Público, es decir, el que no representa y el que representa al Estado. Resumiendo, en opinión de este autor admito dos tipos de notariados; el de carácter público y el de carácter privado, cuya división es exacta por cuanto es la que se presta a menos confusiones y porque el hecho de que la función sea pública no es obstáculo para que la misma se ejecute de dos formas; libremente y con profesionalismo y, en el supuesto de que la función se admita como un ejercicio profesional no importa suponer que carezca de regulación por parte del Estado.(10)

### C.-EL DERECHO NOTARIAL

Para mejor entender el tema, considero que es importante hacer un estudio del derecho notarial en términos generales, dentro del campo del derecho positivo y concreto, con el objeto de estar, error generalizado de quienes no entienden que hablar de derecho notarial significa por necesidad afirmar la existencia del mismo como una rama científicamente autónoma en el conjunto de las disciplinas jurídicas.

Del derecho procesal como se indicó se admitió su autonomía; en la actualidad nada se objeta a la expresión del derecho fiscal, no obstante ser la autonomía de esa especialidad, abiertamente controvertida por la doctrina actual.

La función que realizan los notarios, sus obligaciones, sus responsabilidades, los procedimientos de su actuación, constituyen el objeto de un conjunto de reglas bastante importantes, como para construir una rama especial del derecho que de algún modo podamos precisar para distinguirlas de otras.

En este trabajo no se hará un estudio especial de su autonomía, pero es importante señalarlo por el estudio de sus fundamentos que aquí se hacen.

En cuanto al nombre, los autores han propuesto varios. Pero hoy las diferencias pueden considerarse superadas por la concepción general por "DERECHO NOTARIAL", este nombre sintético bastante preciso y suficientemente expresivo de uso continuado le ha dado sentido definido y contenido

concreto y claro.

Como se observa vemos la expresión "DERECHO NOTARIAL", pudiera quedarle un poco amplia al concepto, pero no es con todo menos precisa que las denominaciones aceptadas por otras ramas de las disciplinas jurídicas, se puede afirmar en este caso, que el uso de la expresión ha venido a darle un contenido específico y un sentido técnico.

Así pues podemos definir, al "DERECHO NOTARIAL", como conjunto sistemático de normas que establecen el régimen jurídico notarial.

El "DERECHO NOTARIAL" es un sistema de normas, al afirmarlo queremos significar que no es un simple agregado de disposiciones, carentes de todo orden y armonía; sino que constituye por el contrario un todo orgánico, en el cual las normas se correlacionan y entrelazan ordenadamente.

Así la especialidad de la función notarial determina particulares exigencias y aptitudes del notario, del mismo modo que hace posible la atribución de ciertas facultades e imponen procedimientos para su actividad.

Las normas del derecho notarial establecen por consecuencia desde las condiciones exigibles al notario para que sea adscrito a la función, hasta las que deban cumplirse para que se le aparten de su ejercicio, pasando por aquellas que regulan su funcionalidad, el quehacer de su función.

Entre esas normas las hay de carácter orgánico, sustantivo y aún de mero procedimiento, pero que todas se acomodan en un conjunto coherente que las entrelaza y

les da utilidad y armonía en consideración a un fin común.

Las diversas doctrinas expuestas sobre este punto pueden agruparse en dos posiciones: una posición aparece centrada en el instrumento público notarial, haciendo incapie sobre su naturaleza formal y otras sobre su contenido. la segunda posición en cambio se centra alrededor de la institución notarial.

Desde el grupo de las doctrinas mencionadas se afirma que el derecho notarial tiene por objeto aquella forma pública intervenida por notario y denominada instrumento público a partir del siglo trece; "lo que equivale a poner de manifiesto que hay dos columnas sobre las que se rige el derecho notarial: el notario y instrumento público".

De igual medida que en el derecho real existe una relación jurídica de persona a cosa, hay también, en el derecho notarial una persona, que es el notario y una cosa que es el instrumento público, por lo que podemos deducir que el documento sin firma del notario no pertenece al derecho notarial.

La actividad del notario sin documento es extraña al derecho notarial.

Por lo mismo el documento, como la cosa en el derecho real, es elemento esencial, principal, y final del derecho notarial.

El notariado es una situación jurídica que tiene por cometido, en la sociedad, asistir a los particulares para facilitarles la realización espontánea, pacífica del

derecho y a cuyo alcance el ordenamiento jurídico pone un conjunto de medios y procedimientos técnicos, que el notario utiliza con métodos propios para cumplir su función.

De ahí cuando hablamos del notariado aludimos al órgano tanto como a la función que el notario desempeña. El notario y su conducta vale decir, constituye el objeto del derrenno notarial directa o indirectamente ya que sobre ellos recae todas las enunciaciones contenidas en el conjunto de sus disposiciones.

El notario anterior del siglo XIII ejercía el ARS dictandi, que consistía en actividad jurídica fundamentalmente redactando y escribiendo toda clase de instrumentos públicos en la lengua oficial, auxiliándose, con una conocimiento rudimentario del derecho, que le facilitaba el manejo empírico de los formularios al uso, pero a partir del siglo XIII, con el impulso de la escuela de Polonia dió a los estudios notariales, el ARS notaria, trajo exigencias mayores comprendiendo conocimientos algo más amplios del derecho práctico.

Luego con el andar de los siglos, el arte de redactar y documentar fehacientemente los contratos, últimas voluntades y juicios sufrió una nueva y radical transformación al hacerse reflexivo, hizo profundo el conocimiento jurídico y racionalizo la utilización de sus medios con lo cual ha venido ha convertirse en una verdadera función técnica solidamente apoyada en la ciencia del derecho.

Hoy el notario es el jurista que tiene a su alcance y deber ser capaz de utilizar todos los medios de la técnica jurídica adaptandola a los fines de su función que es

el bien común.

El principio de seguridad jurídica que domina en la organización de nuestra sociedad, exige que el estado protega al individuo cuyo derecho es desconocido, la pretensión contradicha debe encontrar adecuada tutela en el ordenamiento jurídico.

Por otra parte el orden jurídico es formula de convivencia social, como en efecto lo es, el derecho debe de hallar la posibilidad de un desenvolvimiento espontaneo y eficaz. El individuo debe tener la facultad de someterse voluntariamente a la previsión de la norma, para lograr sin coacción el resultado jurídico deseado. Estaria mal si consibiéramos al orden jurídico como un derecho siempre desconocido y necesariamente desconocido por los jueces.

Su aplicación judicial es un signo del derecho y no un elemento fundamental de él.

CAPÍTULO SEGUNDO: LA NATURALEZA FILOSOFICA Y JURIDICA DE LA  
FUNCION NOTARIAL.

a) FUNDAMENTACION FILOSOFICA JURIDICA.

Debemos notar que para entender la función del notario público, debemos estudiarlo desde el punto de vista del derecho natural ya que va hacer el punto de partida para conocer la naturaleza filosófica de dicha función.

Desde la edad media los pensadores y filósofos han estado de acuerdo acerca de que el derecho natural es aquel conjunto de condiciones materiales y espirituales que dan vida y contenido a las necesidades humanas de superación y perfección. También ha sido dilucidado de una manera amplia el hecho de que el derecho natural debe entenderse en primer lugar como derecho natural de contenido fijo; y que es aquel conjunto de disposiciones de naturaleza superior en las que encontramos situaciones que no pueden cambiar incluso en las épocas de mayor virulencia social y entre estas disposiciones se encuentran las que tratan las referentes a los derechos y prerrogativas de los individuos, los que tratan de los derechos y obligaciones de las familias, lo mismo puede decirse de las disposiciones que se encargan de regular y estructurar la vida pública de los habitantes de un lugar; también lo son las que tratan lo referente a las formas que deben revestir la organización política denominada Estado, al igual que las disposiciones referentes a la manera en que debe ejercerse y tramitarse los poderes públicos. (11)

Por otro lado tenemos lo referente al derecho natural de contenido variable y que son aquellas disposiciones que se encargan de mantener y preservar el orden social que deberá prevalecer en el ánimo y en el ambiente de la sociedad, igualmente se podría indicar que dentro de estas disposiciones se encuentran las que señalan la forma de gobierno que encuentra su fundamento de manera mediata en la concepciones y la indosincracia que sean propias del estado de que se trate, además entran también en este rubro las disposiciones relativas a la manera en que han de administrarse los fondos públicos del estado, al igual que las disposiciones que enmarcan y dan contenido a la actividad realizada por los notarios ya que es de suponerse que en cada sociedad y de acuerdo a las circunstancias que se hayan presentado a la misma función notarial cada uno de los estados dictará las normas que a su juicio sean las más procedentes y adecuadas para normar este tipo de actividad que es de vital importancia pero que no lo es tanto para que pueda considerarse a la misma como una regulada por las normas del derecho natural de contenido fijo, ya que esta institución pueda sufrir las modificaciones que sean necesarias y que la propia sociedad vaya ordenando como propias y particulares de la actividad que se han descrito en los apartados anteriores.

Pero además hay que notar la circunstancia de que desde el punto de vista material y filosófico hacia la precedencia del Notario es del todo accesoria desde el punto de vista de los valores trascendentes y definitiva desde el punto de vista de los valores intrascendentes, ya que la misma como se ha indicado con anterioridad es una actividad necesaria pero no indispensable ya que ésta puede ser ejercida, y de hecho se ha ejercido por personas que no han

sido calificadas con los conocimientos teóricos prácticos, como ha sido el caso de los sacerdotes y los militares solo por citar algunos entre otros muchos.

Desde el punto de vista de la Etica es pertinente señalar la circunstancia de proximidad entre los valores de justicia seguridad jurídica y bienestar general, y la función notarial, por lo que debemos encontrar el fundamento de esta actividad en las dos grandes corrientes filosóficas que se desarrollaron durante los siglos XII, XIII, y XIV y que son a saber; la teoría que nos habla de la Patrística y por el otro lado la doctrina que se conoce en la historia de las ideas políticas y filosóficas con el nombre de Escolástica.

La primera de ellas comienza a ser desarrollada por el obispo de Hipona San Agustín, quien en su libro la Ciudad de Dios y en las confesiones, da los primeros pasos para justificar filosóficamente el principio de la autoridad que desempeñan los notarios Públicos.

Esta teoría va evolucionando y pasa por las célebres plumas de filósofos tan ilustres como san Ambrosio, San Anselmo, y San Gregorio Magno; indicando esta teoría en sus líneas mas generales las siguientes ideas La justificación filosófica de que la autoridad no proviene directamente del creador omnipotente. Sino que surge de la naturaleza conque la autoridad se hace presente en las continuas formas de modificación de la estructura que se esta planteando.

Por otro lado al encontrarse con las ideologías protestantes que proliferaron en los siglos XI y

XII surgen una nueva corriente que trata de justificar la existencia de los diversos tipos de autoridad y que son las ideas sustentadas por el doctor Angelico Santo Tomás de Aquino y que se conoce en la historia con el nombre de Escolástica.

De entre las líneas más generales de estas ideas podemos obtener con precisión un desglose de las mismas en lo siguiente. (Tratan de justificar la existencia de la autoridad a través de que efectivamente la autoridad no proviene directamente de dios, pero tampoco de los seres humanos sino que la misma es un mero reflejo de lo acontecido en otras latitudes. b).-Si la autoridad no proviene del creador pero tampoco es producto generoso y gratuito de los hombres, debemos encontrar el justo medio preciso que deberá ser el punto de equilibrio entre estos dos tipos de ideas. (12)

## B).- FUNDAMENTACION SOCIOLOGICA.

Para que podamos fundamentar sociológicamente a la actuación Notarial debemos antes que nada dar el concepto de la misma para tener un acercamiento primario a lo que es y lo que trata la sociología para poder diferenciarla de las distintas fundamentaciones que sobre la actuación notarial pudieran presentarse.

De manera general podemos decir que la sociología es la ciencia que se encarga del estudio de la sociedad y de los fenómenos sociales y de manera particular debemos tener en cuenta que, para el estudio de la sociología, debe atenderse a los conceptos de sociología general y al investigación social concreta.

La primera, la sociología general es necesaria e indispensable en todo caso para todos los que elaboran Leyes como los Legisladores, sus consejeros técnicos, y para quienes están encargados de aplicar normas, o guarden algún contacto con dicha aplicación de normas como pueden ser los jueces, los notarios, los abogados, los funcionarios ejecutivos para quienes ejerciendo alguna clase de función social quieran aplicar ésta a la mejor de la existencia colectiva, Educadores, políticos, directores de empresas de varias clases etc. porque cualquiera que sean los sectores o aspectos de la vida social que se intente tratar, todos ellos son hechos sociales, y por lo tanto hechos cuyos elementos e ingredientes esenciales y cuyos tipos y cuyas leyes son estudiados por la sociología general. A título de metáfora esto es de una comparación, pero jamás de una identificación, se podría decir que en este campo sucede algo parecido a lo que pasa con los

especialistas en alguna rama higiénica o médica, quienes para dedicarse a su especialidad independiente de cual sea ésta necesitan ineludiblemente un hondo conocimiento de Biología, Anatomía, y fisiología generales. Así análogamente todos quienes tienen que ver en alguna manera con cuestiones sociales, por particulares que estas sean a veces, requieren necesariamente de hondos y rigurosos conocimientos de sociología general y sobre todo de las realidades y hechos fundamentales.

Este conocimiento es más necesario cuando sucede que, si bien a veces legisladores y proyectistas geniales han tenido certeras visiones sobre determinados aspectos particulares de la realidad social, en cambio, frecuentemente se advierte con espanto que muy a menudo hay una horrible falta de ideas sobre los temas sociológicos fundamentales. A este respecto observa José Ortega y Gasset "Sería pavorosa si pudiera realizarse un encuesta donde aparecen con todo rigor las ideas que en los hombres más influyentes del planeta, se unan a vocablos como sociedad, colectividad, masa, uso, opinión pública, individuo humano, revolución, estado etc. sobre todo, si luego se compara la tosqueda primitiva de esas ideas con la precisión de conceptos a que se ha llegado en las técnicas de la naturaleza, es como si habitásemos encima de un laboratorio donde se manejan los explosivos más violentos por hombres de quienes supieramos que no tenían la mayor noción de sus ingredientes. La crisis económica, acontecimiento de gran dimensión y vivida por la mayoría de los hombres ha puesto de manifiesto la insuficiencia de la economía que parecía la más adelantada entre las ciencias sociales, la natural reacción ante esa falla habríá sido revisar a fondo el cuerpo de las ideas económicas, con la serena confianza y la

más sobria meditación para presumir que la defectuosidad de la economía tradicional procede de que es una ciencia social particular cuyos cimientos estarán al aire mientras no exista una ciencia fundamental sociológica, como no es posible un buen optimismo o una buena acústica si no existe una buena mecánica" (13)

A esto hay que añadir algo, incluso tal vez de peores consecuencias. Algunos sujetos deseosos de racionalizar su conducta injustificable para con otros hombres, elaboraron doctrinas que se han proyectado del modo más funesto en la vida práctica, mediante las cuales se han tratado de legitimar los crímenes más atroces, (por ejemplo las fechorías de los estados totalitarios, muchos descabellados prejuicios y comportamientos discriminatorios. En lugar de atenerse a los hechos y proceder a su análisis, sucede que se entronizan mitos delesnables (Nacionales, étnicos, clasistas de jefatura que de modo blasfemo se autodenominan providenciales de supuestas tradiciones falsificadas, de consagración de palabras vacías de auténtico sentido) y se toma esos mitos baratos como base para la acción social, con lo cual se suelen producir efectos catastróficas". (14)

Cualquier estudio sobre un particular aspecto de una determinada realidad social concreta, por ejemplo, sobre los hechos de discriminación racial en una cierta localidad, serviría relativamente de muy poco y arroja la muy escasa realidad sobre el problema, y quién lo hace no tiene un conocimiento correcto y a fondo de los conceptos sociológicos básicos un conocimiento adecuado de que son relaciones colectivas a diferencia de relaciones interindividuales, de las esquematización y funcionalidad de

la calificaciones sociales, de la relación entre creencias y acción, de la diferencia entre comunidad y asociación, en efecto, hay muchos estudios de investigación social sobre temas concretos, en los que se ofrece una descripción muy minuciosa de datos, pero muy superficiales de hechos encontrados al azar, abundancia estadística pero sin ningún método para la interpretación de los fenómenos contados. Tales estudios, a pesar de que en apariencia ofrecen el aspecto de una labor científica, tiene muy pocos de científicos, y tienen muy poca actividad para orientar después una acción práctica porque apenas aclaran nada sobre sus temas, precisamente porque fueron elaborados sobre la base indispensable de los supuestos fundamentales de una sociología general concebida con rigor. Tales estudios son el equivalente de lo que serian la descripción de un organismo animal, hecho por quien no tuviese un idea adecuada de las células, de las diversas clases de éstas, de los tejidos y sus tipos y la fisiología general. Por ello, hay que dejar claro que toda tarea de investigación social concreta se desarrolle sobre la base y bajo la luz de los conceptos sociológicos fundamentales, y empleando los métodos adecuados para la comprensión y la explicación de los hechos que se quieran estudiar (15)

La función práctica de los conocimientos sociológicos no se limita solamente a ilustrar la tarea legislativa sobre los que se pudiera llamar los grandes temas en la estructuración de la sociedad, por ejemplo, la organización constitucional, el régimen administrativo, el problema agrario, las directrices económicas, la eficaz defensa social, los sistemas educativos etc. la función práctica de los conocimientos sociológicos se extiende a demás a un sinnúmero de cuestiones particulares y de detalle, pertenecientes a todos los aspectos de la vida

social; y cubre todos los llamados problemas sociales planteados por el hecho de desajustes o fracasos individuales o colectivos respecto de las pautas o de los propósitos de varios grupos.

Así como, por ejemplo se pide orientación al sociólogo para mejorar las relaciones familiares por medio de normas jurídicas, pero también y sobre todo por medios educativos y por servicios de consejo, los cuales ilustran sobre la elección de consorte, sobre las relaciones entre esposos, sobre las relaciones entre padres e hijos, y sobre el modo de tratar a los llamados niños difíciles, sobre la articulación entre hogar y escuela etc.

Se pide también ilustración al sociólogo para mejorar tanto las comunidades urbanas como rurales; para plantear la fundación de nuevas comunidades o vecindades, que ofrescan a sus miembros colaboración mutua en la solución de problemas varios, oportunidades educativas y de recreo o diversión, viviendas decorosas, servicios higiénicos y adecuados, ayuda en caso de necesidad urgente, y otras facilidades. Se busca el consejo del sociólogo para poner en práctica medidas que afronten los graves problemas suscitados por el enorme y rápido crecimiento de muchas ciudades, por la inmigración a ellas de gentes de origen rural que influyen en los grandes centros urbanos y hayan ciertas dificultades para adaptarse al tipo de vida, es cual les resulta no solo extraño sino incluso contrario a los modos de existencia aldeana al que estaban acostumbrados.

La investigación social contemporánea ha hecho y está haciendo importantísimas aportaciones para

suprimir o por lo menos amortiguar considerablemente, las tensiones los conflictos, y las varias formas de discriminación dañina que se originan en los prejuicios raciales, especialmente en los países donde habiendo diversos grupos étnicos, el dominante establece diferenciaciones en detrimento de los demás, la bibliografía de los últimos 25 años sobre todo en la Lengua inglesa, de estudios sobre discriminaciones, tensiones, recelos y prejuicios entre diversos grupos raciales comprende muchísimos millares de volúmenes y folletos. Algunos contienen estudios puramente teóricos de los cuales se deriva la prueba de la injustificación de los prejuicios. Otros, además sobre la base de observaciones, entrevistas cuestionarios y hasta experimentos sociales suministran la explicación de como tales prejuicios nacen irracionalmente por ciertas tendencias oscuras de la psique humana.

El campo de los problemas educativos se busca en la sociología y en las investigaciones sociales concretas, orientación para contestar adecuadamente una multitud de preguntas, por ejemplo las siguientes: ¿Cuál es el papel que desempeña el intelectual? ¿Conviene aumentar su influencia y en el caso positivo, que procredimientos serían eficaces para lograr este propósito? En los países Facistas y comunistas la educación esta ligada a un adoctrinamiento unilateral y fanático, lo cual constituye un ultraje contra el espíritu y contra la dignidad del hombre.

Además de lo que se ha dejado indicado es pertinente señalar que analizada desde el punto de vista de la sociología general la actividad que realizan los notarios, es de naturaleza "sui generis", ya que por una parte el intervenir en las operaciones comerciales que

realizan los particulares desempeñan un papel de naturaleza arbitral en virtud de que participan en ellas de una forma totalmente ajena a las partes; pero de alguna forma participan también representado en esos actos de la investidura de representantes del Estado lo que hace cada una de las operaciones que se realizan ante ellos se les considere como verdaderos hechos sociales, quienes por sí mismos se trascienden en la esfera social y jurídica de las personas.

Por lo que respecta a las investigaciones sociales concretas señalemos que el notario es un verdadero agente promotor del bienestar social de la comunidad, porque efectivamente realiza actos que de manera directa o indirecta tienen influencia en las actividades que los particulares desempeñan y en las actuaciones que de forma general tienen cabida en el conglomerado social. Además de lo indicado con anterioridad, hay que señalar que pormenorizar la actuación social de la autoridad denominada notario público, que es un Agente que participa en los procesos de asimilación, agrupación y transculturación que se presentan en los grupos humanos sean estos de la naturaleza que sean; porque de manera definitiva coadyuva al establecimiento eficaz del orden social además de que también dicha función por pequeña que sea su intervención en las relaciones individuales coadyuva al sostenimiento de la estructura social al dar la pauta para que los particulares realicen sus actuaciones de manera pacífica y de acuerdo a lo señalado en las disposiciones legales que de diferente manera afectan dichas actuaciones por lo que la actividad mencionada tiene realmente una función específica de trascendental importancia para las investigaciones sociales concretas y en el sostenimiento y desarrollo de la paz

social en la comunidad de que se trate.

Por lo que se refiere a la naturaleza de esta función en el ámbito material de aplicación de las leyes mexicanas cabe señalar que en otros países de América y Europa existen Instituciones Notariales que realizan actividades muy similares a las que desarrollan ésta institución en México, por lo que es de justicia concluir que ésta institución es de naturaleza verdaderamente necesaria en la sociedad, ya que si no existiera la función notarial, existiría en la misma un vacío que sería verdaderamente difícil de llenar por las autoridades que no reunirían los requisitos y funciones que cubre el Notario público.

## C).-FUNDAMENTACION POLITICA

Para tratar lo relativo a la fundamentación política que deba darse para la actuación de la función Notarial, hay que mencionar en primer término el concepto que tengamos de la palabra Política, debiéndose mencionar que la etimología primaria de dicha palabra es la que se refiere a los términos Polis-Ciudad e Inca- que es un prefijo que indica lo referente a, y así se pueda sacar como conclusión que la Política es todo lo que refiere a la Ciudad, esto de manera Genérica, por lo que se refiere al concepto que sobre la misma llega hasta nuestros días de parte de los Griegos.

Para Aristóteles de Estagira, la Política es todo lo que se refiere al buen gobierno de la ciudad, aunque cabe aclarar que tanto para este pensador como para muchos otros de la Polis griega y la Civitas Romana, el gobierno de la ciudad, y por consecuencia de los ciudadanos, se refería a quienes eran verdaderamente libres y no así a los que se les consideraba con la calidad de esclavos, y que eran quienes no gozaban de ninguna prerrogativa de naturaleza social o política. (16)

Para Santo Tomás de Aquino el Insigne doctor Angélico de la edad media, la Política es la búsqueda del bien común entendiéndose por este bien común, el hecho o la circunstancia que todas las actuaciones del príncipe o del gobernante vayan encaminadas hacia la procuración de las condiciones mejores de vida que puedan brindar la oportunidad de que los Ciudadanos y las personas logren desarrollarse de manera ascendente en sus aspectos material

intelectual, espiritual, familiar, y política, en esa sociedad a la que el propio Santo Tomás consideraba como total y es a saber el Estado. (17)

Además el estado no es el grupo social que opera con una diferencia entre gobernantes y gobernados, entre los que mandan y cuentan con la fuerza suficiente para imponer sus mandatos y quienes se ven constreñidos de hecho a obedecer, tal como lo pretendía el positivista Duguit; y el gobierno no es la facción que en una sociedad logra el monopolio del poder.

El gobierno es la personificación de la autoridad, el conjunto de hombres que ejercen de acuerdo con el derecho la noble función de directores de su pueblo, el Estado es éste mismo pueblo jurídicamente para realizar el bien común, para asegurar según Lecdereq Lechereq progreso de la humanidad hacia su triple perfección: material, intelectual y moral. Gobierno, autoridad, derecho, estado, y bien común son nociones que implican, que se relacionan íntimamente y que carecen de toda significación si no se fundan en la distinción que la conciencia humana reconoce entre lo justo y lo injusto, entre el bien y el mal.

Si se prescinde de esta distinción que permite al espíritu aprender los valores morales de la justicia y del bien no se podrá hablar más de gobierno, ni de autoridad, ni de derecho; porque un poder que no se ejercite dentro de los límites de lo justo y que no se ordena al bien de la comunidad, no es autoridad sino violencia tiranía o dictadura; y sus mandatos no pasan de ser meras manifestaciones de voluntad impuestas por fuerza que jamás satisfacen las notas esenciales del derecho

auténtico.

El estado es una realidad complejísima en la que se conjugan elementos reales e ideales que no es posible escindir, como no es posible separar en la vida de un hombre el alma del cuerpo. Es una realidad viva, dinámica, activa, preñada de significación y de sentido, que constituye un esfuerzo humano por realizar los valores morales antes mencionados y una constante realización, parcial de esos mismos valores.

Por eso no basta dar una explicación del estado. La explicación es suficiente cuando se trata simplemente de hechos; pero para la acción en cambio, la conciencia pide y exige una justificación. De ese modo, el ser del Estado se identifica con su razón de ser: El Estado a dicho Herman Heller vive de su justificación, y solo existe como un plesbicitico de todos los días . (18)

Como todas las cosas necesarias (tanto en el orden lógico como en el social), no están sujetas a discusión, el poder político ha aparecido de hecho en los orígenes de toda las sociedades humanas revistiendo múltiples formas. Los hombres que han logrado imponerse a sus semejantes y ejercer funciones rudimentarias propias de un poder público, se han valido de los procedimientos más diversos: la Potestad patriarcal; la influencia religiosa, la astucia, la conquista, la violencia, los convenios. Estos han sido otros tantos elementos o medios determinantes del poder. Pero ha llegado un momento en el marcha evolutiva de las sociedades en que la formación de la conciencia colectiva lleva a los pueblos a rechazar la mera explicación del poder como hecho. Entonces se plantea el problema de la

justificación del poder cuya solución no puede encontrarse en los meros hechos sino en lo que es fundamento, postulado, supuesto de toda apreciación o valoración de la conducta humana: los valores morales de la justicia y el bien.

De lo expuesto hasta aquí sobre la naturaleza del Estado se desprende lo siguiente, que la sociedad Humana y organizada llamada Estado forman parte tanto los gobernantes como los gobernados, teniendo unos y otros derechos y deberes de cuyo respeto y cumplimiento son proporcionalmente responsables: la fuerza o poder de que disponen los primeros solo se justifica cuando se pone al servicio del derecho, de la justicia y se ordena su ejercicio al bien común; sin embargo, el hecho de que este último ocurra no es imputable exclusivamente a los gobernantes, puesto que la buena o correcta marcha de un Estado supone que todos los elementos humanos cumplan con sus deberes, desempeñando sus funciones respectivas, ejemplo de lo anterior es el sufragio que corresponde a todos los ciudadanos de un Estado; porque, entendámoslo bien, la facultad de intervenir mediante el voto en la designación de los funcionarios públicos que habrán de fungir como directores de un pueblo no es simplemente un derecho sino también un deber. En este caso el derecho se reconoce en atención al deber; consiste en la facultad o poder moral de cumplir con el deber. Este deber se cumple poniendo en obra los medios lícitos y adecuados para hacer efectivo el voto; orientando a la opinión pública organizándose civicamente despertando y fortaleciendo la conciencia cívica. Sobre todo despertando y fortaleciendo la conciencia nacional. Recordemos con este propósito la sabiduría de Balmis: "No hay estratagemas que venzan a la conciencia pública ni amenazas que le impongan, ni violencias que la reprima; a

sus manos parecen los malos gobiernos; lo que ella hiere se arrastra mas o menos, algún tiempo, pero al fin muere." (19)

Creemos que solo el gobierno tiene deberes y funciones estatales, que solo el debe preocuparse por el bien común, para mantener el orden, el imperio de la justicia, y de la libertad, todo lo que esperamos de el bien común y de todo lo que no ocurre como debiera ser lo hacemos responsable, pero olvidamos que también nosotros formamos parte del Estado, y que este no se realiza con la mera enunciación de un esquema o de un paradigma, sino que es una realidad producto de la necesidad y de la actividad humana. Es en este sentido obra de los hombres el cual es posible mantener, fortalecer y engrandecer mediante el esfuerzo coordinado, eficiente y un tanto o un mucho desinteresado, generoso de todos los miembros de la sociedad, solo la providencia puede hacer un mundo de la nada mediante un simple *Zas*; los hombres, para establecer un orden justo en el pequeño mundo de un Estado, para ello necesitamos la correcta concepción de ese orden y un esfuerzo perseverante y encaminado a su realización.

Si partimos de un falso concepto del Estado necesariamente llegamos a un falso concepto de la política. A lo que cabe agregar el dato experimental de que casi siempre se nos ha ofrecido como política lo que en realidad es su negación. Solo quien identifica al Estado como el poder, con el monopolio de la fuerza pública, puede considerar como política la actividad interesada y mezquina que no toma en cuenta la Etica y tampoco se preocupa por el bien de la comunidad. La verdadera política está siempre subordinada a la moral: en función del bien común, con razón ha dicho Renard: La política que voluntariamente vuelve la

espalda al bien común subordinándose a intereses particulares de personas o de facciones, no es siquiera mala política, está simplemente fuera de las reglas del juego.

El hombre tiene dentro de sí una vida y unos bienes que trascienden el orden de la sociedad política, esto quiere decir que ni la autoridad que organiza y mantiene a los Estados, ni el Estado en sí mismo, ni el bien común que debe realizar el gobierno de un Estado, constituyen el fin superior del ser humano. Ahora bien, si este valor es superior al del bien común, este resulta infravalente y el Estado y con mayor razón el poder público, instrumento al servicio de la persona humana. No fue creado el hombre para el Estado sino que ha sido el Estado instituido para el hombre. (20)

Faltan a la verdad quienes afirma que no hay más derecho para el hombre y para las instituciones que aquellos que les confieren o reconocen el poder público. Nosotros sostenemos, por el contrario, que el poder público esta racionalmente limitado por instituciones naturales intermedias como la familia, el municipio, las asociaciones profesionales o de trabajo y por las prerrogativas esenciales de la persona humana, como la libertad de conciencia, de pensamiento, de enseñanza, y el derecho a la vida, el derecho al trabajo, el derecho a la propiedad. El bien común consiste precisamente en ese Estado de seguridad producido a base de relaciones justas de los particulares entre sí y con el poder público, que permite al hombre realizar plenamente su personalidad a la vez que asegura el progreso de un pueblo hacia su triple perfección: material, inatelectual y moral.

Así el bien común no es algo que pueda entrar en conflicto con la prerrogativas personales y sociales del mismo ser humano, sino también la síntesis de respeto a esas prerrogativas, el valor instrumental o condicionante que facilita a cada hombre la realización de su destino, la realización individual de estos valores morales supremos que hacen de la persona humana considerada en sí mismo una estructura valiosa, y por ende un auto fin. Es absurdo sacrificar las prerrogativas esenciales de la persona humana en aras de una razón de Estado o del bien común, como es absurda la concepción totalitaria en cuanto afirma que el hombre solo vale en función del Estado.

El hombre tiene derecho a la vida, porque la existencia es un bien condicionante de todos los demás bienes que le es dable alcanzar en la tierra. Estado no significa que la existencia, en el sentido que aquí le damos a ese término, sea el valor superior. Es un principio axiológico el que los valores fundados o condicionados como son los morales; el bien y la justicia, tengan el rango superior a los valores fundantes o condicionantes como son los vitales de la existencia y de la salud. En el hombre distinguimos alma y cuerpo con necesidades específicamente espirituales y materiales de satisfacer; pero dejamos de reconocer que estas últimas son más urgentes, poco menos que inaplazables, aún cuando las primeras las espirituales sean las determinantes de lo más valioso que hay en el ser humano, lo que lo eleva de la categoría de individuo a la dignidad de persona.

Precisamente porque el derecho a vivir es algo que se relaciona con el cuerpo, con las necesidades materiales, se nos revela o impone con los caracteres

Propios de lo instintivo.

Nada más opuesto a este derecho y nada más transtornador del orden social que el homicidio, el asesinato, la falta de respeto a la vida ajena y hasta la propia si se trata del suicidio. Solo en casos excepcionales como el de legítima defensa, el de la guerra justa y algún otro, puede justificarse de que el hombre prive de la vida a un semejante; y todo esto independientemente de que exista o no un Estado que establezca sanciones penales para quienes atenten contra la existencia humana. De suerte que con la salvedad antes apuntada este derecho se impone tanto a los particulares como a las autoridades del Estado, pues se funda en la naturaleza de conservación. Es por ello que el poder público no cumpliría con el deber de respetar la vida de los hombres absteniéndose simplemente de matar o asesinar, sino debe evitar la comisión de toda clase de delitos contra la existencia, con medidas eficaces de prevención y, asegurando en su caso, el castigo razonable y ejemplar para los responsables de tales crímenes.

Por las razones dadas anteriormente, desde el punto de vista de la teoría política, la actuación de los notarios se justifica al ser necesaria su intervención para que las personas realicen con intervención de ellos los actos jurídicos que van a tener proyección en los ámbitos material y espiritual de estas personas, sobre todo para cumplir los principios de legalidad y legitimidad.

Además de los expuesto con anterioridad es pertinente señalar que es la intervención del notario lo que da vida, forma y contenido a las actividades que desde el punto de vista de la política realizan las personas en su mundo cotidiano y aparentemente rudimentario; siendo éste de

vital trascendencia para la conservación de la paz, orden y armonía del sistema social de la comunidad.

## CAPITULO III

## LA FUNCION NOTARIAL Y LOS VALORES SOCIALES

## a) LA JUSTICIA.

Sobre este tema tan importante ha corrido muchos ríos de tinta, ya que ha sido tratado por muy diversos autores los que sobre la misma han expuesto sus ideas, por nuestra parte vamos a tratar en primer lugar en dar una visión general sobre las distintas concepciones que sobre la justicia han expuesto diversos autores, para posteriormente llegar a una opinión personal, que trate de reunir los elementos constituidos de la misma, así como la esencia de dicho concepto.

En primer lugar diremos que dada la naturaleza del presente trabajo, vamos a estudiar a la justicia como un criterio racional y no como valor, en virtud de que nos interesa descubrir desde el punto de vista de la razón la esencia misma del criterio de la justicia; sobre el particular indicaremos lo siguiente "Conviene advertir que aquí trataremos a la justicia como un criterio racional de la conducta humana y no como virtud. Lo cual no significa que hay oposición; pues la justicia como criterio y la justicia como virtud se distinguen más no se oponen, pues la justicia como criterio racional aunque tenga un carácter práctico y no simplemente teórico es un objeto ideal o fuente de razón dado que constituye un conocimiento; mientras que la justicia como virtud es un hábito que tiene su asiento en la voluntad y no en la inteligencia" (21 )

De igual manera, es importante señalar que

para evitar toda discusión la cual me parece estéril considero a la justicia como social, en virtud de que dicha característica es esencial al criterio que estamos examinando y si esto no fuera así, se estaría ante un orden absoluto (Dios), y no en presencia de la justicia, ya que debe de entenderse que el criterio de la justicia siempre esta referido a las relaciones entre personas, en virtud de que dicho criterio siempre nos da la idea de relación y no de situaciones estrictamente unipersonales, por lo que considero necesariamente a la justicia como social.

Por lo que toca a las detractores de estas ideas, diremos que los mismos en nuestro muy particular punto de vista se encuentran equivocados en razón de que como ya apuntamos no se puede hablar de una justicia que sea social y de otra que no lo sea; sobre el particular Don Rafael Preciado Hernández, nos indica: "En estas definiciones se alude al reconocimiento de lo suyo, de que aquello que según las exigencias ontológicas, pertenece a cada quien para su subsistencia y perfeccionamiento, de esta manera se relaciona el derecho en sentido subjetivo, como facultad o pretensión con la justicia, y esto reduce a una especie del bien, el bien exigible bajo la razón formal de deuda, la justicia expresa VERNEERS, rige aquellos actos que necesariamente han de ajustarse en virtud de un titulo que existe en otra persona, lo suyo expresa el titulo que tiene cada persona a sus semejantes, la justicia satisface esta deuda adecuadamente, exigiendo perfecta igualdad entre la relación y su cumplimiento" (22)

Ahora trataremos de dar una visión panorámica sobre la evolución del criterio que la justicia ha tenido a lo largo de la historia de las ideas filosóficas, esto a mi

modesto entender y solo de una manera breve.

En primer lugar debemos indicar que en la ciudad antigua, para usar la conocida expresión de "FUSTER DE COLUNGES", la concepción que se tenía de la justicia era precaria y muy relativa, ya que tanto en la Polis Griega como en la "Civitas Romana" la justicia solo se entendía como característica de las personas libres y no así de quienes eran considerados como esclavos, ya que estos no gozaban de la categoría de personas, ni tenían estatus civil, por lo que en este contexto no puede sino entenderse que la idea de justicia era muy relativa, pero examinemos las ideas que sobre la misma tuvieron algunos pensadores.

Los Pitagóricos, reduciendo el principio de todas las cosas al número, conciben la justicia como una relación de igualdad pura y simple simbolizada por la figura de un cuadro cuyos lados son perfectamente iguales, para significar con ello como diría más adelante el Estagirita, la reciprocidad perfecta, para aplicar a las acciones humanas una medida común. "PARMENIDES" distingue dos aspectos de la justicia, "Por el primero es equivalente de la verdad, . Por el segundo es la ley Cosmica inflexible, la necesidad que mantiene al ser y a cada ente dentro de fuertes cadenas, a cada cosa en su sitio, sin permitirle trasgredir sus límites.

Estos eran también en todo pensamiento posterior, atributos indelebles de la justicia, que como la verdad, no es cosa del corazón, sino del intelecto y como la necesidad es definida e inexorable". (23)

Por una parte los Sofistas partidarios del interés del más fuerte, expresan el conflicto entre los

exponentes del poder y los del derecho, conocida es la amplísima y aguda discusión entre Sócrates y Transimaco por una parte y, por otra, Sócrates y Calicles, esta discusión es de alcance fundamental, dado que se repite en las grandes obras posteriores con pequeños cambios relativos a la personas.

Para Platón la justicia autentica no consiste en los ordenamientos empíricos que registra la historia. Ellos (como todo el mundo de lo sensible) no constituyen el verdadero ser, este, el ser verdadero de cada cosa consiste en la idea pura de la misma. El derecho en su versión positiva, es el perfil histórico de las instituciones, como todo el resto del mundo de lo sensible o de la experiencia, algo fantasmal confuso, contradictorio y deficiente.

"El esquema de lo auténticamente justo se contiene tan solo en la pura idea de justicia. Para lograr un derecho justo, precisará traducir con pureza la estructura de la idea de la justicia y cumplir rigurosamente sus exigencias. Así, Platón dedica sus diálogos titulados la República, al estudio de como hay que organizar el Estado sirviendo estrictamente a la idea pura de justicia sin concesiones a lo empírico, sin compromisos con la experiencia, sin admitir condicionalidades históricas, Platón encarna un exacerbado intelectualismo." (24)

Para Aristóteles, que es la persona quien en la Ciudad Antigua mejor desarrolló el criterio de la justicia nos dice lo siguiente: "dado que al transgresor de la Ley lo hemos visto como injusto, y al observante de la ley como justo es claro que todas las cosas legales son de algún modo justas, Los actos definidos por la legislación son legales y cada una

de ellos decimos que es justo , Ahora bien las leyes promulgan en todas las materias mirando ya el interés de todos en común, y al interés de los mejores o de los principales sea por el linaje sea por algún otro título semejante, así pues, en un sentido llamamos justo a lo que produce y protege la felicidad y sus elementos en la comunidad política. Por que la ley prescribe juntamente los actos del valiente, tales como no abandonar las filas ni huir, ni arrojar las armas y los del temperante, como no cometer adulterio, ni incurrir en excesos y los del varón manso, como no herir ni hablar mal de nadie y lo mismo en las otras virtudes y fechorias, ordenando unas cosas, prohibiendo otras rectamente la ley establecida, menos bien improvisada a la ligera. La justicia así entendida es la virtud perfecta, pero no absolutamente sino con relación a otro. Y por eso la justicia nos parece a menudo la mejor de las virtudes, y ni la estrella de la tarde ni el lucero de la alba son tan maravillosos". (25 ).

San Agustín nos dice de la justicia lo siguiente; "No se deben llamar o tener por derecho las leyes injustas de los hombres, pues también ellos llaman derecho a los que dimana y se deriva de la fuente de la justicia, confesando ser falso lo que pueden decir algunos erróneamente; que solo es derecho o ley lo que es en favor y utilidad del que más puede, por lo cual, donde no hay verdadera justicia, no puede haber unión ni congregación de hombres, unida con el sentimiento del derecho. Y por consiguiente, ni la república es cosa del pueblo, y no es pueblo el que no está unido con el consentimiento del derecho y no hay derecho donde no hay justicia, sin duda se colige donde no hay justicia no hay república.

Sin la virtud de la justicia. ¿Que son los

reinos sino unos grandes latrocinios, por eso con mucha gracia y verdad respondió un corsario siendo preso, a Alejandro Magno, quien le pregunto que le parecia como tenía inquieto y turbado el mar, con arrogante libertad le dijo; y ¿que te parece a tí como tienes conmovido y turbado a todo el mundo? mas por que yo ejecuto mis piraterias con un pequeño barco me llaman ladrón, y a tí porque las haces con formidables ejércitos te llaman rey" (26 )

Para Santo Tomás de Aquino, la justicia significa igualdad "por su definición misma, la justicia implica relación con otro. Uno no es igual así mismo. Ahora bien, puesto que pertenece a la justicia rectificar los actos humanos, es preciso que ésta alteridad que ella exige, exista entre dos agentes diferentes". (27)

El objeto de la justicia no es, en las cosas exteriores su fabricación --esto concierne el arte--, sino la manera de servirse de estas cosas para la utilidad de otro.

La materia de la justicia es una operación exterior que por sí misma, o por la realidad de la cual usa, implica una proporción dada con otro. Es pues en la igualdad de proporción de esta realidad exterior con otro, en que consiste el justo medio, es, por lo tanto, real, objetivo; objetividad que no le impide ser al mismo tiempo racional porque la justicia sigue siendo una virtud moral.

Francisco de Vitoria sostiene la doctrina Tomista de la justicia y la ilustra con algunos comentarios, tales como los siguientes; Se llama justo a lo igual, y así se dice ya esta justo, ya viene justo, o esta ajustado o por igual viene.

El mas grande de los autores de la escuela española del derecho natural, Francisco Suarez, afinó varios puntos de la doctrina tradicional de la justicia.. puesto que la justicia en el sentido estricto, en lo jurídico, da a otro lo suyo, implica alteridad, justicia se refiere siempre al derecho de otros que pueden reclamarlo e imponerlo.

Suárez bajo el término de justicia legal se refiere a la idea global o universal de justicia en dos sentidos, como término medio o proporción constitutivo de toda virtud y como suma o compendio de todas las virtudes particulares. Pero en su pensamiento filosófico jurídico o estricto usa esa misma expresión, justicia legal en un tercer sentido, en el sentido particular jurídico político relacionado con lo relativo al bien común entendiendo lo que debe ser considerado como suyo propio de la comunidad, es decir de la sociedad política cuya realización esta encomendada al Estado. Las otras dos especies de justicia son la conmutativa y la distributiva.

Es requisito intrínseco, esto es, esencialmente debido, que la ley es justa, lo cual se entiende en un doble sentido:" A).-que imponga un contenido Etico; B).- que la autoridad que la dicta tenga jurisdicción sobre la materia que versa y sobre las personas a las cuales se dirige. Asi pues , la Ley debe ser dada; con justicia legal a saber; para procurar el bien común y concederle debido a la comunidad; de igual forma debe ser dada con justicia conmutativa, en cuanto que el legislador no mande sino aquello que lícitamente puede ordenar; y con justicia distributiva, es decir repartiendo proporcionalmente las cargas, los puestos y las ventajas en lo cual debe guardar igualdad de proporción".(28)

La justicia conmutativa, aparte y además de que ella exige que quien dicta la norma tenga jurisdicción, consiente en cuanto a su materia en dar a cada uno su propio derecho, esto es, aquello que es suyo o el propio dominio de una cosa o de algo que equivalga a él moralmente.

Por su parte, podemos resumir el pensamiento que sobre la justicia nos dejaron los grandes teólogos juristas del siglo de oro español, entre los que podemos encontrar a Grocio, Vicco, Wolff, Beccaria, etc. ellos nos dicen que la justicia se podría definir como la equivalencia o proporcionalidad de los cambios en la distribución o en otros términos, distinguen entre justicia conmutativa y distributiva, indicando que la primera es una igualdad aritmética entre términos iguales y la segunda establece una proporcionalidad geométrica entre términos desiguales, para la distribución de dignidades y funciones.

Más adelante con la evolución del pensamiento filosófico jurídico encontramos la figura de Emmanuel Kant, quien nos dice lo siguiente: ¿Que es la verdad? se pregunta y contesta que seguramente se puede decir que es el derecho que prescriben o han prescrito las leyes de determinado lugar o tiempo. Pero la cuestión de saber si lo que prescriben estas leyes es Justo, le da de por sí el criterio general por cuyo medio puedan reconocerse lo justo y lo injusto, nunca podrán resolverse a menos de dejar aparte los principios y de buscar el origen de estos juicios en la sola razón para establecer los fundamentos de una legislación posible la ciencia puramente empírica del derecho es (como la cabeza de las fabulas de Pedro) una cabeza que podrá ser bella, pero tiene un defecto y es que carece de seso.

Francisco Carnelutti pone de manifiesto que el realismo jurídico no quiere decir, naturalmente positivismo y mucho menos materialismo del derecho. Materialismo no, porque la materia del derecho esta formada en gran parte por el pensamiento unido a la acción, positivismo, menos porque si para mi el derecho no es ni puede ser mas que positivismo, su estudio tiene por objeto descubrir las leyes empíricas, "dirian los filósofos, de su devenir, y entre estas últimas las más altas son las reglas de la justicia de las cuales el legislador es Dios". ( )

Lo cierto es que no solo las leyes lógicas sicológicas, biológicas, físicas, económicas y sobre todo las éticas obedecen a los fenómenos del derecho. Y aún cuando todas las reglas sean escrupulosamente respetadas, la obra del legislador no vale nada si no responde a la justicia. Creo que no sabremos nunca como ocurre esto, pero la experiencia nos enseña que no son útiles, ni duraderas, las leyes injustas; porque no conducen a la paz, al no ser duraderas mas tarde o temprano desembocan en la revolución. Ahí tenemos, por consiguiente otra regla que el legislador debe observar y si no la observa, el precio es terriblemente caro; y nunca como en éste caso se muestra cuan vanamente se disuelve su jactanciosa omnipotencia. También el descubrimiento de estas leyes es la materia de la ciencia.

Siguiendo adelante con el estudio que estamos realizando, toca ahora hacer mención del filósofo Gustavo Radbruch, quien al estudiar la justicia nos indica lo siguiente; La pauta exiológica del derecho positivo y meta del legislador es la justicia.

La justicia subjetiva es la intención dirigida

a la realización de la justicia objetiva y es a esta lo que la veracidad es a la verdad. La justicia objetiva constituye por tanto la forma primaria y la justicia subjetiva la forma secundaria de justicia.

La justicia entraña una intención inalcanzable: su esencia es la igualdad; reviste por tanto, la forma de lo general a la que se aspira siempre, sin embargo, al tener en cuenta el caso concreto y al individuo concreto, esta Justicia proyectada sobre el caso y el hombre completo, recibe el nombre de entidad.

La justicia, para poder derivar de ella las normas jurídicas. tiene que complementarse con otro factor; la finalidad que se traduce adecuada a un fin valioso. Es por eso que el derecho no debe entenderse para estos aspectos en un fin empíricamente perseguido, sino en la idea de fin, lo que debe ser.

Para el autor Alemán MAX SELLER, todos los imperativos y normas pueden variar, reconociendo los mismos valores, tanto a lo largo de la historia como en las diversas comunidades, pudiendo incluso ser variables los contenidos de los mismos principios ideales del deber ser.

Una orden de mandamiento o prohibición, cuando a la vez le es dado al que ordena el contenido de la orden como de como debe ser, idealmente. La primera condición del justo mandamiento es aquello que en el esta dado como debiendo ser, sea también algo que debe ser objetivamente, es decir; el

deber ser de un bien.

La segunda condición es que aquel que ordena, mandando o prohibiendo, haya descubierto en el ser al cual manda o prohíbe la presencia de una tendencia de petición contraria, a lo que debe idealmente ser, o también una tendencia imperativa hacia lo que idealmente, no debe ser. El mandamiento y la prohibición son justos en la medida en que acaece esta segunda condición.

"La justicia es ante todo una característica posible pero no necesaria de un orden social, pues un hombre es justo cuando su conducta concuerda con un orden que es considerado tal. ( )

Tanto los estudios metafísicos de filosofía jurídica como el racionalismo que representados en la escuela del derecho natural que dominó durante los siglos XVII y XVIII, fueron abandonados casi por completo en el siglo XIX y en nuestros días vuelven a tener influencia. Para ser reconsideradas.

Normas que prescriben la conducta humana pueden tener su origen únicamente en la voluntad y, esta voluntad, puede ser solamente humana si se excluye la especulación metafísica.

Desde las primeras líneas de este capítulo inicié con la pregunta: ¿Qué es la justicia?, ahora, noto cuantas reflexiones entiendo perfectamente que no la he contestado, Mi disculpa es que en este caso estoy en buena

compañía. Sería más que presunción hacer creer a mis lectores que puedo alcanzar aquello que los más grandes pensadores no lograron.

En realidad, yo no sé, ni puedo decir que es la justicia, relativamente puedo decir únicamente lo que es para mí la justicia. Como la ciencia es mi profesión y, por lo tanto lo más importante de mi vida, para mí la justicia es aquella bajo cuya protección puede florecer la ciencia y, con la ciencia la verdad y la sinceridad. Es la justicia de la libertad, la justicia de la paz, la justicia de la Democracia, la justicia de la tolerancia.

Finalmente para concluir con el bosquejo histórico que sobre el concepto de justicia he realizado, analizaremos las ideas que sobre la misma nos da el preclaro Doctor Luis Recaséns Siches, quien nos dice, que con un estudio de todas las doctrinas sobre la justicia, se pone de manifiesto que ellas presentan una identidad básica a través de las más diversas escuelas:

"La idea de justicia como una pauta de armonía de igualdad simple y de igualdad proporcional, de medio armónico de cambio y de distribución en las relaciones interhumanas, sea entre los individuos y la colectividad; o dicho con otras palabras, el principio de dar a cada cual lo suyo o lo que se le debe". ( )

Por otra parte es harto conocido el hecho de que las controversias sobre estos problemas han sido y siguen siendo ardorosamente apasionadas.

Pero lo que sucede es que la terna de

establecer una igualdad o mejor dicho un equivalente entre lo que se da y lo que se recibe y la tarea de lograr proporcionalidad en el reparto de los beneficios, de las funciones públicas y de las cargas públicas, presupone criterios para medir o evaluar las realidades que deben ser igualadas o armonizadas.

Entonces el problema persiste en averiguar cuales son los puntos de vista de igualdad que deben prevalecer siempre necesariamente. Y cuales entre las multiples desigualdades son las que deben tener relevancia para la regulación jurídica, en cuanto al fin de establecer la debida armonía o proporción, sea para aclarar lo que se debe a cada cual.

Así pues, la médula del problema de la justicia consiste en averiguar cuales son los valores que deben ser relevantes para la igualdad, pura y simple, es decir, aritméticamente o para la distribución proporcional o armónica entre los desiguales.

Este problema consiste, finalmente, también en averiguar cual sea la jerarquía entre los valores que vengan en cuestión para el ordenamiento jurídico, es decir, estriba en averiguar cuales son los valores que tienen prioridad sobre otros, así como en formular las mutuas relaciones entre esos valores.

Dentro del problema general de la jerarquía entre los valores que deben ser tomados en cuenta para la elaboración del derecho justo, la cuestión más importante es la de determinar cual sea el valor de la persona individual en relación con los demás valores que también deben ser

considerados por el derecho.

Recaséns Siches considera que la doctrina filosófica sobre los derechos fundamentales del hombre, es una de las partes básicas de mayor importancia de la estimativa jurídica, y sostiene que es necesario reelaborarla y refinarla a la altura del pensamiento de nuestra época. (32)

Por nuestra parte, consideramos que en México la persona que nos da la mas integral concepción sobre la justicia es el maestro RAFAEL Preciado Hernández, quien de alguna manera toma elementos de las principales tesis expuestas con anterioridad y con ello elabora su propia concepción de la justicia que es, de la siguiente manera.

Al definir la justicia nos indica que, "La justicia es el criterio ético que nos obliga a dar al prójimo lo que se le debe conforme a las exigencias, ontológicas de su naturaleza, en orden a su subsistencia y perfeccionamiento individual y social". (33)

Criterio Etico, porque se trata de un principio destinado a regir obligatoriamente la acción humana. Y que nos manda dar, atribuir o reconocer a todo ser humano lo que se le debe conforme con su naturaleza, porque no es un criterio convencional sino objetivo: pues se funda en los datos constitutivos de la dignidad personal, que son esenciales al ser humano, y que por esto mismo excluye racionalmente toda discriminación en el trato a nuestros

semejantes, sin razón objetiva suficiente.

Al ser humano, por razón de sus atributos ontológicos constituidos por su inteligencia y voluntad libre, se convierte en autor de sus actos y en la causa eficiente de los mismos. El espíritu a través de su inteligencia aprende en una institución intelectual esta relación de casualidad eficiente y mediante su sentido valorativo concluye; debe atribuirsele el acto y sus consecuencias.

No es posible en consecuencia, formular congruentemente un sistema de normas que constituyan un orden Ético que merezca este nombre, si se desconoce el criterio de la justicia y los principios que la misma implica, tampoco se puede establecer un orden social, ya que en la esfera de lo social la justicia realiza como criterio o principio ético un papel importante en el plano social, porque toda conducta ética es social.

Para una mejor comprensión de la justicia, el autor indicado nos menciona que ésta para su estudio puede dividirse en Justicia general o legal y justicia particular, y que la particular a su vez se subdivide para una mejor comprensión en distributiva y conmutativa.

La justicia se divide en general y particular, según que se consideren los actos humanos en relación con lo que exige la conservación de la unidad social y el bien común, o en relación con lo que corresponde a los particulares entre

si o frente a la comunidad. La primera regula los derechos de la sociedad, la segunda los derechos de los particulares. Y a la general se llama legal, porque es propio de las leyes humanas determinar los actos debidos al bien común que la sociedad tiene derecho de exigir. La justicia particular se subdivide en conmutativa y distributiva, porque el hombre tiene derechos frente a la sociedad y frente a sus semejantes o frente a la misma sociedad cuando ésta se coloca en el mismo plano que los particulares.

La justicia general o legal exige que todos y cada uno de los miembros de la comunidad ordenen adecuadamente su conducta al bien común. Según esta especie de justicia prescribe como debidos al bien común, los actos de varias virtudes, impuestos a los ciudadanos, o por alguna ley positiva de la comunidad o por su conexión necesaria con el bien común.

Rige pues, tanto los deberes de los ciudadanos frente a la autoridad como representante de la comunidad, como los deberes de los propios gobernantes, dado que también ellos están obligados a actuar de acuerdo con las exigencias del bien común.

El sujeto titular del derecho, el sujeto activo en las relaciones que rige la justicia general o legal, es siempre la comunidad como persona jurídica colectiva y el sujeto pasivo u obligado, es el individuo, ya sea que se le considere en su calidad de ciudadano o gobernante.

La justicia distributiva como su nombre lo indica, regula la participación que corresponde a cada uno de los miembros de la sociedad en el bien común, asigna el bien común distribuable, así como las tareas o cargas con que los particulares deben contribuir y como no todos los particulares son iguales, ni contribuyen en la misma proporción al bien común, el criterio racional de la justicia distributiva es el de una igualdad proporcional.

En este caso, la relación considerada por la justicia general, se invierte que el sujeto activo y el sujeto titular del derecho para la justicia distributiva es siempre la persona individual, mientras que el sujeto pasivo u obligado, es en este caso la autoridad política como representante de la comunidad.

La justicia conmutativa, como su nombre lo indica rige las operaciones de cambio y en general todas las relaciones en que se comparan objetos, prescindiendo, por decirlo así, de las personas; ya que debiendo considerarlas colocadas en el mismo plano sobre un pie de igualdad no hay razón para tomar en cuenta sus relaciones individuales. En este caso, la idea de igualdad implícita en la noción de justicia, se aplica rigurosamente bajo la forma de una ecuación de aritmética en la que se compara dos términos. La justicia conmutativa exige equivalencia entre la prestación y la contraprestación, entre el delito y la pena.

Si prescinde de las personas es porque el carácter de esas personas en nada influye para determinar la

equivalencia entre los objeto de la comparación, no porque se desconosca que solo se dan relaciones jurídicas entre personas, realmente lo que importa comparar es el acuerdo con el criterio de la justicia conmutativa, con los objetos del cambio, o en su caso, la infracción o la sanción o la actividad y su producto; se trata de una equivalencia en que solo se contemplan dos términos, mientras que en la justicia distributiva la ecuación es geométrica, comprende cuatro términos ya que se atiende a los objetos de la relación y a la calidad o capacidad de las personas.

**B).- LA SEGURIDAD JURIDICA**

Pasaremos ahora a considerar que en nuestro concepto, el Estado debe procurar como uno de sus fines la seguridad jurídica, tema que más que referirse al aspecto valorativo o ético de Estado, se refiere o se relaciona más con el aspecto racional del Derecho.

Por seguridad jurídica entiende Delos "En su sentido mas general, la seguridad jurídica es la garantía dada al individuo de que su persona, sus bienes y sus derechos no serán objeto de ataques violentos o que si esos llegaran a producirse, les será asegurado por la sociedad, protección y reparación. En otros términos, está en seguridad aquel individuo en el Estado y en la comunidad internacional, orden que le garantiza de que su situación no será modificada sino por procedimientos societarios y por consecuencias regulares, conforme a la regla y procedimientos, esto es conforme a la ley".(34 )

Es de notarse claramente que la noción de seguridad jurídica es identificada con la existencia de un ordenamiento jurídico y esta ligada a un hecho de organización social.

Debemos indicar asimismo, que se esta tratando al Estado contemporáneo, al Estado de derecho, que aquel que se necesita para cualquier actividad que realice el estar fundado en alguna regla de derecho, sin la cual no estaría su acción ordenada a un acto justo y legal.

La seguridad jurídica ha sido confundida por

algunas personas, sobre todo de las que cuentan con pocos conocimientos de tipo teórico, para quienes la seguridad jurídica esta representada por la presencia de la policia, de los órganos jurisdiccionales y en general por aquellos cuerpos de seguridad instituidos por el propio Estado para la conservación del orden y la tranquilidad en la sociedad, pero debemos aclarar que la seguridad jurídica no debe confundirse con la certeza jurídica, al respecto al maestro Rafael Preciado Hernández nos indica:

"Por seguridad jurídica se entiende también que es el conocimiento que tienen las personas respecto de aquello que pueden hacer, exigir, o que estan obligados a evitar o no impedir, esto es, el conocimiento que tienen de las libertades, derechos y obligaciones que les garantiza o impone el derecho positivo. De ahí que se diga que la seguridad jurídica es un saber a que atenerse, la conciencia de lo que puede hacer y de la protección que puede esperar una persona de acuerdo con el ordenamiento jurídico vigente, al cual está sometida; ordenamiento que asegura su observancia mediante la policia, los tribunales, los procedimientos judiciales y administrativos, los servicios públicos, las autoridades y en general a travez de la organización de un gobierno y de la fuerza pública". (35 )

Debe evitarse esta confusión pues es evidente que el saber a que atenerse, dato subjetivo, supone un dato objetivo en el cual se apoya, este dato objetivo está constituido por la seguridad jurídica, ya que el saber a que atenerse esta fundado en la certeza jurídica.

Delos sostiene este mismo punto de vista, aunque sin emplear el término certeza jurídica, pues el se

refiere a un doble sentido de la seguridad jurídica, el objetivo y el subjetivo:

"Ciertamente la seguridad es un estado subjetivo; es la convicción que tengo de que la situación de que gozo, no será modificada por la violencia, por una acción contraria a las reglas y a los procedimientos que rigen la vida social. Pero la seguridad es un sentimiento subjetivo que se define con relación a la sociedad. Mi convicción subjetiva debe estar fundada, ¿sobre qué puede estar fundada, sino sobre la existencia de un hecho de un Estado social que lo protege?, interrogado el individuo responderá, que su seguridad es la presencia de un policía, de una fuerza armada, de un aparato de justicia represiva. En este sentido objetivo, la seguridad se confunde con la existencia de un estado de organización social, así el individuo vive en seguridad como vive en sociedad". (36 )

En el concepto de seguridad jurídica están implícitas las nociones de orden, eficacia y la de justicia.

En primer lugar la idea de orden, nos lleva a un deslinde o separación de la esfera de actividad de cada uno de los sujetos que forman parte de la sociedad, ya que solo así es posible evitar interferencia entre ellos, coordinar su acción, unificar el esfuerzo colectivo, asegurar al individuo una situación jurídica.

El orden es el plan general esperado por la legislación vigente en una comunidad; esto es que el orden es donde puede haber aseguramiento de las condiciones de vida en que se encuentran los ciudadanos del Estado.

Pero no sería posible hablar de orden, en donde no existiera un ordenamiento jurídico que sea eficaz, ya que si el ordenamiento jurídico solo fuera teorico, es decir, ineficaz, no sería posible que se dieran las condiciones que trata de establecer el ordenamiento jurídico y en el último de los casos el objetivo, la seguridad jurídica.

Ante esto es necesario que los ciudadanos respeten y acaten los mandamientos y actos de la autoridad legitimamente constituida, lo que hace necesaria la presencia eficaz del orden jurídico el cual va incluso a someter por la fuerza a algún agente antisocial.

Además se necesita que ese ordenamiento jurídico tenga las características de ser justo, porque en caso de no serlo, si el ordenamiento jurídico fuera injusto, la seguridad jurídica que produciría en los ciudadanos sería, la de los regimenes jurídicos totalitarios, tiránicos y absolutistas, ya que de nada serviría un ordenamiento legal positivo, que no tuviera fundamento en la justicia; que debe ser la máxima aspiración axiológica del Derecho y del Estado.

**C).- EL BIEN COMUN.**

La idea de bien común se encuentra expresado por los grandes filosofos de la antigüedad como Platón y Aristoteles. Platón cuando nos dice:

"que la Ley debe dictarse con vista al bien común de los ciudadanos; lo común une a los hombres, mientras lo individual lo separe".(37 )

Aristóteles compartió el mismo pensamiento pero lo completó con la observación de que el estado tiene como misión cuidar de la vida perfecta de sus ciudadanos, expresamente afirmó que la misión suprema del Estado consiste en coadyuvar en el perfeccionamiento de todos y cada uno de sus miembros. Años mas tarde, Cicerón sostuvo que el hombre de Estado debe perseguir en todas sus acciones la utilidad de sus gobernados.

Notamos que esta idea de bien común sostenidas por grandes pensadores tienen un sentido sobre todo transpersonalista, ya que como hemos indicado en el anterior apartado, la antigüedad clásica no conoció el concepto de persona humana y su dignidad, además de notarse que estas ideas estan igualmente alejadas de los conceptos elaborados por los filósofos sobre esta espinosa cuestión que es el bien común.

Por lo que se refiere a los pensadores del cristianismo diremos lo siguiente: San Agustín se manifestó

por la idea que que gobernar es servir a la utilidad de los gobernados. Por su parte San Isidro de Sevilla, escribió que las leyes deben expedirse para la utilidad común de los ciudadanos.

Santo Tomás dice del bien común, que el fin de la Ley debe ser el bien común al que también designó como Felicitas comunis; según el equitance, el bien común debe referirse a los bienes que sirvan no a los gobernantes o grupos particulares sino a aquellos que sean útiles a todos los miembros de la comunidad.

La teología moral hispánica recogió asimismo este pensamiento: Fernando Vazquez De Menchaca indicó, en varias de sus obras, que las leyes deben ordenar lo que es útil a sus ciudadanos. Althusius también defendió las ideas que estamos exponiendo. Y el propio Tomás Hobbes, hizo notar que el Estado fue creado por causa de los hombres, por lo que los gobernantes que no se preocupan porque sus gobernados obtengan todos los bienes, violan el derecho natural.

La doctrina del bien común, tiene una existencia milenaria, fue sometida a una verdadera tortura con el nacimiento de la teoría llamada de la Razón del Estado, que se propuso enseñar a las nuevas organizaciones políticas desprendidas del orden natural lo que debería aumentar su propia existencia y aumentar su poder, la razón del Estado ya no contempla como lo primario al bien de los hombres, sino que son ahora los intereses del príncipe o del cuerpo político los que deben quedar garantizados.

En verdad se mantiene la vieja fórmula "Salus

Polpulis suprema lex", pero este aforismo recibe un nuevo sentido, ya no se apoya en los principios del derecho natural sino que adopta como base los intereses egoistas del poder y la utilidad pública, ausentes ambos del sentido moral.

Pero a pesar de que esta corriente se impuso en la política de los Estados, el pensamiento antiguo no quedó olvidado, antes bien fue recogido por la doctrina del derecho natural de la época moderna. Cristian Wolff, insistió en que el bien común del Estado consiste en procurar el bien de todos los ciudadanos "El fin del Estado es cuidar de estos tres bienes fundamentales; vida suficiente, tranquila y segura". (38 )

El Estado de la ilustración no pudo concebir al bien general como los intereses políticos de la dinastía reinante, ante todo, porque buscaba el apoyo de las numerosas capas sociales para reformarse y reorganizarse, por lo que propuso interesarlas en su desarrollo y crecimiento; de ahí que no solo hubiera reconocido en bien de esos grupos sociales como el suyo propio, sino que lo declaró el bien más alto.

En consecuencia la denominación usada por el despotismo ilustrado sirvió para designar el bien general, y en manera alguna el bien de una dinastía o de la organización política considerada en sí misma o su fórmula equivalente al bien de la comunidad, distinguiéndose claramente esta idea del concepto de intereses del Estado.

Correspondió al Estado liberal sublevarse contra la tutela política del siglo XVIII, pero el Estado de derecho de la democracia de nuestro siglo recogió la idea de que la finalidad de la organización política es el cuidado del bien general de sus ciudadanos, con lo que se aparta firmemente del pensamiento del Estado liberal, que pretendió limitar la acción política a la garantía y limitación de las libertades humanas. El moderno Estado de derecho, democrático, reúne más bien las dos ideas: cuidado del bien general y respeto a las libertades.

Dejemos de lado la cuestión del desarrollo histórico de la noción del bien común, para pasar ahora a tratar la cuestión, que aparentemente no tiene relevancia, pero si se analiza de manera seria y profunda se podrá vislumbrar gran significación.

Nos estamos refiriendo a la cuestión semántica de la denominación del bien común, ya que la misma ha sido tratada por los diversos autores y considerado con varias denominaciones. Analicemos algunas de ellas para tratar de obtener la que sea más favorable al propósito del tema que estamos tratando.

Para el tratadista Jean Davin, la denominación más correcta del tema a que nos estamos refiriendo es la de bien común público y al respecto nos dice: "He aquí porque tratándose del Estado la expresión del bien público es preferible a la del bien común, porque indica con precisión que el bien común en juego es el bien común público". (40 )

Para el maestro Rafael Preciado Hernández, es más propio el término de bien común, he aquí sus razones: "El

bien común es una especie del bien general un criterio racional de la conducta que se refiere en primer término a la sociedad como entidad racional, como la unidad de un todo ordenado que responde a lo que podríamos llamar dimensión social de la naturaleza humana.

Se trata de una noción compleja; como bien casi se identifica con el bien de la naturaleza humana; como común, alude ante todo acervo acumulado de los valores humanos, por una sociedad determinada objeto perpetuo de conquista y discusión dada su aptitud o capacidad para ser distribuido y, condiciona al mismo tiempo el desarrollo y perfección de los hombres; también significa lo común que los individuos no poseen, ese bien antes de su integración social en el organismo social y que no solo aprovecha a todos sino que a la vez requiere el esfuerzo coordinado de todos sus miembros que integran la comunidad; lo cual implica que no esta constituido por la suma de los bienes individuales sino que a la vez requiere el esfuerzo coordinado de todos sus miembros que integran la comunidad; lo cual implica que no esta constituido por la suma de los bienes individuales sino que es un bien específico que comprende valores que no puedan ser realizados por un solo individuo; tales como el orden o estructura de la propia actividad social, el derecho, la autoridad, el régimen político, la unidad nacional de un pueblo, la paz social". (40)

Sin desconocer las valiosas opiniones de tan ilustre maestro, en esta cuestión particular me inclino por la opinión de Don LUIS REOASENS SICHES, "La mayoría de los iusfilosofos considera que uno de los valores principales o mejor dicho de los fines más importantes que el derecho debe cumplir, es el bienestar general. Esta expresión bien común, es la más habitual, por las razones que expondré, yo prefiero emplear otra expresión que también es bastante difundida, bienestar general, porque me parece que esta denota con mayor

claridad y limpieza lo que se trata de señalar, con la expresión bien común se ha indicado ciertamente muchas veces una tesis correcta, de raíz y fundamentación humanista pero también otras veces se ha cubierto mercancía podrida de carácter transpersonalista."(41)

En el orden natural y atendiendo al grado de generalidad de los objetos comprendidos por esta noción, cabe señalar al bien común universal, en un plano más limitado al bien común nacional y con un contenido más reducido a bien común público:

"El bien común de la especie humana comprende todas las realizaciones que con su inteligencia y voluntad libre ha venido acumulando el ser humano desde que apareció sobre la tierra, pues constituye un acervo cultural y civilizador que no pertenece al ser humano individual, ni a un pueblo, ni a un grupo de naciones, sino que expresa más bien un patrimonio común de la humanidad; aquí comprendidos los idiomas, las religiones, los sistemas éticos, filosóficos, políticos y jurídicos, las ciencias en sentido restringido y sus descubrimientos, la técnica o aplicación de los conocimientos filosóficos y científicos a la solución de los problemas humanos y todas las realizaciones artísticas. El bien común nacional viene a ser la participación de un pueblo determinado en el bien común de la especie humana, en cuanto sea participación a través del tiempo, a veces de siglos imprime un estilo de vida a los miembros de la comunidad de que se trate, dándole así una fisonomía o rostro nacional pues no debe olvidarse que la nación en sentido sociológico, es la comunidad fundada en vínculos naturales y culturales como la sangre, la religión, el lenguaje, la cultura o la civilización, las tradiciones y costumbres y el bien común

público, consiste esencialmente en la creación estable y garantizada de condiciones comunes, tanto de orden material, como de orden espiritual, que sean las más favorables, de acuerdo con las circunstancias para la realización del bien común propio de cada uno de los individuos y de los grupos que integran el Estado". (42)

Es igualmente conveniente precisar, que el bien común no es un simple agregado o yuxtaposición informe de bienes particulares. Cualitativamente tiene rasgos que le caracterizan y le distinguen de los bienes particulares.

Delos especifica las particularidades del bien común que un sociólogo mexicano sintetiza en estos rasgos distintivos. "1.- Universalidad.- Es universal el bien común: a) Porque nada de lo humano es extraño; comprende el conjunto de los valores humanos; b).- porque no busca la ventaja de una clase de individuos, sino la de todos, cualquiera que sea el carácter o la función que los individualice en la sociedad; c).- Porque su virtud y su fecundidad no se agotan, cualquiera que sea el número de los que en él se beneficien; 2.- Plasticidad.- El bien común es siempre una realidad concreta un medio organizado conforme a los mejores recursos del momento y es un crazo error no ver en el sino una abstracción; 3.- susceptible de Progreso.- El bien común jamás es agotado por las formas históricas que reviste en un momento dado y en una civilización determinada; el estado social de hoy, encarna momentaneamente un ideal jamás alcanzado; 4.- su noción es de carácter dinámico, un Estado social es un hecho adquirido, es una realización concreta, por eso también un Estado de tensión hacia el porvenir, todo orden establecio lleva en si su principio de desequilibrio, porque su meta, su término, su fin, estan colocados en el infinito;

En ese bien completo de la naturaleza humana siempre parcialmente realizado". (43)

Y aún podría decirse que el bien común presenta tres aspectos: 1.- Intelectual; 2.- Moral; 3.- Económico; En esta su triple índole, tiene como notas complementarias el de ser: a) Coparticipable; b).- Redistribuable y c) Jerárquico.

**Coparticipable.**- porque todos los miembros de la sociedad pueden y deben operar a integrar ese conjunto organizado de las condiciones sociales, gracias a los cuales las personas pueden cumplir su destino natural y espiritual.

**Redistribuable.**- Porque al final de cuentas redundan en beneficio de cada uno de los miembros del conglomerado social, brindando los medios adecuados para el desenvolvimiento de la persona en sociedad.

**Jerárquico.**- Porque ocupa una posición superior a los bienes particulares del hombre como miembro o como parte de la comunidad y una posición inferior respecto al supremo fin del ser humano.

Como se ha visto en el desarrollo del presente capítulo, el estudio de la justicia de la seguridad jurídica y del bien común no tendrían razón de ser sino se enfocaran o se llevaran a cabo a través de alguna función específica por los miembros de la sociedad. en este caso a través de la función que realizan los Notarios en toda la República Mexicana, contribuyen con ello al mantenimiento de la seguridad jurídica, para así engrandecer el bienestar general a través de la justicia.

La función notarial realiza, la justicia ya que interviene como mediador en las relaciones de cambio propias de la justicia conmutativa y su actividad se ve fortalecida por la interacción de los diversos factores que intervienen en ellas, por lo que se puede decir que verdaderamente es una función social justa la actividad notarial.

Pero debemos dejar bien sentado el hecho de que nos referimos a la verdadera y sana actividad de los notarios que no se prestan a los diversos juegos de intereses que en ocasiones les son presentadas por los particulares que acuden a ellos, porque de lo contrario antes de contribuir a que se de un verdadero orden jurídico justo estaríamos, en presencia de actividades de signo contrario que propician el resquebrajamiento del orden jurídico total y de las normas superiores que marcan su camino.

Por ello es tan importante que los notarios se den cuenta que su función es verdaderamente realizadora de valores la justicia, ya que conforme a éste criterio contribuirán más eficazmente en el desarrollo y legitimación de sus actividades, siendo importante que los que realizan la función notarial, deban tener siempre presente toda la gama de principios éticos que rigen en nuestro ordenamiento jurídico positivo, los cuales marcan los verdaderos caminos del alma y sentir nacionales que han estado implícitos en todos los procesos de evolución que a sufrido el pueblo de México en su vida como nación libre y soberana.

Los mismo cabe decir de la relación que existe entre la seguridad jurídica y la función del notario, ya que

al realizar correctamente su función el notario contribuye al sostenimiento y aseguramiento del bienestar colectivo.

Pero más específicamente se relaciona la actividad notarial con la eficacia jurídica, al darnos los derroteros que debe seguir la persona con el objeto de hacer seguras y posibles las relaciones de intercambio con las demás personas, y por lo que toca a la noción de orden se observa que de acuerdo a las diversas actividades que realiza el notario como persona facultada por el Estado para realizar tramitaciones de acuerdo con las disposiciones que al respecto se encuentran establecidas en nuestro derecho positivo vigente, que consolida el avance y la causa de saber a que atenerse.

Es pertinente señalar que la función notarial tiene un muy importante papel en el desarrollo del bienestar general, al contribuir con su tramitación y actuación a que se den las condiciones debidas necesarias para el mejor funcionamiento de las relaciones individuales y de la sociedad misma, que en su conjunto hace necesaria dicha actuación al realizar actividades que el Estado por si solo no podría realizar sin el auxilio de estos importantes funcionarios de la sociedad, al delegarsele por el Estado una función tan importante como la de la fé Pública, que lleva implícita la vigilancia de este en las actuaciones particulares y en algunas actuaciones del Estado con los particulares.

Por lo que hemos visto, la esencia del Notario Público es su propia rectitud, honestidad y su forma de conducirse, por lo que podemos afirmar que debido a su naturaleza el fin del notario es el bien común.

## CAPITULO IV

## LA FE PUBLICA COMO CAUSA PRIMERA DE LA FUNCION NOTARIAL

## a) Concepto de fe como causa primera.

Empezaremos por definir el concepto de fe, del latin fides, es una virtud fundamental del ser humano que lleva en sí, la expresión de seguridad, de aseveración de que una cosa es cierta, sea que se manifieste con o sin ceremonial, en cualquier orden privado o público.

En sentido general podemos decir que fe es la adhesión del entendimiento a una verdad habida por testimonio de alguien, se llega a ella o no por consentimiento sino por asentimiento, de tal modo que fe, encierra veracidad convicción, pues se funda en la evidencia del testimonio, por tanto fe es un estado de alza producido por el efecto de la revelación de seguridad de quién testifica.

Imaginemos algo así como la invasión de nuestra alma de la palabra que persuade que marca con certidumbre, como la creencia de lo que no hemos visto por el testimonio del que lo refiere.

Como podemos ver el fundamento formal de la fe es el testimonio humano, o sea es la creencia en la revelación que se hace o en la palabra con que se afirma o se niega un hecho determinando por lo que el maestro Fernández Casado nos dice: "La creencia no es la fe misma, sino una consecuencia de la fe". (44 )

El hombre posee el don de la receptividad de

## CAPITULO IV

## LA FE PUBLICA COMO CAUSA PRIMERA DE LA FUNCION NOTARIAL

## a) Concepto de fe como causa primera.

Empezaremos por definir el concepto de fe, del latin fides, es una virtud fundamental del ser humano que lleva en sí, la expresión de seguridad, de aseveración de que una cosa es cierta, sea que se manifieste con o sin ceremonial, en cualquier orden privado o público.

En sentido general podemos decir que fe es la adhesión del entendimiento a una verdad habida por testimonio de alguien, se llega a ella o no por consentimiento sino por asentimiento, de tal modo que fe, encierra veracidad convicción, pues se funda en la evidencia del testimonio, por tanto fe es un estado de alza producido por el efecto de la revelación de seguridad de quién testifica.

Imaginemos algo así como la invasión de nuestra alma de la palabra que persuade que marca con certidumbre, como la creencia de lo que no hemos visto por el testimonio del que lo refiere.

Como podemos ver el fundamento formal de la fe es el testimonio humano, o sea es la creencia en la revelación que se hace o en la palabra conque se afirma o se niega un hecho determinando por lo que el maestro Fernández Casado nos dice: "La creencia no es la fe misma, sino una consecuencia de la fe". (44 )

El hombre posee el don de la receptividad de

las impresiones que le causan, todo cuanto le rodea es sensible y pensante debido a los procesos intelectuales, que forma conciencia de las cosas que ve, que adquiere conocimiento de ellas, se robustece de verdad, de creencia y por ende, emite una expresión de certidumbre.

Más este conocimiento, esta percepción intelectual, que lo induce a la verdad, no es absoluta por que es su punto de vista personal, conforme al propio entendimiento que el hombre adquiriera. Si no tenemos idea de algo sera de duda si se vacila respecto de la creencia y entramos en un estado de incertidumbre, será de opinión si el concepto o idea formada lo es solo en el propio sentir de uno y será de certidumbre si se esta en la creencia de tener la verdad.

Como podemos ver en la búsqueda de la verdad nuestra inteligencia recorre un largo camino pues partiendo de la ingorancia adquiere noticias inseguras o contradictorias que originan, primeramente la duda, luego con la posesión de nuevos conocimientos, el ánimo se inclina hacia un parecer y en consecuencia emite una opinión y por último por fuerzas de mayores elementos de juicio influyen sobre las razones que se tenían en sentido contrario, llegando a la certidumbre.

Respecto a la verdad y la certidumbre es preciso distinguir; la verdad es un enunciado en el cual sabemos de que tales enunciados son verídicos.

Encontramos la primer virtud teologal por la que nos es permitido creer, o tener seguridad y abrazar confianza acerca de un hecho cualquiera, en la fe, según el concilio vaticano que nos dice: "la fe como principio de la

justificación del hombre es una virtud sobrenatural con la que por la inspiración y el auxilio de la gracia de Dios, creemos son verdaderas las cosas por él reveladas, no por la verdad intrínseca de las cosas percibidas con la luz natural de la razón, sino por la autoridad de Dios mismo que las revela, el cual no puede engañarse ni engañarnos"(46).

Por lo que resulta que la percibimos como expresión divina, la fe no es totalmente clara sino que se haya, algo así como un manto nebuloso que impide la visión y evidencia de las cosas tal cual son en sí mismas.

El círculo teológico de la fe, que en síntesis estriba en la creencia ciega de lo que materialmente no vemos, por lo que consideramos que la fe es una facultad natural de todo ser pensante.

Al emitir el concepto de la fe, casi todos los autores ponen de manifiesto su conexión con la fe pública que es la materia de este capítulo y para lo cual vamos a mencionar a:

ESCORICHE, el cual sostiene que en el lenguaje civil, fe, es la creencia que se da a las cosas por autoridad de quien las dice en apoyo de este fundamental criterio, enuncia una serie de expresiones que entrañan ese concepto. De tal modo que como creencia, merece fe, la palabra que se da o promesa que se hace a otro con cierta solemnidad o publicidad, la fidelidad en el cumplimiento de las promesas, la confianza y seguridad que uno tiene de conseguir las cosas deseadas o prometidas.

Tras la ejemplificación, ESCORICHE extiende el

concepto, al dictámen de conciencia, en cuya acepción nos dice se llama fe, la persuasión en que uno está de que una cosa es suya o ajena, de tal modo que se llama fe a la equidad, considerada en los contratos de buena fe y contratos de riguroso derechos, como implica fe la seguridad o aseveración de que alguna cosa es cierta, o el testimonio o certificación que se da de la certeza de alguna cosa.

Para LAVANDERA, quien nos dice, que la mayoría de los autores confunden la fe pública con la fe humana, porque ésta es creencia de lo que no se ve, fundada en el testimonio del propio hombre, en tanto que aquella lo es por el testimonio de quien tiene el poder social.

Con relación al orden público atribuye a la fe una positiva fuerza probatoria, de tal modo que otorgandosele al documento todas las instancias solemnes, dándole fe pública, importa imprimírle certeza legal imponerle creencia en su autenticidad, de su prueba plena entre las partes y la sociedad, de la existencia del acto en favor o en contra de terceros.

MENGUAL y MENGUAL.- quien después de muy atinadas consideraciones generales sobre la fe, auspicia una definición de fe pública diciendo que es el asentimiento que por carácter de verdad y certeza, se les presenta a lo manifestado por aquellos a quien el poder público reviste de autoridad asignándoles una función; y para una más sensata interpretación advierte que la particularidad radica en el asentamiento, que es precisamente el elemento principal de la fe, pues es preciso darse cuenta que no basta admitir lo atestiguado por los otros como problemático o dudoso, porque toda duda y toda hipótesis revelan en nuestro estado de ánimo

un estado de perplejidad, no dando a nuestro espíritu o privándole de la certeza de la firmeza, que necesita para dar por cierto, indudable y exacto el testimonio revelado.

SANAHUJA Y SOLER, él nos explica sintéticamente la materia y para tal efecto, expresó que la fe pública es "la garantía que da el Estado de que determinados hechos interesan al derecho como ciertos y, en subsidio de ello, agrega que mediante la fe publica el estado impone coactivamente la certidumbre a todos". (45)

DE VELASCO, definiendolo desde un punto de vista lato sensu, dice que fe significa creencia de que es cierto o que existe algo que no hemos visto o no hemos presenciado, expresa que se llega a este fin por dos motivos distintos:

A) puramente intelectuales, a base de razón que indaga y reflexiona y B) meramente exteriores, los que obrando sobre uno mismo, conducen al convencimiento y a la certeza, y así con buen sentido nos explica que los motivos intelectuales nos dan la creencia de que una cosa es cierta, tras un proceso en el cual intervienen como factores los datos que podemos allegar.

MORALES DIAZ, afirma que la fe es excluyente de investigación y comprobación, ya que se supone un estado de certeza creado por el convencimiento de que unos hechos están revestidos de las condiciones indispensables para que la inteligencia y la razón los admitan como tales.

Las observaciones que la realidad nos ofrece, las condiciones en que nos hallamos y en el medio en el que

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

79

nos desenvolvemos, proceso en que la inteligencia analiza hasta llegar a una conclusión de la que puede hacer la fe o certeza en aquello que no hemos visto o por lo contrario la negación de su efectividad.

Los motivos exteriores a nosotros operan como ofrecimientos materiales que nos ayudan a ese proceso intelectual, nos dan medios para que apoyar el análisis y, en suma se presentan de manera tal que su simple presencia nos lleva directamente a obtener la creencia o fe.

## b) LA FE PUBLICA COMO CREENCIA.

Vista como atributo humano la fe, se encamina hacia la evidencia o credibilidad de algo, pero esta fe tenida sobre algo puede estar por encima o por debajo de la verdad de ella, todo será entonces cuestión de exámen, esto se refiere a una investigación y análisis para saber si el juicio sobre la razón de ese algo se ajusta mas o menos a la realidad.

En cambio, la fe pública se orienta directamente hacia la verdad, atestigua las declaraciones, analizadas previamente en proceso de lógica y técnica que compete al funcionario que interviene en este caso; al notario público.

La fe pública se dirige al reconocimiento del derecho o la afirmación de un hecho, desprende un sentido de justicia, procura la constitución de una prueba, provee de autenticidad a la declaración documentada, la fe pública viene a ser así, la patente de crédito que se necesita para que la instrumentación pública sea respetada y tenida como cierta, más esta, por ser una prueba preconstituida por las partes, la afirmación del contenido instrumental no es considerada cosa juzgada, ya que ella solo traduce y representa la declaración de voluntad de las partes y no cierra por consiguiente la acción que puedan intentar los interesados, o lo que es igual, la afirmación inserta en el instrumento no es preclusiva, solamente traduce una declaración y entraña una prueba de las partes contra terceros, hasta que se arguya y se demuestre a través del proceso judicial que el contenido instrumental de la declaración es falso por no ajustarse a la verdad, por haber sido otorgado con fraude en perjuicio de

terceros, o por quivocación.

Todo poder del Estado, señalaba SANTAMARIA DE PAREDES, es facultad de obrar, y puesto que emana de su soberanía, contiene en sí el principio de autoridad, por consecuencia también la administración en cuanto a ella es el Poder Ejecutivo del Estado, tiene esa misma aptitud de obrar con autoridad, aunque diversificada en varias facultades que reciben el nombre de potestades y cada una de las cuales lleva en sí misma el principio de autoridad a las atribuciones que corresponden a la administración pública, como manifestaciones autoritarias.

Entre los diversos actos y hechos realizados por el Estado en el ejercicio de sus potestades, ésta, la función notarial que otorga al notario público a que participe por consiguiente de aquella misma nota de autoridad inherente de autoridad del Estado.

Por extensión también se ha podido decir qué es autoridad; la potestad o facultad que alguien tiene para hacer alguna cosa, como por ejemplo la que tienen los jueces para formar y fallar causas. (46)

Ahora bien, si regresamos al sentido de fe pública, en sentido estricto, veremos de modo que es la autoridad legítima atribuida a notarios y otros funcionarios determinados, para que los documentos que autorizan sean considerados como auténticos.

De donde resulta, de manera clara que los poderes genéricos conferidos al notario, y sus atribuciones toman en el lenguaje corriente y también en el técnico, el de nombre de fe pública, por eso decimos que la condición de fe pública que le es inherente, es ante todo una cualidad funcional.

La expresión fe pública, desde luego que no es mas que una especificación adjetiva del sustantivo fe y por consiguiente, tiene diversos sentidos en que pueda entenderse la fe. Pero como dijimos con anterioridad, el que tiene fe, tiene una creencia, una convicción, una persuasión, una certeza, una seguridad o una confianza. Mas entre todas estas fórmulas, no carentes de matices distintos diferenciales, hay una virtual y perfecta sinonimia : "Relación de verdad entre el hecho y el dicho. Como lo afirma Fernández Casado" (47)

El concepto de fe, atribuido al hombre individual tiene su primera manifestación en el testimonio de nuestra conciencia y de nuestro conocimiento como decía Sócrates (conocete a tí mismo). Pero, además por la natural inclinación de la propia naturaleza humana que desea inquirir el porque de lo existente, prestamos un sentimiento a cuanto por mediación de los sentidos o por dictámen de la razón comprendemos que ha de tener efectividad real; como lo afirma Mengual y Mengual quién nos dice: "que para alcanzar la certidumbre valesse el hombre de dos clases de medios, unos íntinsecos y otros extrínsecos. Haciendo caso omiso de los primeros...los últimos son dos: La autoridad humana y los sentimientos externos; El primero es indirecto y el segundo directo", añade el mismo autor: El hombre es un ser limitado y condicionado por el tiempo y por el espacio, sino pudiera

conocer otras verdades que las que por sí propio y directamente percibiera, bien escaso sería su patrimonio intelectual. De aquí la necesidad de dar fe o crédito, a hechos o dichos que no son percibidos por nuestros sentidos y que nos llegan por la autoridad del dicho ajeno, testimonio, tradición o por la credibilidad que atribuimos a determinados hechos físicos o gráficos como monumentos, documentos, cuya existencia es prueba dentro del orden lógico, de la verdad de otro hecho o circunstancia.

JIMENES ARNAUD, en su tratado de derecho, nos dice que cuando se trata del segundo punto de vista de consideración de la fe, es decir, de la fe pública o colectiva, no cabe duda que puede llegarse a una convicción o creencia común, por una suma de procesos intelectuales; entonces este sentimiento o creer colectivo, que no es preciso que sea unánime, da lugar a lo que pudieramos llamar la acepción vulgar de la fe pública. Decimos de una sociedad que cree, o no cree en un sistema orgánico político; se habla desde luego sin metáfora, de la fe en los destinos de un país, en el triunfo de un Ejército o en las virtudes de un Héroe o de un Santo. Mas esta acepción vulgar de la idea de fe pública no coincide con el sentido jurídico que la expresión tiene; jurídicamente la fe pública supone la existencia de una verdad oficial, cuya creencia se impone en el sentido de que no se llega a ella por un proceso espontáneo, cuya resolución quede a nuestro albedrío sino por virtud de un imperativo jurídico o coacción de que nos obliga a tener por ciertos determinados hechos o acontecimientos, sin que podamos decidir autónomamente sobre su objetiva verdad cada uno de los que formamos el ente social.

De manera que, el concepto jurídico de fe

puesto que al ser la realización del Derecho uno de los fines fundamentales del Estado, es este a quien compete la reglamentación de las diversas funciones que pueden distinguirse en el amplio concepto de la fe pública. Como el Estado es sociedad de fines totales y como los hechos humanos fácilmente entran en el campo de los hechos jurídicos en cuanto dan lugar al nacimiento, modificación o extinción de derechos puede asegurarse que la mayor parte de las actividades humanas, lo mismo cuando se desenvuelven en los causes normales del negocio jurídico que cuando actúan anormalmente en la realización de hechos ilícitos, tienen contacto o relación, aunque no sea en forma inmediata, con los órganos de la fe pública o pueden provocar la intervención y el amparo de ésta, por lo que podemos concluir que la fe pública puede distinguirse en principio y atención a la clase de hechos y actos a que se refiera.

La fe pública como expresión de autenticidad de declaraciones humanas, tiene un valor universal, el Estado como ente jurídico supremo, se a visto obligado por razones de necesidad pública a detentar, entre otros poderes, el relativo a la facultad de competencia y jurisdicción, y por fuerza de ello tuvo que arrogarse en atributo el de la fe pública; Atributo que es un gran valor de gran relevancia, otorgable directamente por Estado como en los casos de emisión de moneda, sellos postales, y otros documentos cotizables, y confiere por delegación funcional en los supuestos de autenticidad de los hechos y actos jurídicos postulables dentro de las normas. Visto así el ordamiento jurídico y por tratarse de funciones cuyo proceso de ejecución es esencialmente imperativo y forzoso la autenticidad, esto es,

la fe pública, de los hechos y actos jurídicos dada en el modo y forma estatuido por la ley, es tan digna de fe como la propia fe que transuntan los valores fiscales. Consecuentemente, la función de dar fe a los hechos y actos jurídicos en una función de tutela pública propia y delegable, en ejercicio de la cual el funcionario público al recoger como cierta la declaración hecha por los otorgantes, la califica de auténtica; Por lo que el acto de la declaración y el instrumento público que la contienen merecen ser reconocidos como un acto de gobierno auténtico y eficaz. En síntesis, podemos afirmar que la fe pública es una expresión legal de garantía delegada a funcionarios públicos para que a modo de cunfo puedan imprimir verdad oficial a toda instrumentación jurídica, forzosa o voluntaria, otorgada en el ámbito de su competencia y jurisdicción.

## C). FE PUBLICA NOTARIAL

Para empezar hablar de la fe pública notarial podemos decir que muchas son las instituciones del Estado encargadas de la misión de dar fe pública, las cuales no podríamos estudiar ya que nos llevaría a un recorrido bastante extenso para ello, solamente diremos que cada una de las instituciones facultadas para testar la verdad de lo que ellas han cumplido o percibido en su ejercicio público o por consecuencia de estricto control estatal.

Por lo que respecta a la institución notarial, ella es un órgano jurídico que goza de privilegio especial de otorgar autenticidad y fe pública a los actos y contratos de carácter extrajudicial, señalando que su objeto y fin de derecho del notariado, es una institución calificada de testigo público y veraz puesto que a través de él, el estado genera fe pública, asiendo un poco de historia del pasado histórico de la función notarial y apreciando en toda su extensión la importancia que ya representaba la fe pública.

Es necesario apuntar que desde muchas centurias atras el ministerio de la notaria pretendia estimular la confianza pública en lo concerniente a la documentación de las declaraciones humanas de voluntad jurídica y avalorar como prueba el documento que las contenia; en aquel entonces con reglas elementales, despues con preceptos más firmes y luego con leyes

propias, orgánicas y específicas avanzando hacia la formación y aplicación de un mejor derecho, hasta poner en el centro jurídico a la fe pública como atributo de autenticidad para infundir creencia al instrumento asignado con la autoridad y jerarquía del notario público. Por lo que podemos afirmar de esta forma histórica y enteramente científica que existe realmente una fe pública notarial.

Deducimos de lo anterior, que Fe Pública Notarial, es la que se vierte o plasma en los actos y registros de los notarios que merecen y hacen fe, ya que en cuanto al hecho o contrato para que es solicitada la intervención de dichos funcionarios, ya que en orden al conocimiento de los otorgantes o de los testigos en su caso; y esta seguridad o aseveración de que es cierto el hecho, convicción o circunstancia a que el testimonio notarial se refiere, es lo que constituye la fe pública, así llamada por autonomasia, cuyo ejercicio comparten con los notarios, también dentro de su respectiva esfera, los secretarios judiciales, agentes de Cambio de Bolsa, Corredores Públicos y demás, pero que estén plena, legal y públicamente autorizados para intervenir en los contratos y actos solemnes, entre estos últimos, el matrimonio, que celebran los Jueces del Registro Civil (antes llamados oficiales) para darle forma y plena validez con las ritualialidades o solemnidades del caso.

En efecto, la Ley del Notariado para el

Distrito Federal de 31 de diciembre de 1979, señala en su artículo 19 que la función notarial es de orden público; en tanto que en sus artículos 10 y 13 definen al Notariado como el funcionario público y Licenciado en Derecho investido de la fe pública, facultado para autenticar y dar forma a los instrumentos en que se consignan los actos y hechos jurídicos.

Esta función se desarrolla en una doble forma que implica a su vez un doble poder: a) comprobar a priori si el negocio objeto y materia del instrumento reúne los requisitos legales para su eficacia y validez, a los que les denominamos "Control de Legalidad del Acto que conlleva consigo el poder de calificación que se encuadra y plasma en una serie de juicios que el notario realiza: de capacidad de identidad etc. b) obtener y proporcionar la prueba autentica de las declaraciones de voluntad y a lo que le denominamos efectos de la dación de fe y que lleva consigo el poder de dar fe que garantiza la autenticidad del fondo del documento, puesto que se basa en un hecho que es evidente de forma directa para el notario, porque lo percibe con sus propios sentidos. e ahí que el hecho del otorgamiento del instrumento se encuentra amparado por la fe notarial.

Como se señaló en los capítulos anteriores la función del notario, quien actúa además como funcionario público y Licenciado en Derecho al vez que investido de fe pública para autenticar y dar forma a los instrumentos en que se consigne los actos y hechos jurídicos, se impone por corolario saber cuál es esa Fe Pública que se le confiere.

Al abordar el estudio de la figura jurídica antes indicada, debemos decir que, el conocimiento del hombre es limitado, principia a iniciarse en relación íntima del yo humano consigo mismo como primer elemento de la relación que se establece entre el sujeto cognoscente y el objeto conocido, y cuyo objeto puede hallarse en la propia personalidad, siendo ella misma, o puede encontrarse fuera de la personalidad humana, y de este punto de iniciación, cuál círculos concéntricos que va irradiando hacia su periferia aumentando la esfera de su conocimiento, e intensificando el conocimiento respecto a un objeto determinado.

La fe pública notarial es imperativa unicamente como ya se dijo con anterioridad para los actos extrajudiciales, bajo este aspecto el campo de la notaria tiene un límite señalado y dentro de él sólo pueden fecundar determinados actos y contratos y por consiguiente la actividad jurídica notarial puede desarrollarse hasta donde sea dable su competencia; por ello resulta evidente que será inoperante el ministerio ejercido fuera del ambito atribuido a este y será viciada de nulidad la verdad dada respecto de los actos y contratos así autenticados. Esta premisa, sin embargo aunque no es clara, es totalmente cierta, pues salvo en lo que respecta al equivoco funcional, intencional o no, de ejercer fuera de la jurisdicción, o sea de actuar fuera del orden político corresponde a apuntar que aunque es bien evidente que la dación de fe notarial esta limitada a los actos extrajudiciales, ello es con relación a los actos y contratos que por exigencia legal requieran la formalidad inescusable de las escritura pública como lo afirma Tirso de

la Torre "Las leyes orgánicas que reglamentan lo relativo al ejercicio de la Función fedataria, perceptuan justamente sobre este particular. Vemos así, entre los actos que son de competencia notarial, sino una línea divisoria, señalando por lo menos, el aspecto que distingue formalmente los actos que estan dentro de la zona de competencia notarial" (48)

No sería lógico hacer una comparación entre el ingeniero y el notario, en cuanto a la dación de fe es posible colocarlos a los dos en sus funciones, y en el ejercicio práctico de su profesión, puede decirse que si el ingeniero hace planos, así el notario hace escrituras. Se puede agregar que instituidos en sus respectivas ciencias, ambos profesionales tienen un ocasional y recíproco contacto motivado por la necesidad de ilustrarse en provecho mutuo en más de un aspecto técnico profesional. En esta relación para el ingeniero el plano es lo importante y para el notario la cuestión es el instrumento, ambos profesionales son necesarios para las partes que postulan los servicios de idoneidad técnica para el logro de sus correspondientes propósitos: plano y escritura, ambos en tareas sensoriales previas de percepción, oídas y vista, para autorizar, por su saber, hacer, el plano uno y la escritura el otro. Haciendo este estudio dice que atañe al ingeniero, y tomando en consideración al notario, y en especial a la fe pública, que conceptualmente es planteamiento de certeza, se está obligado a decir que en esa afirmación de verdad el notario la ejecuta en virtud de la forzosa captación personal de los hechos, vistos y oídos, que le concierne en

su quehacer de ciencia propia; presupuesto inmediato de percepción, para poder estructurar el instrumento registrador, que es tarea posterior, de técnicas y de redacción que epiloga con la lectura, el otorgamiento y la suscripción del acto por las partes declarantes, y con la sanción de FE PUBLICA del notario.

De lo dicho, resulta obligatorio anotar que el funcionario notorio deber ver y oír claro; porque ver y oír son dos acciones básicas de prevención y simultaneidad, que cabe emplear para el logro de la certeza; por donde, la certidumbre, deducción inequívoca de verdad, viene a ser la razón fundamental para la DACION DE FE.

Núñez y Lagos nos dice "En cuanto se refiere al hecho de que el notario no puede recibir una declaración por teléfono, precisamente porque no podría trasladar al papel un simple acto de oído, y que no es acto de vista la vez". (50) por lo que el notario debe actuar en tutela de la verdad y operar con prevención y no puede conformarse con oír sino que también debe de ver, puesto que viendo ilumina su pensamiento y de esa forma se llega al juicio de certeza.

## CONCLUSIONES

- 1.- La función Notarial es de orden público para el derecho positivo mexicano por que cumple con la realización de fines trascendentes del derecho.
- 2.- El notario público contribuye en el ejercicio de su función a la realización del bien común, la justicia y la seguridad jurídica, que en el plano filosófico jurídico se la denomina causas primeras del derecho.
- 3.- Los fines del derecho son realizados por el notario público mediante su función cautelar, ya que aconseja y asesora a los que recurren a él.
- 4.- Las diversas doctrinas expuestas en este trabajo nos permiten concluir que la actividad del notario sin documento es extraña al derecho notarial; por lo mismo el documento, como la cosa en el derecho real es elemento esencial, principal y final del derecho notarial.
- 5.- El notariado es una institución jurídica que tiene por cometido, en la sociedad asistir a los particulares para facilitarles la realización espontanea y pacifica del derecho.
- 6.- La función notarial por esencia, atiende a un interes

general en el que la sociedad tiende a firmar el imperio del derecho, asegurando la legalidad fehaciente de los actos y hechos de que dependen las relaciones privadas.

7.- La función notarial se fundamenta en el derecho natural ya que su origen se da por un conjunto de condiciones materiales, espirituales y sociales que dan vida a las necesidades humanas..

8.- La fundamentación de la función notarial conforme al derecho natural es variable, ya que ésta institución puede sufrir las modificaciones necesarias que la misma sociedad le ordena.

9.- El notario público es un verdadero agente promotor de bienestar social, porque realiza actos que de manera directa influyen en las relaciones humanas, ya que coadyuva al establecimiento eficaz del orden social.

10.- La fundamentación política de la función notarial consiste en la contribución que hace el notario del bien común.

11.- La actuación del notario se justifica al ser necesaria su intervención, para que las personas que acuden ante él, realicen actos jurídicos que van a tener proyección en el ámbito social con la finalidad de cumplir con los principios de legalidad y legitimidad.

12.- Es justa la actuación del notario como lo afirma el maestro Rafael Preciado Hernández por que se fundamenta en los criterios éticos que legitiman al ordenamiento jurídico en dar a cada quien lo que le corresponde conforme a las exigencias ontológicas.

13.- La seguridad jurídica es un estado subjetivo que guarda el individuo con la convicción de que su situación actual no será modificada por entidad alguna, contraria a las leyes y procedimientos que rigen el Estado de derecho en que vivimos.

14.- La función notarial es verdadera realizadora de valores ya que su actuación es justa y al ser justa, otorga seguridad jurídica a las partes realizando con esto el bien común que beneficiará a los que acuden ante él.

15.- Fe es la creencia que se da a las cosas o personas, por la autoridad de quienes lo dicen; o sea creer en aquello que no se ha percibido directamente por los sentidos.

16.- La fe es excluyente de investigación y comprobación ya que supone un estado de creencia absoluta creada por el convencimiento para que la razón y la inteligencia la admitan como tal.

17.- La institución notarial representada por el notario, es el órgano jurídico que goza del privilegio otorgado por el Estado de otorgar autenticidad y dar fé pública a los actos y contratos de carácter extrajudicial que se presentan ante ellos.

18.- La fe pública notarial es atributo de autenticidad, para infundir creencia al instrumento asignado por la autoridad y jerarquía del notario.

## C I T A S   B I B L I O G R A F I C A S

- 1.- Reyes Pena R. anteproyecto, de Codificación Notarial pag. 366, Montevideo 1937, Edit. D.E.V.
- 2.- González Palomino José, Instituciones de Derecho Notarial, Editorial REUS, Madrid, España, 1948 pag 51.
- 3.- según la Real Academia Española cautelares verbo transitivo que significa, prevenir, precaber tener cuidado.
- 4.- González Palomino, Instituciones de Derecho Notarial, Madrid, España 1948, pag. 131 y sigs. Editorial REUS.
- 5.- Castan Tobeñas J. Función Notarial y elaboración Notarial del Derecho Notarial, Revista de Derecho Notarial, Madrid, España, año 1953
- 6.- Roberto Gonella, El Notariado como órgano de la administración de justicia preventiva Rev. Der. Not. Madrid 1957, No. 720.
- 7.- Mengual. y Mengual J.M. Elementos del Derecho Notarial, Barcelona, Bosch, 1934.
- 8.- Estudio de Bibliografía Española y Extranjera del Derecho Notarial año 1876. Edit. Rev. Der. Not. 1943 N. 511 Pag. 99.
- 9.- Tratado de Derecho Notarial de Sanahuja y Soler José María T. 1 pags. 182, 183. Tomos Ed Boch, Barcelona, España, 1945.
- 10.- Introducción al Estudio del Derecho Notarial pags. 93 a 95. Revista de Derecho Notarial No.80, 1981 A. Nac. del Not. Mexicano A.C.
- 11.- Luis Recasens Siches. Tratado General de Filosofía del Derecho Editorial Porrúa México 1978 pag 66.
- 12.- Santo Tomás de Aquino, Suma Teológica, II, II., C 58 a III DN HILARIO ABAD DE APARICIO Y MOYA Y PLAZA, Edito-

- res, Madrid, 1882.
- 13.- José Ortega y Gasset, obras completas revistas de Occidente Madrid 1947 Tomo 5 pag. 206.
  - 14.- Luis Recaséns Siches, Sociología, Editorial Porrúa, México 1979 pags 22 y 23.
  - 15.- José Medina Echeverría, Sociología Teoría y Práctica Fondo de Cultura Económica, México 1941, cap.5
  - 16.- Aristóteles.- La Política, Editorial Sepan Cuantos de Editorial Porrúa pag. 281.
  - 17.- Santo Tomas de Aquino, La Política, Edición Española de Espasa Calpe, S.A. Lib. I cap. II pag. 33 y 42.
  - 18.- Herman Heller.- Teoría General del Estado pag. 239 Editorial Textos Universitarios, México 1984.
  - 19.- Jaime Balvin, El Criterio, Editorial Porrúa Colección Sepan Cuantos México 1965 pag. 84.
  - 20.- Rafael Preciado Hernández, Ensayo Filosóficos Jurídicos y políticos Editorial Jus México 1977 pags. 160 y 161.
  - 21.- Preciado Hernández Rafael.- Lecciones de Filosofía del Derecho Editorial Jus México, 9ª Edición, 1956 pags, 210, 211.
  - 22.- Preciado Hernández Rafael op. cit. pag. 213-214.
  - 23.- Gomez Robledo Antonio.- Meditación sobre la Justicia Fondo de Cultura Económica, México 1963 pags 21.
  - 24.- Recasens Siches Luis, Tratado General de Filosofía del Derecho Tercera Edición, Editorial Porrúa, México 1966 pags. 426 y 427.
  - 25.- Aristóteles.- Ética Nicomaquea, Editorial Porrúa colección Sepan Cuantos, México 1982 pag. 59.
  - 26.- San Agustín; La Ciudad de Dios, Editorial Porrúa libro 12 cap. 5, libro XIX capítulos 14 y 21 libro IV.
  - 27.- Santo Tomás de Aquino, Suma Teológica, O.P. cit. 12.
  - 28.- Recasens Siches Luis op. cit. 24 pag. 485.

- 29.- Cerneluti Francisco, Metodología del Derecho, traducción por el Dr. Angel Osorio Editorial Hispanoamericana pags. 25, 26, 55, y 56.
- 30.- Scheler Max. El Formalismo en la Etica y la Etica material de los valores. Traducido del Alemán por Hilario Rodriguez, Revista de Occidente Madrid 1941 Tomo 1 pags 269 y siguientes.
- 31.- Kelsen Hans ¿ Que es la Justicia ? Talleres Graficos de la Universidad Nacional de Argentina 1962 pag. 65 y siguientes.
- 32.- Luis Recasens Siches, Panorama del Pensamiento Jurídico en el Siglo XX, Exposición de su pensamiento Filosófico Jurídico. Edit. Porrúa. México 1968 Tomo 1 pags. 529 y siguientes.
- 33.- Preciado Hernández Rafael op cit. 24 pag. 209
- 34.- J. T. Delos los fines del Derecho, Edit. Jus, México 1944 pag. 77.
- 35.- Preciado Hernández Rafael, op cit. 24 pag 226.
- 36.- J. T Delos op cit. 34 pag 79.
- 37.- Verdross Alfred, la Filosofía del Derecho del Mundo Occidental, Edit. UNAM 1983 pag. 385.
- 38.- Verdross Alfred, op cit. 37 pag. 387.
- 39.- Dabin Jean Doctrina General del Estado edit. Jus México 1946 pag. 45.
- 40.- Preciado Hernández Rafael op cit. 24 pag. 199.
- 41.- Lefur op cit pag. 19 y 20 Los fines del derecho, Tr. Daniel Xual Peña, Editorial Jus, México 1944
- 42.- Preciado Hernández Rafael pag. 200.
- 43.- Isacc Guzmán Valdivia. El Fin Propio de la Política, el Bien Común Revista Jus 1971, pag. 28 y siguientes.
- 44.- Fernández Casado, El Notario en la Sociedad, Colegio Notarial 1974. Madrid.
- 45.- José María Sanahuja y Soler, Tratado de Derecho

- Notarial, Editorial Boch, Barcelona, España, 1945.
- 46.- Martínez Segobia Francisco. Función Notarial, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires 1961.
- 47.- Fernández Casado, El Notario en la Sociedad, Colegio Notarial 1974, Madrid.
- 48.- Nuñez Lagos Rafael: Estudio del Derecho Notarial, Instituto de Derecho Notarial, España Madrid 1986.

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

- ARISTOTELES.- La política, colección, sepan cuantas  
EDITORIAL PORRUA, México 1982.
- ARISTOTELES.- Etica Nicomaquea, Editorial Porrúa  
Colección sepan cuantos, México 1982.
- BALBIN JAIME.- El Criterio, Editorial Porrúa,  
Colección Sepan Cuantos, México 1965.
- CARNELUTTI FRANCESCO.- Metodología del Derecho,  
Traducción por el Dr. Angel Osorio,  
Editorial Hispanoamerica, 1962.
- COSTAN TOBERNAS J.- Función Notarial y Elaboración Notarial  
del Derecho Notarial, Madrid, España,  
1946.
- DELOS J. T.- Los fines del Derecho, Editorial Jus, México,  
1972.
- FERNANDEZ CASADO.- M. El Notario en la Sociedad,  
Colegio Notarial, 1974.
- GONZALEZ PALOMINO.- Instituciones de Derecho Notarial,  
Editorial Reus, Madrid, España. 1948
- GONELLA ROBERTO.- J. Instituciones Notario como órgano de la  
Administración de Justicia preventiva,  
REV. Der. Not. Madrid, 1947.

- GOMEZ ROBLEDO A.- Meditación sobre la Justicia Fondo de  
Cultura Económica, México 1963.
- GUZMAN VALDIVIA ISAAC.- El Fin propio de la política,  
"EL BIEN COMUN", revista Jus 1971.
- HANS Kelsen.- ¿ Qué es la Justicia? Talleres Gráficos de  
la Universidad Nacional de Argentina 1962.
- HERMAN HELLER.- Teoría General del Estado,  
Editorial Textos Universitarios,  
México 1984.
- LEFUR.- Los fines del Derecho, Editorial Jus, México 1944.
- MARTINEZ SEGOVIA FRANCISCO.- Función Notarial,  
Ediciones Jurídicas  
Europa Americana 1961.
- MEDINA ECHEVERRERA JOSE.- Sociología técnica y práctica, Fondo  
de cultura Económica,  
México 1941.
- NUÑEZ LAGOS RAFAEL.- Estudio del Derecho Notarial,  
Instituto de España, Madrid 1986.
- ORTEGA Y GASSETT JOSE.- Obras completos, revista Occidente,  
Madrid, 1947.
- PRECIADO HERNANDEZ RAFAEL.- Lecciones de Filosofía del  
Derecho,  
Editorial Jus, México, 1978.

REYES PEÑA.- R. Anteproyecto de Codificación Notarial, Edit.  
A.E.V., Montevideo, 1937.

RECASENS SICHES LUIS.- Tratado General de Filosofía del  
Derecho,  
Editorial Porrúa, México 1978.

SANTO TOMAS DE AQUINO.- Suma Teológica. II.II., C 58 A III  
Dn. Hilario Abad de Aparicio y Moya  
y Plaza, Editores, Madrid 1882.

SANAHUJA Y SOLER JOSE MARIA.- Tratado de Derecho Notarial,  
Editorial Bosch, Barcelona,  
España 1945.

SAN AGUSTIN.- La Ciudad de Dios,  
Editorial Porrúa, Libro 12. CAP. 5, Libro XIX  
Cap. 14 y 21, 1968.

SCHULER MAX.- El formulario en la ética y la ética material  
de los valores,  
Revista de occidente, Madrid 1941, Tomo I.

VERDROSS ALFRED.- La filosofía del Derecho occidental,  
UNAM, México 1977.

LEGISLACION CONSULTADA

Ley Organica del Notariado del D.F.

REVISTAS Y otros Libros de consulta.

**Diccionario de la Real Academia Española.**

**Estudio de Bibliografía Española y Extranjera de Derecho Notarial, 1876, Edit. Rev Der. Not. 1943, No. 511.**

**La ética notarial, (BERNARDO PEREZ FERNANDEZ DEL CASTILLO.)**

**Revista de Derecho Notarial, Año XIII. No. 70, 1970.**

**(ASOCIACION NACIONAL DEL NOTARIADO MEXICANO, A. C.).**

**Revista de Derecho Notarial, Año XXV No. 80, 1972.**

**(Asociación Nacional del Notariado Mexicano, A.C.)**