



301809
UNIVERSIDAD DEL VALLE DE MEXICO

ESCUELA DE DERECHO
CON ESTUDIOS INCORPORADOS A LA
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

73
20

**LA FE PUBLICA EN EL AMBITO
NOTARIAL**

T E S I S

**QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
ANDRES JAVIER JUAREZ ROSAS**

MEXICO, D. F.

1994

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

**A MI ESPOSA:
BEATRIZ SIMON LOPEZ.
CON TODO MI AMOR,
POR SU INFINITA PACIENCIA
Y APOYO EN LA ELABORACION
DE ESTE TRABAJO. GRACIAS.**

**A MIS HIJOS:
SURIA SÓNIA Y EDSON JAVIER JUAREZ SIMON.
COMO SIMBOLO DEL
GRAN CARIÑO QUE LES
TENGO.**

A MIS PADRES:

JUAN JUAREZ URBINA

Y

**MAURA ANDREA ROSAS RAMIREZ
DE JUAREZ.**

**COMO UNA MUESTRA DE MI
DESEO DE SUPERACION.**

**A LOS SEÑORES LICENCIADOS:
CARLOS DE PABLO
Y
JAVIER I. PEREZ ALMARAZ.
MI ETERNO AGRADECIMIENTO
POR TODO EL APOYO QUE ME
BRINDARON, MI RESPETO Y
ADMIRACION. GRACIAS.**

A LOS LICENCIADOS:

NESTOR GABRIEL PADILLA SOLORZANO

Y

ANA LUISA LOPEZ GARZA.

**MI AGRADECIMIENTO POR SU PACIENCIA,
ASESORIA Y SUPERVISION, PARA LA
ELABORACION DE ESTE TRABAJO.**

**A TODOS AQUELLOS, QUE DE ALGUNA MANERA
HICIERON POSIBLE LA
REALIZACION DE MI MAS
GRANDE SUEÑO.**

INDICE

INTRODUCCION	I
CAPITULO I	
ANTECEDENTES HISTORICOS	1
A) Epoca Antigua	1
a) Egipto	1
b) Palestina	3
c) Grecia	5
d) Roma	7
1.- Epoca de Justiniano	10
2.- Epoca de Macedonio	11
B) Epoca Medieval	13
a) Bolonia	16
C) Epoca Moderna	18
a) España	18
b) Francia	23
CAPITULO II	
BREVE RESEÑA HISTORICA EN EL DERECHO	
MEXICANO	28
A) Nueva España	28
a) Disposiciones gubernamentales	29
b) Organización notarial	30
c) Real colegio de escribanos de México	31

B) México Independiente	33
a) Decreto de 1834	33
b) Ley de 1853	33
c) Ley de 1867	34
d) Decreto de 1875	36
e) Ley de 1901	36
f) Ley de 1932	37
g) Ley de 1945	38

CAPITULO III

LA FE PUBLICA	44
A) Conceptos doctrinarios	44
B) Concepto jurídico	45
C) La idea de fé pública	47
D) El concepto de fé pública	49
E) El contenido de la fé pública	50
F) La función de la fé pública	51
G) La eficacia procesal de la fé pública	52
H) La eficacia substancial de la fé pública	53

CAPITULO IV

EL DERECHO NOTARIAL Y LA FE PUBLICA	54
A) Concepto y definición	54
B) Definición de Notario	57
C) Concepto de la fé notarial y su relación con la con la fé pública	62

D) Naturaleza	64
a) Fé pública y función notarial	66
b) Autenticación	67
c) Legalización	69
d) Legitimación	71
E) Importancia jurídica	73
F) Objeto	75
a) Caracteres de la función notarial	77
b) Relación entre la función notarial y la función pública	80
G) Eficacia procesal	83
a) Alcance del precepto "instrumenta publica probant se ipsa"	83
b) Límites objetivos y subjetivos	85
c) Eficacia probatoria de la escritura pública	90
d) Eficacia probatoria del instrumento notarial especial y no especialmente previsto en la Ley	92
H) Eficacia substancial	96
a) Significado	98
b) Fé pública y responsabilidad	99
CONCLUSIONES	101
BIBLIOGRAFIA	106
LEGISLACION CONSULTADA	110

INTRODUCCION

El trabajo a realizar, trata de la fé pública en el ámbito notarial, por lo que, para poder abordar el tema y darle un enfoque útil, así como realizar algo que nos muestre lo necesaria que es la fé pública en su aspecto notarial.

Trataré de explicar lo mejor posible el trabajo que me he permitido desarrollar, no como algo didáctico sino más bien a manera de aportación bibliográfica, que espero encierre o englobe todo lo que concierne a la fé pública dentro del derecho notarial, esperando sea una base investigadora para todos los estudiosos del derecho notarial.

Dentro del desarrollo del tema, trataré de explicar, dando un esbozo al Derecho Notarial, así como su origen y evolución en el derecho mexicano, su naturaleza objetiva, formal y pública, para poder entender más a fondo la fé pública, y darnos una idea de lo que es en realidad el derecho notarial.

El notariado como todas las Instituciones de derecho es producto de una evolución. En un principio los notarios eran prácticos en la redacción de contratos y actos jurídicos, posteriormente se desarrollo su oficio y adquirió la fé pública; al inicio, en forma endeble, más tarde, consolidada

II

y legislativamente aceptada.

Motivo de especulación para los notarialistas, es ubicar en el tiempo y lugar, el nacimiento de la fé pública, lo cual trataré de enfocar con la mejor precisión posible, puesto que el sistema de la fé pública se creo en virtud del número y la complejidad de las relaciones jurídicas que la mayoría de los individuos no puede presenciar; los actos y los hechos para ser aceptados deben ser creídos.

Por ello el Notario es la persona investida de fé pública, es decir, de una función auténtificadora, de la cual se puede decir que el Estado actúa en él.

Lo que originó que la fé pública paso a ser de una simple creencia, a una necesidad jurídica con obligatoriedad ante los individuos, puesto que es una verdad oficial que estamos obligados a creer.

La función notarial se ha enmarcado en las atribuciones del poder judicial o bien del poder ejecutivo.

En México, fué vigilada por el poder judicial hasta la Ley de 1901 y

III

posteriormente por el poder ejecutivo desde ese mismo año, así como es por circunstancias históricas, el notariado se encuentra controlado por el poder ejecutivo, pudiendo estarlo por el judicial o legislativo.

Se afirma que la fé pública es un atributo del Estado, pues es una manifestación de derecho aplicada a la validez y credibilidad de actos de la vida civil, por eso, el individuo que conforme a la Ley hace constar esos actos, que los reviste de solemnidad y les da fé pública simplemente está actuando en nombre del Estado y ejerciendo una función de éste.

Por lo tanto, la realización normal del derecho es uno de los fines del Estado y la fé pública es una de las instituciones que integran la publicidad jurídica.

Como nos daremos cuenta al transcurso del desarrollo del tema, la fé humana es pública o privada, pero la fé pública es fé del Estado, en virtud de que el acto o hecho sea evidente y se requiere que sea para todos los demás, lo cual puede o no ser solemne según lo establezca la Ley respectiva; es objetiva, puesto que consta en el documento, así el acto no se pierde; es fé escrita, y también es simultanea, puesto que se produce en el mismo acto.

Es indispensable que los actos privados estén revestidos de todos los

IV

requisitos necesarios para acreditar en cualquier momento o en todo momento que el hecho o el acto se produjo; porque el Estado estuvo presente a través de la intervención de un Notario.

Podremos apreciar que la fé pública Notarial se refiere siempre a actos extrajudiciales, pero no todos los actos extrajudiciales son de la competencia notarial, de ello emana que la actuación del notario tiene una finalidad fundamentalmente probatoria; si el instrumento notarial no probara nada, no habría fé pública notarial.

CAPITULO I

ANTECEDENTES HISTORICOS

A) Epoca Antigua

- a) Egipto
- b) Palestina
- c) Grecia
- d) Roma

1.- Epoca de Justiniano

2.- Epoca de Macedonio

B) Epoca Medieval

- a) Bolonia

C) Epoca Moderna

- a) España
- b) Francia

CAPITULO I

- 1 -

A) Epoca Antigua.

a) Egipto.

Don Emérito González comenta que "Los escribas egipcios, parece que conocían la escritura y los números, y eran en cierta manera, consejeros de faraones". (1)

El pueblo egipcio, como pocos, requirió de hombres de alta preparación, capaces de homologar a escrito sus normas jurídicas y sociales y de redactar los actos y contratos de la vida civil.

"Tales hombres se ocupan en la administración, generalmente sacerdotes, luego fueron escribas. Al principio redactaban solemnemente y después a través de fórmulas". (2)

Se afirma que existieron escribas sacerdotales encargados de la correcta redacción de los contratos, al lado de los cuales estaba el magistrado, funcionario que autentificaba el acto imponiendo su sello. Se ha dicho también que por estar el papiro egipcio más cerca de nuestro papel que el ladrillo babilónico o la tabla encerada romana, es en Egipto donde

(1) Emérito González Carlos, Derecho Notarial, La Ley, S.A. Editora e impresora, Buenos Aires, Argentina, 1971, pág. 44

(2) Zubiría Maqueo Emiliano, Conferencias del curso de actualización notarial, Bicentenario del Colegio de Notarios de México, Colegio de Notarios del Distrito Federal, México, 1992, pág. 203

encontramos una muestra más antigua de la forma de nuestros documentos. El profesor Seidl escribe: "En la época más antigua, entre los negocios de derecho privado vemos un documento garantizado por un sello oficial de cierre; en época posterior encontramos un documento sin sellar, pero garantizado frente a añadiduras o falseamientos posteriores por la observancia de un rígido formulario y la firma del notario (sic) y de los testigos, y en los últimos siglos, por lo menos, los archivos y los registros constitufan otra protección más contra aquellas alteraciones". (3)

"El escriba egipcio era un funcionario del Estado que cumplía su carrera administrativa dentro de un orden jerárquico, sometido al mando del superior y pasible de severas sanciones, llegando el caso". (4)

"Así nacieron los escribas dadores de la fé pública, primeramente escribas sacerdotales, luego escribas de la ley y por último escribas del pueblo". (5)

Como hemos visto en el pueblo egipcio, tienen carácter de funciones de autenticación las de los funcionarios agregados a persona de autoridad, en substitución de ésta, o por su mandato, imponfan el sello decerteza a los edictos y documentos oficiales. Así el Questor debe

(3) Carral y de Teresa Luis, *Derecho Notarial y Derecho Registral*, Editorial Porrúa, S.A., 3a. Edición, México, 1976, págs. 65 - 66.

(4) Bautista Pondé Eduardo, *Triptico Notarial, Naturaleza jurídica de la fé notarial. Fé de individualización y no fé de conocimiento. El notario no es un funcionario público*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1977, pág. 228.

(5) Zubirfa Maqueo Emiliano, ob. cit. pág. 203.

suscribir los restrictos para que puedan ser admitidos por los jueces y tribunales.

b) Palestina.

"La historia del notariado va unida a la historia del instrumento público. Varios autores pretenden encontrar en el pueblo Hebreo y sus escribas los precursores del notario contemporáneo. Se cree que eran funcionarios públicos vinculados a la autenticidad de las convenciones".⁽⁶⁾

Escriba era ante todo quien sabía leer y escribir, privilegio que los llevo a importantes funciones, y con ello a la interpretación y enseñanza del derecho.

Núñez Lagos, que tanto y tan bien escribió para gloria de los Notarios, manifiesta "Que el documento creó al Notario, aunque el Notario haga el documento... y agrega que sin aventurarse en profundizar en las antiguas civilizaciones orientales, ve como un punto de partida del documento el acto escrito para el repudio de la esposa de Moisés (Deuteronomio XXIV, 1), acto que posteriormente fue sometido a formas minuciosas: escritura de caracteres claros, en doce líneas, sobre papel más largo que ancho, sobre el cual no se perciba ninguna traza de raspadura, ni la tacha más ligera".⁽⁷⁾

(6) Emérito González Carlos, ob. cit. pág. 44.

(7) Zubirfa Maqueo Emiliano, ob. cit. pág. 202.

El escriba hebreo no pasaba de amanuense; la balbuciente vida jurídica de los pueblos primitivos, ejercida bajo el imperio de la buena fé y la invocación a dios como Ley Natural, determinó una comunidad prístinamente pura, por lo que la sociedad no necesitó echar mano de sanciones coercibles para garantizar la realización de los actos civiles, salvo la terrible Ley del Tali3n, citada en el C3digo de Hammurabi y aplicada con sentido general entre los hebreos, y por la cual se castigaba con pena igual al delito cometido; ojo por ojo, diente por diente.

"Parece que entre ellos existían varias clases de scribae (escribas del rey, de la ley, del pueblo, y del Estado), de los que suele afirmarse que ejercían fé pública, aunque no la prestaban de propia autoridad, sino por la que dimanaba de la persona de quien el escriba dependía; pero como parece que se les usaba por sus conocimientos caligráficos, se opina que estos escribas no eran notarios, sino amanuenses".⁽⁸⁾

El escriba del rey tenía como misión autenticar todos los actos y las resoluciones tomadas por el monarca; el escriba del estado actuaba a manera de secretario del Consejo de Estado y también era un eficaz colaborador en los tribunales de justicia; sus funciones podrían estar asimiladas a las de canciller.

La labor del escriba de la Ley era trascendente porque debía interpretarla, y es fácil advertir de qué manera podía

(8) Carral y de Teresa Luis, ob. cit., pág. 65.

influir en su aplicación.

En cuanto al escriba del pueblo, redactaba convenios entre la población, ya se tratara de convenciones matrimoniales o de contratos de compraventa o contratos de arrendamiento. Era un funcionario estatal que se ocupaba de estas tareas, y no un profesional que actuara libremente en el medio ambiente social.

"Escriba del rey, escriba del Estado, escriba de la Ley y escriba del pueblo, entre los hebreos, todos eran funcionarios públicos integrantes de la Administración Pública". ⁽⁹⁾

c) Grecia.

"Es un hecho histórico que en Grecia existieron oficiales públicos encargados de redactar documentos de los ciudadanos. Se habla de síngraphos y de los apógrafos y de un registro público llevado por los primeros, verdaderos notarios. Otros hablan de los funcionarios conocidos como Mnemon (Promnemon, etc.), de quienes se afirma estaban encargados de formalizar y registrar los tratados públicos y las convenciones y contratos privados". ⁽¹⁰⁾

(9) Bautista Pondé Eduardo, ob. cit. pág. 229.

(10) Carral y de Teresa Luis, ob. cit. pág. 66.

En Grecia esos escribas eran los logógrafos (de logo, palabra y grafo, grabar, escribir). Eran quiénes hacían los alegatos de los acusados y los discursos.

Funciones similares parece que tenían los escribas romanos.

Lo cierto es que se cree ver en tan remotos antecedentes el origen del notario actual. Por otro lado, se afirma ante la imposibilidad de pruebas históricas, convincentes y conociendo las exposiciones de los autores que sobre derecho notarial escribieron hasta los primeros años de este siglo, que el notariado en el mundo latino y especialmente en América tiene hoy funciones muy distintas a las de los antiguos antecedentes citados.

Su evolución, de simples personas que escribían a hombres conocedores del derecho, "puede afirmarse que recién nace en el siglo XIII, con la escuela de Bolonia, en donde aparecen los primeros instrumentos jurídicamente autorizados". (11)

Bautista Pondé comenta que: "... es duro que en la civilización griega, paradigma aún de la cultura de la humanidad, no se halle alguien cuyos relieves le den un atisbo notarial. Ni el mnemon, ni el hypermnemon, ni el síngrafo, ni el apógrafo, llegan con la mejor buena voluntad a adquirir un matiz similar al notario..." (12)

(11) Emérito González Carlos, ob. cit. pág. 44.

(12) Bautista Pondé Eduardo, ob. cit. pág. 229.

d) Roma.

"El cardenal DOEPFNER cree que el notariado latino se funda y apoya en la esfera eclesiástica y en el derecho romano. En la práctica de los tribunales clericales el documento notarial obtuvo desde el primer momento la significación de un argumento que no tenía necesidad de prueba alguna, y los notarios recibieron su siempre importante cualidad de funcionarios cuyos documentos gozan de fé pública". (13)

Los textos legales del derecho romano en sus diversas épocas permiten hablar de una multitud de personas a quienes de modo parcial está encomendada la misión Notarial. Entre los autores, así nacionales como extranjeros, se habla de "TABELLIO, TABULLARIUS, NOTARIUS, CURSOR, AMANUESIIS O EMANUENSIS, GRAFARIOS, LIBRARIUS, SCRIVARIUS, COGNITOR, ACTUARIUS, CHARTULARIUS, AXCEPTOR, LIBELENSE, CENSUALE, REEDENDARIUS O REFRENDARIS, SCRIBA, CONCILIARIUS, LOGOGRAPHIS, NUMERARIUS, CORNICULARIUS, DIÁSTOLEAS, EPISTOLARES Y ARGENTARIOS". (14)

Esta variedad de nomenclatura no prueba, en definitiva, sino que la función notarial está dispersa y atribuida a multitud de variados oficiales

(13) Gimenez-Arnau Enrique, Derecho Notarial, Editorial Ediciones Universidad de Navarra, S.A., Pamplona, España, pág. 88.

(14) Gimenez-Arnau Enrique, ob. cit. pág. 90.

públicos y privados, sin que originariamente se reúnan todas las atribuciones en una sola persona.

Debe tenerse presente, para darse cuenta de la evolución del Notariado romano, las transformaciones operadas en el curso de la historia de Roma en la forma contractual de éste Derecho. Aún en los momentos de mayor rigor formalista, la forma no es nunca documental como requisito de existencia. Es necesario que se pronuncien o escriban las palabras del rito contractual para que el contrato se produzca. La forma escrita, que acaba por predominar en las costumbres facilita la prueba; pero ni en sí misma, ni en la intervención del scriba, tabulario, tabellio o notario, es solemnizadora por sí, sino consignadora de un hecho de solemnidad que se produce al margen del documento. Facilita la prueba procesal, pero ni es requisito de solemnidad, ni siquiera tiene fé pública fehaciente: ésta le viene de la insinuación judicial (en la que se ve una función fideifaciente típicamente notarial), o, en definitiva, de los testigos que intervinieron o del testimonio del redactor.

Esta fé pública que se concede al documento por la firma del funcionario sigue en Roma, en la época del Derecho Civil y el honorario, un proceso de difusión y de extensión a quiénes desempeñan en el orden privado análogas funciones de consignación escrita de hechos y de actos. Lo que al principio sólo puede hacer un oficial público (testificar con carácter auténtico) acaba por poderlo hacer el que inicialmente no era sino hombre letrado, docto en leyes y caligrafía (sin que pueda señalarse con precisión un momento histórico exacto y preciso). A través del Tabularius y del

Tabellio, se llega a la figura del Notario. Este Notario no es el Notario actual, como hoy le concebimos en España, porque le falta la función legal de dar forma solemne a los actos siempre formalistas del Derecho romano; pero nunca en la total evolución de este Derecho la forma será producto de intervención oficial (que constituirá prueba de ella), sino resultado de la práctica de los ritos exigidos por la Ley (pronunciación de las palabras de la fórmula en la sponsio, entrega de las cosas en los contratos reales). Y cuando hace falta la forma escrita (contrato literal) los instrumentos son escritos que puede redactar cualquiera porque no se exige la intervención de tabulario o de tabellión.

Según opinión corriente entre los autores, el Tabulario precede históricamente al Tabellión. El primero tiene un origen de Derecho Público, mientras el segundo nace en las costumbres sociales.

En un principio los tabulari desempeñaron funciones oficiales del censo y seguramente por hábito en la custodia de documentos oficiales (entre los que el censo era de los más importantes) se generalizaría la práctica de que se les entregara en custodia los testamentos, contratos y actos jurídicos que los interesados estimaban debían guardarse con la prudencia debida para que, en su día, produjeran efectos. En cuanto a estos actos privados la custodia tabular no les imponía carácter de autenticidad; pero en cambio tenían fé pública los tabularios por lo que afectaba al censo, y al hecho de la entrega de los documentos privados que custodiaban.

En competencia con los tabulari, surgen en las costumbres sociales los tabelliones, profesionales con carácter privado que se dedicaban a redactar y conservar testamentos e instrumentos. Por ULPIANO tenemos ya noticia, tanto de los tabulari como de los tabelliones, lo cual prueba que tales cargos no fueron una creación del Derecho del Imperio, aunque fuera la Legislación Imperial la que al reglamentar sus funciones incrementa sus poderes de actuación, como se deduce de la Novela 43 en la que se exigía la intervención de testigo, la redacción de una minuta o scheda por el tabellión y la extensión de una copia en limpio (mundum) que debía llevar pegado un sello (protocolum).

1.- Epoca de Justiniano.

El crédito creciente que va cobrando el instrumento extendido por tabellión se pone de relieve en la Constitución del Emperador Justiniano, en la que para evitar que el otorgamiento fuera negado por la persona a que perjudicaba, se mandaba a los tabelliones la intervención personal en los contratos y la conservación de la scheda, sin encomendar este cuidado a los amanuenses.

En el reconocimiento de autenticidad a los documentos de los tabelliones influye la aparición de una clase de documentos al lado de los instrumenta publicae (que tienen carácter auténtico y no necesitan apoyo testifical) y los instrumenta private (que adquieren fuerza probatoria por la intervención y confirmación de los testigos). Esta nueva forma de

documentos es el redactado por tabulariis y tabelliones y se llama instrumenta pública confecta de los que dice Justiniano: "Sed et si instrumenta publicae confecta sint, licet tabellionum habeant supplementum, a dicitur et eis antiquum compleantur, sicut dictum est, testium, ex scripto, proesencia". (15)

Otras disposiciones del mismo Emperador relativas a la organización del tabellionato, prueban que ya en el Derecho romano del imperio, la figura del tabellión está muy próxima al moderno Notario.

2.- Epoca de Macedonio.

Completa la exposición de esta etapa histórica del Notario, la referencia a la Constitución de León el filósofo (respecto de la cual guardan silencio los autores italianos) que en España fue dada a conocer por Don Félix María Falguera que puso gran empeño en el descubrimiento de esta Constitución, citada por GODOFREDO y CUYACIO, y hallada, al fin, por el Notario de Manresa Don Juan Sempau en la Biblioteca del Vaticano (texto griego), quien descubrió también que el Abate Migne había publicado la traducción latina en su Patrología Grecolatina. Falguera rectificó en la monografía citada, los errores de traducción en que había incurrido el Abate Migne, ayudado por el Jesuita Moncunill.

(15) Gimenez-Arnau Enrique, ob. cit. pág. 92.

Se refiere esta Constitución a los requisitos para el ingreso o acceso al cargo de tabulario y en ella se exigen, no sólo requisitos y condiciones de carácter intelectual, acreditados en los correspondientes exámenes, sino elevadas condiciones morales pues no había de ser el aspirante hablador, porfiado o de conducta viciosa, sino de buenas costumbres y de singular prudencia.

Como conclusiones de esta breve exposición sobre el Notario en Roma, deseo destacar a título de resúmenes consideraciones fundamentales: La primera es que sí, al igual que en su evolución posterior, el Tabelión puede ser considerado meramente como un hombre de condición social inferior, aunque letrado, acaba por ganar un elevado rango social; y la segunda es que, de acuerdo con DURANDO, la intervención notarial no aprueba y auténtica los instrumentos sólo la insinuación judicial les da fé pública y fuerza probatoria.

De donde el Notario, en aquella época, es más profesional que funcionario. Y si bien tales afirmaciones han sido negadas, otorgándole carácter público al Notario romano, se hizo así por motivos polémicos, y para buscar en la fuerza del precedente del Derecho romano un argumento sólido en que apoyar la teoría de la autoridad de los actos notariales. "Mas esta falta de facultad autenticadora, no quita para que la Institución tenga ya en Roma caracteres de especialidad que sirvan para distinguirla, e íntimo parentesco con el Notario actual". ⁽¹⁶⁾

(16) Gimenez-Arnau Enrique, ob. cit. pág. 94.

"Los autores dicen que en Roma no son los notarios sino los jueces los que dan fé pública y fuerza probatoria a los actos, de lo que concluyen que el notario romano es más profesional que funcionario, lo que no impide que la Institución tenga ya en esa época ciertas características de especialidad que la distinguen de otras, y la acercan al concepto de notario actual". (17)

B) Epoca Medieval.

La civilización bárbara no representa ningún progreso en orden de las ideas jurídicas, sino más bien lo contrario. No existe la oposición que durante mucho tiempo se ha formulado como incontestable entre el Derecho romano y el de los pueblos germanos. Este fenómeno de repetición histórica de las Instituciones (al que más arriba aludo al tratar del entronque del Derecho romano con el heleno y el egipcio) se puede aplicar a las Instituciones jurídicas de los bárbaros, que si en el momento de la invasión difieren considerablemente de las romanas, es porque éstas han llegado a su pleno desarrollo, mientras aquellas corresponden a un período incipiente de otra nueva civilización, que triunfa sobre la romana cuando se encuentra en plena gestación cultural.

Esta época resulta un tanto incierta en cuanto a la historia del Notariado. Pero sin temor a errar, puede afirmarse que en todos los países

(17) Carral y de Teresa Luis, ob. cit. pág. 67.

del mundo se produce un ambiente social encaminado a que los escribanos (que siguen existiendo y actuando) refuerzen su papel de fidei-facientes . La carta notarial, el instrumento extendido y suscrito por Notario, tienen que cobrar necesariamente un creciente prestigio, pues sólo así se explica que ya en el siglo XIII aparezca el Notario como representante de la fé pública y su intervención de autenticidad a los documentos. Según Novati, en el año 1200 se reputaba la notarial como una verdadera ciencia y los notarios de aquel que entonces eran de gran elocuencia y tenía poder, riqueza y gloria.

Por otra parte, es digno destacar, al hacer la historia patria del Notariado y para que pueda reclamarse para Aragón la prioridad en el prestigio que concede a la función el hallazgo hecho por el profesor Del Arco en los archivos municipales de la Ciudad de Jaca. Allí se ha encontrado un manuscrito del siglo XVI (o principios del XVII) en el que se transcribe el Fuero general de Jaca, anterior a la compilación de Huesca de 1247 y anterior, por tanto, a las Partidas y al Fuero Real.

Los términos del Fuero no sólo sirven para demostrar la afición aragonesa a la carta o pacto escrito, sino que confieren obligatoriedad a la función notarial y otorgan a la carta sellada por Notario la máxima autoridad.

En todo caso, está fuera de toda duda la existencia de una rudimentaria organización notarial. Desde el tiempo de la dominación romana. Los pretores enviados a la Península Ibérica actuaron rodeados de

apparitores, entre los que, indudablemente, habría algún scribe. Posteriormente, bajo la dominación de los visigodos, y con referencia al siglo VII, San Isidro habla de que San Eladio fue notario palatino de los Reyes Sisebuto, Suintila y Sisenando. Con el nombre de Escribano o el de Notario va manteniéndose la Institución muy esquemáticamente regulada en el Fuero Juzgo, y de cuyos textos parece deducirse la existencia de Notarios Reales (Escribanos del Rey), Notarios Públicos no reales (Escribano comunal del pueblo) y Notarios privados de fé pública, que debían ser meros calígrafos o pendolistas. Respecto a Escribanos palatinos, "afirma Fernández Casado que su existencia se halla demostrada de modo que no da lugar a duda alguna. Existe una escritura del siglo XI, signada por un Notario Real: Garsias, Scriba Domini Regis hoc signum feci, y en el siglo XII abundan las cartas reales refrendadas por Notario paladino, verbigracia: Magister Mica notarius regis confirmo". (18)

Como Notarios privados, durante toda la Edad Media, debieron actuar los monjes. La confianza que debían inspirar los religiosos y su cultura inducen a pensarlo así. Por otra parte, como señala acertadamente Fernández Casado, si la iglesia prohibía a clérigos el ejercicio de la profesión notarial, era porque había quien de hecho la ejercía.

"Es en la Edad Media cuando el Notariado alcanza valor trascendente y se forja la imagen del Notario como jurisperito y es entre los siglos XII y XIII y en Bolonia cuando el Notariado como especialidad del

(18) Gimenez-Arnau Enrique, ob. cit. pág. 99.

derecho adquiere jerarquía y características profesionales". (19)

a) Bolonia.

Suele atribuirse a la Escuela de Bolonia la mayor influencia en el auge de la ciencia notarial, especialmente por los autores italianos. Pero aunque esta influencia sea cierta, no es temeridad afirmar que España (los reinos en que se ha dividido como consecuencia de la invasión el antiguo Imperio Visigótico) marcha a la cabeza del movimiento legislativo. Si en Italia, en 1200, el Notario tiene gran consideración, en Castilla el Fuero Real primero (1255) afirma que el oficio de Escribano es "público e honrado e comunal para todos" (20) y las Partidas después, en los títulos 16 y 19 de la Partida tercera, construyen el Notariado como función pública y regulan la actuación notarial con bases que han sido el sostén de la Institución hasta la Ley de 1862, ya que después de estas leyes, ninguna otra fundamental se dicta para el Notariado hasta el siglo pasado.

Aparece en Bolonia la Escuela del Notariado, que influye poderosamente en toda Europa. El ilustre Falguera difundió en nuestra patria la labor de esta Escuela, que en su tiempo también influyó en España, hasta el punto de que se conocían y estudiaban las obras de Rolandino. Posteriormente, el estudio de los tratadistas italianos han difundido el conocimiento de la labor de esta Escuela.

(19) Zubiría Maqueo Emiliano, ob. cit. pág. 207.

(20) Gimenez-Arnau Enrique, ob. cit. pág.96.

A la labor precursora de Irnerio (hacia fines del siglo XI parece fue escrito el *Formularium Tabelliorum* o *Formulario Irnerio*) hay que añadir la de Ranieri Di Perugia, autor de la *Ars Notarie*. Pero la gloria de esta Escuela corresponde a Rolandino Passagiero, llamado también Rolandino Rodulfino o Rolandino Rodulfo, nacido a principios del siglo XIII (1207), y que en 1234 es Notario de Bolonia y profesor que da lecciones públicas de Notaría.

Las obras escritas de Rolandino; son: La *Summa Artis Notarie* llamada también *Summa Aúrea*; *Diadema*, *Summa Rolandina* o *Summa Orlandina*, en la que parece se propuso corregir y mejorar las fórmulas notariales hasta entonces usadas (tiene tres partes, contratos, testamentos y juicios); La *Aurora*, que son comentarios a la *Summa*; El *Tractatus Notularum*, que es una exposición, o introducción a la ciencia de Notaría, en la que aparte del Derecho Notarial formal, hay un estudio de cuantos aspectos del derecho sustantivo interesan al Notario; Las *Flos Testamentorum* o *Flos Ultimarum Voluntatem*; y *De Officio Tabellionatus in villi vel castris*, de menor valor científico que el anterior, ya que constituye una serie de lecciones prácticas y consejos a los Notarios que hoy llamaríamos rurales.

El prestigio de la obra de Rolandino es enorme. Como hemos dicho, sus obras llegan a todos los países. De su autor se ha dicho que es la figura más grande que ha existido en el Notariado. Pero hay acaso algún exceso cuando se afirma que en sus obras descansa la Institución Notarial, que ha sido la norma creadora de la ciencia notarial y fundamento de la organización legislativa sobre el Notariado. Por grande y merecido que sea

el elogio, no se puede incurrir en exageraciones, ya que resultaría difícil en aquella época que hubieran podido influir, por ejemplo, en nuestro Fuero Real o en el Fuero General de Jaca, dictado con toda probabilidad antes de que Rolandino ingresara en la profesión notarial. Lo que ocurre es que, como afirma Falguera: "Su constancia en este estudio (el del Derecho Civil) y su talento natural le sugirieron la idea de enseñar el Derecho bajo un sistema diferente del que sirve para el estudio de la Abogacía, presentando las materias en un orden distinto y haciendo seguir los principios de sus aplicaciones a la redacción de los instrumentos públicos". (21)

Es decir, Rolandino es, en primer término, un gran Notario; conoce a fondo el Derecho de su época, y hace una exposición del mismo original y, además, concienzuda. Y con ello no solamente facilita un instrumento inapreciable de trabajo a las sucesivas generaciones de Notarios, sino que su cultura científica y su prestigio personal trascienden a la función que desempeña, y contribuye a enaltecer y hacer más noble y estimable la profesión del Arte Notarial.

C) Epoca Moderna.

a) España.

Además de los Colegios de Zaragoza, existieron en el Reino de Aragón los de Huesca, Tervel, Jaca, Barbastro, Calatayud y Borja, cuyo

(21) Gimenez-Arnau Enrique, ob. cit. pág. 102.

funcionamiento, en las líneas generales, así como los requisitos para ejercer el cargo, eran semejantes a los que reglamentaban el Colegio de notarios de Número y Caja. Estos requisitos eran: Tener un Título de aptitud; ser mayor de edad; poseer un capital propio de 4.000 escudos; llevar dos años de vecindad en Zaragoza, tres de práctica notarial y dos de judicial; hacer información de limpieza de sangre y ser aprobados en examen por la llamada Junta de los Nueve, y después por los asesores del Ayuntamiento. Los aspirantes habían de ser gentes de buena fama; no podían serlo los usureros y los que anduvieron de noche con música o frecuentaban la compañía de hombres de mala vida y fama.

En los pueblos y lugares de escasa población, los Notarios, por ser únicos o en número reducido, no tuvieron organización corporativa; pero aún así se tuvo bastante rigor en el nombramiento, a pesar de que también hubo en Aragón intentos de implantar el sistema castellano de enajenación de oficios, expresamente prohibido en 1449. Probablemente, en estas Notarías, que ahora llamaríamos rurales, fé pública judicial y fé pública extrajudicial, se ejercerían indistintamente por los Notarios, ya que no debió trascender fuera de la Ciudad del reino la pugna mantenida en Zaragoza entre los dos Colegios, el de Notarios de Número y Caja (a los que correspondía la fé pública extrajudicial) y los Notarios Reales de San Juan Evangelista, cuyas funciones extrajudiciales eran sumamente limitadas y resultan de los privilegios otorgados a los Notarios de Número.

La pugna entre los Notarios y los Escribanos se mantuvo hasta la publicación de la Ley del 62. El Colegio de San Juan Evangelista reclamó

reiteradamente, a principios del siglo XVIII, la ampliación de sus funciones a la órbita extrajudicial, a lo que los Notarios de caja se opusieron, consiguiendo éstos que se prohibiese a sus rivales el uso del nombre de Notarios y se llamase a su colegio, Colegio de Escribanos; disposición que en 1833 ratificó el Rey Don Fernando VII. Poco antes de publicarse la Ley del Notariado terciaron en la contienda los Actuarios de los Juzgados de Zaragoza, a los que por Real Ordenanza de 26 de agosto de 1860 se autorizó interinamente a que actuaran con las mismas facultades que los Notarios de Número. Pero esta autorización interina quedó definitivamente suspendida, después de publicada la Ley, por orden de la Dirección General del Notariado de 18 de junio de 1862. Sin embargo, los Escribanos del Colegio de San Juan consiguieron (Real Ordenanza de 5 de enero de 1864) que se les autorizase de por vida para ejercer la fé pública extrajudicial, con toda amplitud, en la Ciudad de Zaragoza, sus barrios y arrabales, fundándose en que gozaban de esa misma fé fuera de los puntos indicados. Disposición que, como dice acertadamente Fernández Casado "estaba en abierta contradicción con el artículo 10 del apéndice al Reglamento de 1862". (22)

En Cataluña, en 1294, en que se publicó el Código de las Costumbres de Tortosa. Exigía éste para el desempeño del cargo de Notario un examen previo ante el Veguer y los ciudadanos presentes en la Curia y que obtuviera un título expedido por dicho Veguer y los ciudadanos presentes en el examen. No se podía obtener este título sin tener veinticinco años, y se imponía a los designados el deber de ser leales, guardar secreto,

(22) Gimenez-Arnau Enrique, ob. cit. pág. 105.

redactar y guardar las notas originales de los contratos y hacer a los otorgantes las advertencias procedentes, especialmente en orden a la nulidad y comparecer ante los tribunales.

Aunque están confundidas la fé pública judicial y la extrajudicial, los Notarios gozan de gran prestigio. La incorporación de Barcelona a la Corona de Aragón hace pasar al Derecho Catalán gran parte de las disposiciones notariales aragonesas. Por otra parte, el rigor en las pruebas de examen, la limitación del número de Notarías y la existencia de cátedras de notariado, a imitación de Bolonia, hicieron que este prestigio se mantuviera, como lo reconoció el Decreto de Nueva Planta, a pesar de haberse dictado éste en 1716, como una disposición revanchista, que obedecía, no sólo al espíritu centralizador que traía la Casa de Borbón, sino también el deseo de castigar la rebeldía catalana, que había tomado el Partido del Archiduque pretendiente.

Nota muy característica del Notariado en Cataluña es la competencia que tienen que soportar con los Notarios eclesiásticos y con los curas y sus Tenientes en todas las zonas agrícolas, especialmente en territorios poco comunicados.

La organización se estableció a base de tres colegios: el Notarial y Real, el de Notarios de Número y el de Notarios Reales y causídicos de la ciudad de Barcelona.

En Valencia, es donde por primera vez se practica el sistema de

oposición, en el que se escogían los aspirantes más calificados. La confianza en la solvencia moral y científica de los Notarios llega a estos extremos que nos refiere Fernández Casado: "Una de las prerrogativas de que con más razón pudo envanecerse el Notariado valenciano fue la que dispensa a las partes y testigos del requisito de firmar las escrituras... Es más: ni aún él mismo (el Notario) necesitaba firmar singularmente los contratos ..., que sólo extendía en la parte esencial, etceterando las cláusulas generales". (23)

A partir de Felipe V, se resquebrajó la seriedad que había presidido los nombramientos, y acabó por penetrar la corrupción reinante en Castilla sobre provisión y enajenación de oficios.

En Mallorca, el Fuero de 1213 ya contenía disposiciones relativas al Notariado, que se sabe gozó de alta consideración y gran prestigio en la región, en cuya capital, Palma, existió desde antiguo un Colegio Notarial, en 1777, el Consejo Real acordó la subsistencia del Colegio de Notarios.

En el primer Código de Navarra, del siglo XI, se habló de los Escribanos, y también contienen normas acerca de ellos, el Amejoramiento del Fuero, de 1330, y la Novísima Recopilación de Navarra. El Fuero de Vizcaya dispuso, asimismo, para cada población, el número fijo de Notarios, y concedió fé pública exclusivamente a las escrituras autorizadas por ellos.

(23) Gimenez-Arnau Enrique, ob. cit. pág. 107.

b) Francia.

Al advenimiento de nuevos principios políticos a partir de los últimos años del siglo XVIII, corresponde una reforma fundamental de todas las Instituciones orgánicas y jurídicas de un país. No se produce una revolución sin que se alteren profundamente los principios del Derecho Privado, como repercusión de la alteración en los principios del Derecho Público. Nuevo concepto de Soberanía nueva concepción del Poder, que de unitario se divide en tres o cuatro grandes poderes, exigen la separación e independencia de la Magistratura y los Tribunales de Justicia.

La ocasión es inmejorable para poner fin a los dos grandes males que molestan a la Institución Notarial; confusión de la fé pública judicial y la extrajudicial, por un lado; enajenación de oficios por otro. Resuelve el primero la Ley francesa, aunque la solución no sea definitiva, ni, como acabamos de ver, tan original como se ha creído, pues aparte del precedente del Derecho aragonés, están la Ley italiana de 1775 y aun la misma francesa de 1791.

El segundo problema queda sin resolver, y lo atacan con más vigor otros países; no obstante lo cual, las medidas para selección de los Notarios, su tradicional discreción y hombría de bien, han permitido afirmar a un autor que el sistema inmobiliario francés, con todas sus imperfecciones, marchaba y cumplía su misión de asegurar el tráfico inmobiliario gracias a los Notarios "sobre los que

descansa todo el sistema". (24)

Original o no, es la Ley de Ventoso la primera que lleva al campo del Notariado las consecuencias de la revolución política, y si a ese hecho se añade la enorme influencia que produciría el Código de Napoleón, se explica la resonancia de este texto en todos los países, y que las leyes de ellos, en el período reformista, sean copias más o menos aproximadas del modelo francés. No sólo en España (fácil presa a principios del siglo XVIII de cualquier afrancesamiento) donde los reformistas, o reformadores, se gufen por el modelo francés, despreciando las tradiciones nacionales y olvidando nuestros textos legislativos forales. Austria, Piamonte, Portugal, Italia, principalmente, y en menos medida, Alemania, Inglaterra y Suiza, son también poderosamente influidas por la Legislación Notarial Francesa. Por lo que se refiere a los países de América del Sur, el espíritu de imitación de esas normas es unánime, porque se limitan a reproducir la Legislación española.

Ciertamente hoy, la mayoría de los países en reformas posteriores, han superado y mejorado considerablemente a su modelo. Pero eso no quita para que se señale, como fenómeno histórico de trascendental importancia en la historia del Notariado la Ley de 1803, que pone fin a una etapa y da comienzo a otra.

(24) Gimenez-Arnau Enrique, ob. cit. pág. 109.

Fueron las leyes francesas las que recogieron la organización y tradiciones del Notariado Latino y forjaron el molde que ha servido para que se fundieran con ese patrón las organizaciones notariales de multitud de países. Aunque las copias o imitaciones en alguna ocasión hayan mejorado el modelo, corresponde a Francia la gloria y el honor de haber sentado sobre muy sólidos cimientos la función notarial y la organización de la función.

Antes de la Revolución el Notariado en Francia había adquirido personalidad y autonomía; los Notarios ostentaban la delegación del poder real para autorizar contratos, archivar escrituras, matrices u originales (minutas) y expedir copias (grosses).

La Ley de 25 Ventoso del año XI (16 de marzo de 1803) ratifica esa función que no será ya delegación de poder regio, sino delegación del poder político del Estado. El Notario no ejerce una profesión liberal, ejerce una función; pero no es un funcionario administrativo: no le paga el Estado, ni está sometido a la jerarquía administrativa.

Las leyes posteriores no cambian lo fundamental del sistema: con arreglo a la Ordenanza vigente de 2 de noviembre de 1945 "Los Notarios son oficiales públicos establecidos para recibir todos los actos y contratos a los cuales las partes deban o quieran dar carácter de autenticidad inherente a los actos de la autoridad pública; y para asegurar en ellos la fecha, conservarlos en depósito y expedir copias, con o sin carácter ejecutivo".⁽²⁵⁾

(25) Gimenez-Arnau Enrique, ob. cit. pág. 122.

(Las ejecutivas se llaman GROSSES y las no ejecutivas EXPEDITIONS)

El ingreso en el Notariado exige la aprobación de un examen profesional: no se exige título universitario (aunque la mayoría de los Notarios franceses lo tienen), y desde la Ley de 20 de marzo de 1948 la profesión es accesible a las mujeres (en 31 de diciembre de 1959 había en Francia 28 mujeres Notarios).

Subsiste en Francia la patrimonialidad del cargo: pues aunque de derecho la Notaría no se puede vender, existe el derecho de presentación de un sucesor, que permite exigir a éste una indemnización.

Aparte las asociaciones voluntarias de Notarios, en cada departamento hay una Cámara de Disciplina; en la sede de cada Tribunal de Apelación (nuestras audiencias) un Consejo Regional; y bajo la dependencia del Guardasellos (Ministro de Justicia) un Consejo Superior del Notariado cuyas atribuciones son importantes y numerosas: prevenir y conciliar las diferencias entre las Cámaras de Notarios, o entre Notarios que no dependan de un mismo Consejo Regional: resolver esas mismas cuestiones con decisiones ejecutivas, e informar al Ministro (Guardasellos) cuando éste lo requiera, obre proyectos de leyes que interesen a la profesión o afecten a cuestiones profesionales.

La Ley de 25 de junio de 1973 introdujo modificaciones en el Estatuto de los Notarios. Sus disposiciones fundamentales son de carácter orgánico. Entre ellas, en el artículo 10 se regula la posibilidad de habilitar

uno o varios sustitutos, oficiales jurados (clers assermentés) que puedan verificar la lectura de la escritura y recoger (sin estar presente el Notario) la firma de las partes interesadas. El documento así firmado se considera auténtico, si posteriormente es firmado por el Notario. Pero no se admite esta delegación de funciones en las escrituras más importantes en las que se exija la presencia de dos Notarios o de dos testigos.

Otra Ley posterior (28 de diciembre de 1973) determina las condiciones que deben tener los clers assermantés para poder ser habilitados.

"Creemos que también es interesante hacer constar que la Ley de 26 de noviembre de 1971 había permitido la asociación de los Notarios de una misma residencia, de un mismo Departamento o Departamentos limítrofes". (26)

(26) Gimenez-Arnau Enrique, ob. cit. pág. 124.

CAPITULO II

BREVE RESEÑA HISTORICA EN EL DERECHO MEXICANO

A) Nueva España

- a) Disposiciones gubernamentales
- b) Organización notarial
- c) Real colegio de escribanos de México.

B) México Independiente.

- a) Decreto de 1834.
- b) Ley de 1853.
- c) Ley de 1867.
- d) Decreto de 1875.
- e) Ley de 1901.
- f) Ley de 1932.
- g) Ley de 1945.

A) Nueva España.

A Hernán Cortés, conquistador español, le fue otorgada la Escribanía del Ayuntamiento de Asúa, donde practicó su inclinación por las cuestiones del Notariado durante un lapso de cinco años, pero también obtuvo gracias a su valor en los campos de batalla una Escribanía en Santiago de Baracoa, fundada por Diego Velázquez en 1512, por lo que Cortés la atendió hasta el año de 1519, lo que le dan un total de quince años, trece de los cuales son en calidad de Escribano.

Con la ayuda del conquistador, las Leyes de Castilla, tuvieron gran auge por lo que no tardaron en aplicarse las de la práctica notarial; el 9 de agosto de 1525, se abre el volumen primero del protocolo de Juan Fernández del Castillo.

"Se trata de un mandato conferido por Mendoza Suárez a Martín del Río, para cobrar \$ 62.00 más cuatro tomines de oro de minas, a su deudor Pedro de Maya, otorgandole el número uno a esté instrumento". (27)

Los protocolos de esa época y la posterior, hasta el siglo XVII, nos muestran una riqueza de ejemplos de cómo la gente vivía y tenía relaciones entre sí. Se ha hablado de una "monomanía escrituraria" (28) ya

(27) Bañuelos Sánchez Froylan, Derecho Notarial, Interpretación, Teoría, Práctica y Jurisprudencia, Cardenas, Editor y Distribuidor, México, 1977, pág. 4.

(28) Carral y de Teresa Luis, ob. cit. pág. 78.

que todo entraba dentro de la esfera notarial.

Esa monomanía subsistiría, ya que la intervención del Notario facilita las cosas a los que no las comprenden y aun las hace con más perfección que los entendidos. De modo que hoy continuaría esa monomanía, si no fuese por la intervención cada vez mayor del fisco. Así como hace siglos se disponía por testamento de las cosas más pequeñas e insignificantes de un patrimonio, por la práctica sabemos que en nuestra época casi no se ha hablado en los actos de última voluntad, más que de bienes inmuebles o derechos reales sobre ellos, o bien de otros bienes o derechos que por estar evidentemente vinculados por el derecho positivo al patrimonio y persona del de "cujus", no podrán pasar "mortis causa" a otro, sino mediante su mención en los testamentos. "Ahora que ha suprimido totalmente en el D. F. y en muchos Estados de la República (que con el tiempo serán todos), el impuesto sucesorio, es posible que vuelvan las complejidades y minucias testamentarias de antaño". (29)

a) Disposiciones gubernamentales.

Entre las colecciones o recopilaciones que contienen disposiciones legales relacionadas con el ejercicio de la función notarial, deben mencionarse:

(29) Carral y de Teresa Luis, ob. cit. pág. 79.

El Cedulaario de Puga, que contiene dos reales cédulas; la primera determina que el real escribano de minas debe desempeñar personalmente su función; en tanto que la segunda determina que no debe cobrar honorarios excesivos.

En el Cedulaario Indiano de Diego de la Encina, se regulan las características y uso del libro protocolar; el sistema de archivación; el manejo del oficio de Escribanos de Gobernación, y de Escribanos de Cámara de Justicia. Siguen las disposiciones incluidas en la Recopilación de Indias, y en los Autores Acordes, o sean los Reales Decretos, Pragmáticos y Cédulas recopiladas hasta el año de 1775.

La Recopilación sumaria de todos los Autores Acordes de la Real Audiencia y Sala del Crimen.

Y las Pandectas Hispano-Mexicanas de Juan N. Rodríguez de San Miguel, que son una síntesis de disposiciones genuinamente mexicanas sobre el Notariado.

b) Organización notarial.

"En la Nueva España en forma similar a la gremial europea, se estructuraron las Cofradías, asociaciones de ayuda mutua, organizadas y constituidas a la sombra de la Iglesia, cuyos fines eran desarrollar sentimientos de piedad para rezar a Dios por el bien moral y material de los Cofrades,

fomentar el culto de los santos patronos y establecer Instituciones de beneficencia pública destinadas a socorrer a los compañeros menesterosos, ancianos, enfermos o lisiados". (30)

"Desde 1573 los escribanos de la Ciudad de México decidieron formar una Cofradía que llamaron De Los Cuatro Evangelistas, cuyas producciones y licencia son del año de 1592. En 1777 decayo la institución como agrupación de escribanos porque admitió en su seno a toda clase de personas". (31)

c) Real colegio de escribanos de México.

Un grupo de Escribanos de la Ciudad de México inició en 1776 gestiones ante el Rey para erigir su Colegio de Escribanos, semejante al establecimiento en Madrid. La Real Audiencia y el Consejo de Indias intervinieron en la redacción de la Constitución, la cual corregida debidamente, fue aprobada, y el 22 de junio de 1792, el Rey Don Felipe V, le participa a la Audiencia de México haber concedido a los Escribanos de Cámara, a los Reales y a los demás, autorización para que pudieran establecer su Colegio con el Título de Real, bajo la protección del Consejo de Indias, autorizado para usar un sello con armas reales y gozando de privilegios correspondientes. El 27 de diciembre de 1792 se erigió

(30) Zubirfa Maqueo Emiliano, ob. cit. pág. 215.

(31) Bañuelos Sánchez Froylan, ob. cit. pág. 4.

solemnemente el Real Colegio de Escribanos de México, bajo el patrocinio de los Cuatro Evangelistas.

Y es más, la Real Audiencia fundó el 24 de enero de 1793 una Academia de Enseñanza Notarial, a la cual debían concurrir cuando menos dos veces por mes los aspirantes a Escribanos, así como también crea el cargo de revisor de protocolo "a fin de que los tuviesen en desorden, los arreglasen inmediatamente" ⁽³²⁾, otorgaba certificados de competencia para el ejercicio del cargo, e inclusive, formó una biblioteca para uso y preparación de los estudiantes y de los escribanos.

Este Real Colegio de Escribanos de México, se cree que es el primero fundado en el continente; ha funcionado ininterrumpidamente desde su fundación y, actualmente se le llama y conoce por "Colegio de Notarios de la Ciudad de México".

"El Colegio de Notarios persiste a la fecha en su objeto de defensa y elevación moral, técnica y científica de sus agremiados, y desde su fundación como Real Colegio de Escribanos, a instancias de su primer rector Joseph Mariano Villaseca y con la aprobación de la Real Audiencia, se estableció una Academia de práctica para los pasantes o los pretendientes a la profesión". ⁽³³⁾

(32) Bañuelos Sánchez Froylan, ob. cit. pág. 4.

(33) Zubirfa Maqueo Emiliano, ob. cit. pág. 216.

En el año de 1900 su rector, deseoso de reorganizar las academias, citó a una junta general extraordinaria para estudiar el proyecto de reglamento del escribano Rafael Carpio, el que se aceptó con breves modificaciones. Las academias se realizaron en ese entonces, los martes de las 6.00 a las 7.30 horas.

B) México independiente.

Sabemos que de 1821 a 1867, no cesaron las disputas y luchas entre centralistas y federalistas.

a) Decreto de 1834.

(Federalista) El 30 de noviembre de 1834 se expide el Decreto sobre Organización de los juzgados del ramo civil y del criminal en el Distrito Federal. Estatuye que en cada juzgado de lo civil existieran anexos dos oficios públicos, vendibles y renunciables, servidos por los escribanos propietarios de ellos, o por sustitutos cuando proceda, conforme a lo establecido por la Ley. Esto indica que en cuanto al fondo la organización notarial española, no sufría modificación alguna.

b) Ley de 1853.

(Centralista) Don Antonio López de Santanna expidió el 16 de diciembre de 1853 la Ley para arreglo de la administración de Justicia en

los Tribunales y Juzgados del Fuero Común, para todo el país. Incluye en su título octavo, una nueva organización para los escribanos. Constituye la primera organización nacional del notariado. Se exige al "escribano público de la nación", ⁽³⁴⁾ ser mayor de veinticinco años; tener escritura de forma clara, conocimientos de gramática y aritmética y haber cursado dos años de una de las materias del Derecho Civil relacionadas con la escribanía, y otra de práctica forense y otorgamiento de documentos públicos; práctica de dos años; honradez y fidelidad; aprobar un examen ante el Supremo Tribunal, y obtener el título del Supremo Gobierno. Obliga la inscripción del título en el Colegio de Escribanos, así como el uso de firma y signo determinados y además inscritos en el Colegio. Conserva a los escribanos actuarios para el servicio de los tribunales y les encomienda el ejercicio de los oficios de hipoteca.

"Un aspecto muy interesante de esta Ley, es que declara en vigor todas las disposiciones legales anteriores, sean castellanas o nacionales". ⁽³⁵⁾

c) Ley de 1867.

En este año se dicta la "Ley Orgánica de Notarios y Actuarios del Distrito Federal". En ella se dice que Notario es el funcionario que reduce a instrumento público, los actos, contratos y últimas voluntades; en tanto

(34) Carral y de Teresa Luis, ob. cit. pág. 81.

(35) Carral y de Teresa Luis, ob. cit. pág. 81.

que Actuario, es la persona destinada para autorizar los decretos de los jueces, árbitros y arbitradores, siendo ambas funciones incompatibles entre sí; determinando que es atribución exclusiva de los notarios, la de autorizar en sus protocolos toda clase de instrumentos públicos; señala como requisitos de ingreso para los notarios: ser abogado; o haber cursado dos años de preparatoria, más dos de estudios profesionales que incluían cursos elementales de derecho civil, mercantil, procesal y notarial; ser ciudadano mexicano por nacimiento; no menos de veinticinco años, sin impedimento físico habitual, ni haber sido condenado a pena corporal, tener buenas costumbres y una conducta que inspirase al público la confianza en él depositada. "Además de pasar un primer examen de dos horas ante el Colegio, aprobado, debía presentar un segundo ante el Tribunal Superior de Justicia, que duraba una hora; con la certificación del Tribunal ocurría por su título al gobierno para que pudiera expedirle el FIAT". (36)

"No había limitaciones de número y su jurisdicción era toda la entidad". (37)

El protocolo se formaba por acumulación de pliegos en papel sellado; se cerraba en junio y diciembre de cada año, verificándose los instrumentos otorgados. Todo se encuadraba cada seis meses y se llevaba un registro cronológico de instrumentos.

(36) Bañuelos Sánchez Froylan, ob. cit. pág. 6.

(37) Carral y de Teresa Luis, ob. cit. pág. 82.

Es de notar que continuaron como válidos los oficios públicos visitas. Los Notarios debían tener sus despachos fuera de sus casas, en un vendibles y renunciables. El gobierno vigilaba los protocolos mediante paraje céntrico, y sus archivos eran particulares. "Por esta Ley se inició el acceso de los abogados al campo del notariado, y la mayor cultura jurídica de éstos hizo fueran aumentando en número, y estableciendo una costumbre que más tarde se convirtió en Ley". (38)

d) Decreto de 1875.

El Presidente Lerdo de Tejada, por Decreto de 28 de mayo de 1875, declara la profesión libre del Notariado.

e) Ley de 1901.

Durante la Presidencia del General Porfirio Díaz, es promulgada la Ley del Notariado el 14 de diciembre de 1901, y que entró en vigor en enero de 1902. Entre los méritos de esta Ley, se cuenta: "la medida más trascendental fue elevar al notariado al rango de las instituciones públicas; su exposición de motivos es interesante; explica que independientemente de que el notario debe ser un profesor de derecho, debe quedar sujeto al gobierno; quien ha de nombrarlo y vigilarlo, así como limitar el número de

(38) Carral y de Teresa Luis, ob. cit. pág. 82.

notarios; obliga a que el notario actúe asistido de testigos instrumentales, creando los aspirantes adscritos a los notarios, para que substituyan a los testigos, aunque sin excluir a éstos absolutamente; fija reglas para ciertos instrumentos, como son protestos, notificaciones, protocolizaciones, etc., no haciendo distinción entre escritura y acta, aquella por cuanto a contenido de un acto jurídico; y a ésta, por lo que concierne al contenido de un hecho jurídico. Esta Ley, por vez primera, exige al notario el otorgamiento de una fianza para garantizar responsabilidades en que pudiera incurrir en su actuación; fija a cincuenta el número de notarios e incluye el arancel correspondiente". (39)

"Se prohibió que el notario se dedicara al libre ejercicio de la profesión de abogado. Esta Ley, es un paso más que se da hacia la actual organización del notariado en el Distrito Federal". (40)

f) Ley de 1932.

Aparece ahora la Ley del Notariado de 9 de enero de 1932. En parte, afirma algunos conceptos y moderniza con otros la que deroga la anteriormente citada, Ley de 1901. Dicha Ley sostiene que la función notarial es de orden público y sólo puede provenir del Estado; define al Notario diciendo que es el funcionario dotado de fé pública para hacer constar los actos y hechos a los que los interesados deban o quieran dar

(39) Bañuelos Sánchez Froylan, ob. cit. pág. 6.

(40) Carral y de Teresa Luis, ob. cit. pág. 83.

autenticidad conforme a las leyes; conserva el sistema de notarios titulares y de notarios adscritos; por cuanto al notario adscrito, su actuación la reviste de más importancia, ya que lo autoriza para actuar, indistintamente con el número, independiente uno del otro y sin necesidad de recurrir a testigos de asistencia, en la autorización de cualquier instrumento; el adscrito suple al de número en sus faltas temporales; y si se trata de cesación definitiva del titular, el adscrito lo substituye si ha estado en funciones de tal y ejerciendo el cargo durante más de un año, inmediato anterior a la cesación, y en caso contrario, el nombramiento del notario debería recaer en el aspirante más antiguo; suprime el libro de extractos y obliga a llevar un índice por duplicado; fija en sesenta y dos las notarías en el Distrito Federal y, cualquier notario, puede actuar en todo el territorio de esa entidad; prohíbe al notario el ejercicio de la profesión de abogado. "Más sin embargo, se le autoriza a desempeñar cargos de consejero jurídico o comisario de sociedades, así como para resolver consultas verbales o por escrito, pudiendo ser árbitro o secretario en juicio arbitral, pudiendo también redactar contratos privados u otros, aunque hayan de autorizarse por distintos funcionarios". (41)

g) Ley de 1945.

Finalmente llegamos a la Ley del Notariado para el Distrito Federal, de 31 de diciembre de 1945. Fue publicada en el "Diario Oficial"

(41) Bañuelos Sánchez Froylan, ob. cit. pág. 6.

1946. El nombre actual de esta Ley, fue reformado para quedar como se indica, por el artículo cuadragésimo octavo de la Ley que reforma diversas leyes para concordarlas con el Decreto que reformó el artículo 43 y demás relativos de la Constitución General de la República, y que fuera publicado también en el "Diario Oficial" de fecha 23 de diciembre de 1974. Su vigencia: treinta días después de habersele publicado en el periódico oficial antes citado, según lo determina el artículo primero transitorio, data por consecuencia, a partir del 23 de marzo de 1946.

"Reitera el carácter público de la función y la fase de profesional del derecho que tiene el notario, por lo cual está obligado a guardar el secreto profesional. Precisa que el notario está investido de fé pública para hacer constar los actos y hechos jurídicos a los que los interesados deban o quieran dar autenticidad conforme a las leyes". (42)

Establece diversas incompatibilidades de la función. En cambio se autoriza al notario para aceptar determinados cargos como de instrucción pública y otros.

Desaparecen las divisiones territoriales, y el notario para el Distrito Federal puede actuar en toda la entidad. El protocolo continúa constituido por libros empastados, y en número máximo de diez en uso.

Esta Ley tiene la cualidad de distinguir claramente entre el

(42) Carral y de Teresa Luis, ob. cit. pág. 84.

instrumento-escritura y el instrumento-acta que se basa en la diferencia del contenido, pues si el primer caso es un negocio jurídico, en el segundo el contenido es un hecho jurídico.

Suprime las minutas que sólo daban derecho a obligar a la contraparte a otorgar en escritura pública el contrato que contenía la minuta. Demostraron ser inútiles, peligrosas y nunca comprendidas por los interesados en sus alcances y efectos legales, por lo que fue un acierto su supresión.

El número de notarios se fija en ciento treinta y cuatro, habiendo pasado a ser titulares los adscritos que en 1945 llenaban determinadas condiciones. El ejecutivo está autorizado a crear más notarías, según las necesidades de la entidad, y las que se creen tendrán que ser provistas por oposición.

De todas las muy útiles reformas que se incluyen en esta Ley, la de más trascendencia es indiscutiblemente el sistema de examen de oposición, que obliga a todos los aspirantes al notariado, a prepararse técnicamente, tanto en la teoría como en la práctica, para estar en aptitud de hacer un buen papel en esos exámenes, ya que aunque el suyo sea brillante, no le dará derecho a ocupar la vacante, si no es aún más brillante que el de los demás aspirantes que se presenten a la oposición. De esta manera, se acaba con la provisión de notarías hecha a base de compadrazgos, y han desaparecido del panorama, en lo que cabe, los notarios mercenarios, cuya única cualidad era tener relaciones y triunfar económicamente, aunque su intervención fuese

deslucida y aun a veces desagradable. "A la oposición deberemos el positivo enaltecimiento de la profesión notarial en nuestra patria". (43)

(43) Carral y de Teresa Luis, *ob. cit.* pág. 86.

Para poder entender que es la fé pública, es indispensable estudiar o analizar, que es simplemente la fé.

"Fé es, por definición, la creencia que se da a las cosas por la autoridad del que las dice o por la fama pública. Etimológicamente deriva de FIDES; indirectamente del griego (peitheio), yo persuado". (44)

Por lo que regularmente se dice que se tiene la creencia, la convicción, la persuasión, la certeza, la seguridad o la confianza, significa que existe una relación de verdad entre el hecho y el dicho.

San Agustín dice que "... A la fé nadie puede ser obligado ..." (45), refiriéndose a su acepción más simple de creencia en lo que no se ve.

Pero de un modo individual se puede referir al hombre aislado, así como en su aspecto social o colectivo, respecto a la totalidad o a la mayoría de personas o individuos de un determinado grupo social.

"La fé individual, depende de cada sujeto, se forma en nosotros mismos y llegamos a ella o bien por un proceso intelectual fundado en hechos relacionados por nuestra razón, o bien por este mismo método racional apoyado y robustecido". (46)

(44) Bañuelos Sánchez Froylan, ob. cit. pág. 32.

(45) Carral y de Teresa Luis, ob. cit. pág. 51.

(46) Bañuelos Sánchez Froylan, ob. cit. pág. 18.

El hombre requiere tener certeza de ciertos acontecimientos aunque no los perciba por los medios extrínsecos, de ahí la necesidad de dar fé o crédito a hechos o dichos que no son percibidos por nuestros sentidos y que nos llegan por la autoridad del dicho ajeno o por la credibilidad que atribuimos a determinados hechos a determinados hechos físicos o gráficos cuya existencia es prueba de la verdad de otro hecho o circunstancia.

Froylan Bañuelos Sánchez, nos dice que cuando se trata de la fé pública o colectiva, puede llegarse a una convicción o creencia común por una suma de procesos intelectuales y este creer colectivo da lugar a lo que pudiera llamarse la fé pública en un sentido vulgar.

Podemos asegurar que quiénes nos hablan de fé casi siempre contemplan la fé religiosa, que es un don. Cuando se recibe ese don, se tiene fé, y si la gracia no nos es dada, es inútil forzar el espíritu.

"La fé divina es, objetivamente, un conjunto de verdades reveladas por Dios; subjetivamente, es el acto de fé". (47)

Se dice que no tiene fé el que no cree en algo.

(47) Carral y de Teresa Luis, ob. cit. pág. 51.

CAPITULO III

LA FE PUBLICA

- A) Conceptos doctrinarios.**
- B) Concepto jurídico.**
- C) La idea de fé pública.**
- D) El concepto de fé pública.**
- E) El contenido de la fé pública**
- F) La función de la fé pública**
- G) La eficacia procesal de la fé pública.**
- H) La eficacia substancial de la fé pública.**

A) Conceptos doctrinarios.

En un sentido vulgar no coincide con el sentido jurídico que la expresión tiene.

"Jurídicamente, la fé 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, sino por virtud de un imperativo jurídico o coacción que nos obliga a tener por ciertos determinados hechos o acontecimientos, sin que podamos decidir autóctonamente, sobre su objetiva verdad cada uno de los que formamos el ente social". (48)

Por eso se inviste a una persona de fé pública, es decir, de una función autenticadora de modo que al expedir el documento pueda decirse que está presente el Estado, puesto, que en nombre de éste obra.

Así, la fé pública, pasó a ser, de una simple creencia, a una necesidad jurídica que obliga a las personas a considerar auténticos los actos y hechos jurídicos sometidos a la fé pública, es una verdad oficial que todos estamos obligados a creer.

Gonzalo de las Casas dice que la fé pública es "... presunción legal de veracidad respecto a ciertos funcionarios a quienes la Ley reconoce

(48) Bañuelos Sánchez Froylan, ob. cit. pág. 18.

como probos y verdaderos, facultándolos para darla a los hechos y convenciones que pasan entre los ciudadanos ..." (49)

Las ideas que forman el concepto puramente intelectual de la fé pública son, entre otras, las de testimonio, solemnidad y presunción legal de veracidad. Así pues, la fé pública se convierte en una necesidad de carácter jurídico que nos obliga a estimar como auténticos e indiscutibles los hechos o actos sometidos a su amparo, queramos o no queramos creer en ellos.

Por lo tanto, si se compara el dar fé en sentido vulgar o gramaticalmente hablando es prestar crédito a lo que otra persona o autoridad manifiesta, es una actitud pasiva del individuo, en cambio, dar fé jurídicamente hablando, significa atestiguar solemnemente, es un acto positivo.

B) Concepto jurídico.

El concepto de fé pública se asocia a la función notarial de manera más directa que a cualquier otra actividad humana.

El escribano da fé de cuanto ha percibido; y el derecho da fé a lo que el escribano asegura haber percibido. Esa fé es, además, pública. Lo

(49) Bañuelos Sánchez Froylan, ob. cit. pág. 19.

es en términos generales, en cuanto emana del escribano, porque éste desempeña una función pública; y lo es, además del público.

Estas circunstancias han contribuido a dar al escribano su nombre propio. Se ha acostumbrado siempre a llamar a este profesional del derecho con un nombre derivado de las cosas de las que el se sirve: escribano, por su oficio de escribir; notario, por las notas de su registro; tabelión, de las "tablas" que fueron su instrumento; actuario, por las actas de su ejercicio; cartulario, por los papeles (charta) de su labor. Su más reciente denominación de fedatario deriva directamente de su función específica de "dar fé" de los actos que pasan ante él.

Pero el concepto de fé pública, como en muchos otros conceptos jurídicos, la precisión es sólo aparente y a medida que se medita sobre él se advierte de qué manera se va ensanchando y perdiendo precisión.

Así, por ejemplo, en numerosas definiciones se hace extensiva a los funcionarios públicos, aunque no sean escribanos, la misión, de dar fé o certificar determinados hechos: lo que constituye, ya de por sí, una primera extensión del concepto.

De inmediato se advierte una nueva extensión que consiste en prolongar la idea de fé pública hacia objetos que no son documentos públicos, sino meramente privados. Tal cosa sucede, por ejemplo, cuando en el Código Penal se califica la falsificación de documentos privados como delitos contra la fé pública. Con un simple paso más, la fé pública se

extiende a cosas que ni siquiera son documentos, como ocurre con las monedas o con el cuño que lleva la imprenta del Estado.

"Ocurre, entonces, que la fé pública ha perdido su originario contenido y, en lugar de ser una atentación de la autoridad, se ha convertido en un símbolo o una mera representación. Ya evadido de su primitivo contenido, el concepto de fé pública se transforma en una mera opinión, espontánea unas veces, impuestas por el Estado otras". ⁽⁵⁰⁾

C) La idea de fé pública.

Como lo manifiesto al inicio de este capítulo, fé es, por definición, la creencia que se da a las cosas por la autoridad del que las dice o por la fama pública. Etimológicamente deriva de fides; indirectamente del griego (peitheio), yo persuado.

Pública, quiere decir notoria, patente, manifiesta, que la ven o la saben todos. Etimológicamente, quiere decir, "del pueblo" (populicum).

Fé pública vendría a ser, entonces, en el sentido literal de sus dos extremos, creencia notoria o manifiesta.

Es evidente que cuando usamos este concepto en el lenguaje

(50) Bañuelos Sánchez Froylan, ob. cit. pág.29.

jurídico realizamos un juicio lógico: afirmamos que esta fé o creencia es pública y no privada; esta fé no privada tiene un contenido jurídico, no religioso, ni político, ni simplemente amistoso.

Peró la fé pública, ¿es, en realidad, una creencia notoria o manifiesta de carácter jurídico?

Una primera acepción, restringida, de la fé pública, es la que la adscribe al instrumento notarial.

Numerosas definiciones reputan que lo propio, lo específico, de la fé pública, lo constituye su emanación notarial.

Existen, además, muchas definiciones que atribuyen fé pública a los corredores, cónsules, y en larga medida, a funcionarios u oficiales públicos.

Esta idea fue, por lo demás, dominante en el derecho clásico. Como se verá más adelante, la escritura pública no es, históricamente, sino una emanación del instrumento público y, más específicamente, de la sentencia judicial. La fé pública de la escritura pública no es, pues, aparentemente, una fé distinta en su esencia de la fé pública del instrumento público. "Dentro de nuestros textos legales el instrumento público es un género y la escritura pública es una especie dentro del género de los

instrumentos públicos". (51)

D) El concepto de fé pública.

Para que se pueda entender el concepto de fé pública, es necesario delimitar que es la buena fé.

Bañuelos Sánchez se pregunta "... la fé pública, ¿es la buena fé o es un concepto diferente?

La buena fé es un estado psicológico colectivo, una cierta forma de salud espiritual que hace que los hombres crean en la realidad de las apariencias. La buena fé nos induce a creer que el semejante que se acerca a nosotros no lo hace para matarnos, sino para conversar; que la carta que recibimos con la firma de nuestro amigo pertenece, en realidad, a nuestro amigo; que el agente de la autoridad que viste el uniforme es, efectivamente, un agente público y no un usurpador". (52)

La buena fé es lo normal en la vida psicológica, como la salud es lo normal en la vida fisiológica. La doctrina del derecho civil ya ha admitido la buena fé como una forma de creencia insita en la vida social.

(51) Universidad Nacional Autónoma de México, Facultad de Derecho, División de estudios de postgrado, Derecho Notarial, Unidad I, El Notario, México, 1989, pág. 137

(52) Bañuelos Sánchez Froylan, ob. cit. pág. 37.

La fé pública no es una creencia, sino una atestación calificada. El funcionario cuyos documentos hacen fé, asevera lo que ante él ha ocurrido, lo representa en el documento y esa representación es tenida por cierta dentro de los límites que determina el derecho positivo.

No se trata, pues, de la creencia del pueblo, sino más bien de una declaración dirigida hacia el pueblo para que se crea bajo la fé del funcionario que presencio los hechos.

E) El contenido de la fé pública.

La fé pública es, una calidad. Pero como toda calidad, es inherente a una substancia. El problema se desplaza, entonces, hacia el punto de saber cuál es la substancia o contenido de la fé pública.

"Esa aseveración, por su parte, es una representación. Los hechos que han ocurrido bajo los sentidos del escribano, aparecen en el documento representados, vale decir, presentados nuevamente, bajo la forma escrita". (53)

Bien podemos afirmar, en consecuencia, que el contenido de la fé pública es su calidad representativa de los hechos.

(53) Bañuelos Sánchez Froylan, ob. cit. pág. 47.

El contenido de la fé pública es el valor representativo de la aseveración notarial.

En los actos no solemnes, el contenido es puramente probatorio. La aseveración notarial vale por el cúmulo de elementos que rodean su contenido representativo. La Ley da, por las mismas razones que se verán más adelante, una significación probatoria excepcional a esa aseveración. Pero aun la aseveración notarial en los actos solemnes, tiene un contenido probatorio.

"La fé pública del acto solemne es en su significación inmediata una cobertura protectora del acto, inseparable jurídicamente de su substancia; pero en su significación mediata vale por su plenitud probatoria y por su poder demostrativo de la verdad jurídica".⁽⁵⁴⁾

F) La función de la fé pública.

Por función de la fé pública debemos entender aquello que la fé pública cumple o realiza en el orden del derecho. Entre el estudio de la función y el del contenido, media una clara diferencia. En tanto el examen del contenido nos dice lo que la fé pública es (una forma particular de representación de los hechos y actos jurídicos), el estudio de la función nos enseña como la fé pública realiza esa representación.

(54) Bañuelos Sánchez Froylan, ob. cit. pág. 47.

"La función analiza tan sólo el modo de actuar de la fé pública". ⁽⁵⁵⁾

"La función de la fé pública no es sino la función del poder certificante del Estado, cumplida por éste mediante los escribanos públicos. Ese poder certificante consiste, en términos generales, en la potestad de atestiguar la verdad de los hechos que han ocurrido en presencia del autorizante, en nombre del Estado". ⁽⁵⁶⁾

G) La eficacia procesal de la fé pública.

La fé pública, es una calidad inherente al instrumento notarial. Pero esa calidad tiene, a su vez, una medida de eficacia probatoria. "La fé pública vale tanto cuanto valga a los fines de la prueba y del nacimiento de un derecho". ⁽⁵⁷⁾

Desde el siglo XIII, los documentos públicos autorizados por notario, se llaman instrumentos públicos, y esto equivale a decir que cualquier Código es posterior a la Ley que regula el instrumento público. "Los Códigos Civiles hablan excepcionalmente de la forma de los negocios jurídicos. Sí contienen, en cambio, ciertos preceptos de forma y prueba del negocio y de eficacia del instrumento; preceptos que por su naturaleza son

(55) Bañuelos Sánchez Froylan, ob. cit. pág. 55.

(56) Bañuelos Sánchez Froylan, ob. cit. pág. 58.

(57) Bañuelos Sánchez Froylan, ob. cit. pág. 70.

estrictamente notariales". (58)

El instrumento notarial prueba lo que la Ley dice que prueba.

H) La eficacia substancial de la fé pública.

"Cuando distinguimos entre eficacia procesal y substancial de la fé pública, partimos de la base de que el documento notarial está llamado a cumplir en el comercio jurídico una doble función: una primera, inmediata, destinada a crear en torno del derecho la misma sensación de pacífica certidumbre que en el derecho de los bienes apareja, según las ideas ya expuestas, la posesión: una segunda, mediata, deriva del hecho de que si se llegara a producir un conflicto acerca del derecho documentado en el instrumento notarial, él será decidido sobre la base de la verdad de los hechos representados en el documento". (59)

(58) Carral y de Teresa Luis, ob. cit. pág. 20.

(59) Bañuelos Sánchez Froylan, ob. cit. pág. 87.

CAPITULO IV

EL DERECHO NOTARIAL Y LA FE PUBLICA

- A) Concepto y definición.**
- B) Definición de Notario.**
- C) Concepto de la fé notarial y su relación con la fé pública.**
- D) Naturaleza.**
 - a) Fé pública y función notarial.
 - b) Autenticación.
 - c) Legalización.
 - d) Legitimación.
- E) Importancia jurídica.**
- F) Objeto.**
 - a) Caracteres de la función notarial.
 - b) Relación entre la función notarial y la función pública.
- G) Eficacia procesal.**
 - a) Alcance del precepto ``instrumenta publica probant se ipsa''.
 - b) Limites objetivos y subjetivos.
 - c) Eficacia probatoria de la escritura pública.
 - d) Eficacia probatoria del instrumento notarial especial y no especialmente previsto en la Ley.
- H) Eficacia substancial.**
 - a) Significado.
 - b) Fé pública y responsabilidad

A) Concepto y definición.

Como acertadamente menciona Froylan Bañuelos Sánchez, decir Derecho Notarial, es hacer referencia a su realidad y existencia jurídica, y los aspectos que lo destacan pueden concretarse a los siguientes:

- 1.- Es Positivo, es decir, reconocido por la Ley;
- 2.- Es Normativo, puesto que se valora substancial y formalmente por los preceptos que gobiernan y disciplinan las declaraciones unilaterales de la voluntad humana;
- 3.- Es Genérico, en virtud a que se rige para todos en cuanto favorezca o afecte por igual; y
- 4.- Es Autenticador, o lo que es igual, refleja veracidad, fé pública.

Bajo el punto de vista de los valores mencionados anteriormente, se puede definir al Derecho Notarial como "... el conjunto de normas positivas y genéricas que gobiernan y disciplinan las declaraciones humanas formuladas bajo el signo de la autenticidad pública". ⁽⁶⁰⁾

La definición enunciada no es definitiva, puesto que es una de muchas otras que diferentes notarialistas tienen, pero que puede ser la que

(60) Bañuelos Sánchez Froylan, ob. cit. pág. 13.

nos de una pauta o ruta a seguir, tratando de encontrar la más acertada posible, desde luego, tomando lo esencial de cada uno de ellos.

Gimenez-Arnau, nos comenta que para poder abordar el tema y no caer en un círculo vicioso que nos lleve de un lado a otro, es decir, tomando conceptos sustantivos de "Notario", "Función Notarial" o "Instrumento Público" es necesario tener en cuenta que "... aunque la función sea la que crea el órgano y órgano y función conjugados, sean los que crean la normativa, al final es esa normativa la que el orden científico y didáctico se lleva la primacía: como se la lleva en el orden jurídico práctico la función (por su trascendencia jurídico social); y como se la lleva en el orden social el funcionario, aquel que, por atribución legal, desempeña la función..." (61)

Por lo que éste autor considera apropiado empezar por el concepto del Derecho Notarial, tratando de llegar al más completo posible y para él Derecho Notarial es "... el conjunto de doctrinas o normas jurídicas que regulan la organización de la función notarial y la teoría formal del instrumento público..." (62)

Esta definición enfoca al Derecho Notarial desde dos puntos de vista:

1.- Como Derecho Positivo, ya que se refiere al conjunto de normas jurídicas; y

(61) Gimenez-Arnau Enrique, ob. cit. pág. 25.

(62) Gimenez-Arnau Enrique, ob. cit. pág. 30.

2.- Como Derecho Científico, porque alude al conjunto de doctrinas.

Por lo que esta muy apegada a la organización de la función notarial y a la Teoría formal del instrumento público, en virtud, de que contiene los fines que persigue el Derecho Notarial.

Mengual y Mengual, nos da una definición similar a la antes expuesta, en cuanto a que la define en dos sentidos, siendo el positivo el más acorde a la definición de Gimenez-Arnau.

"En sentido positivo, lo considera como el conjunto de normas jurídicas de carácter positivo que regulan el funcionamiento y organización de la institución notarial en los distintos países; y en sentido doctrinal, es aquella rama científica del derecho público que, constituyendo un todo orgánico, sanciona en forma fehaciente las relaciones jurídicas voluntarias y extrajudiciales mediante la intervención de un funcionario que obra por delegación del poder público". ⁽⁶³⁾

Lo cierto del concepto de derecho notarial es que tiene o existen dos elementos substanciales: el instrumento público y el notario, es decir, el primero es la cosa que nos muestra la existencia de un negocio jurídico; y el segundo, el hombre que lo hace en ejercicio de una función que llamamos fedataria, la cual es conferida por el Estado dando validez y

(63) Bañuelos Sánchez Froylan, ob. cit. pág. 14.

seguridad jurídica a cuanto instrumento sea autorizado por él, o sea, el Notario o Escribano Público.

B) Definición de notario.

La Ley del Notariado para el Distrito Federal en su artículo 10 lo define como "... Notario es un licenciado en derecho investido de fé pública, facultado para autenticar y dar forma en los términos de Ley a los instrumentos en que se consignent los actos y hechos jurídicos.

La formulación de los instrumentos se hará a petición de parte..." (64)

Esta definición que obviamente ha tenido demasiados cambios en toda su historia, es la actual, la cual ya no determina o hace especial referencia al sexo, debido a la madurez social que ha permitido reconocer la capacidad de la mujer para el desempeño de múltiples cargos, en este caso el de Notario.

Ya que la Ley del Notariado de 1945 en su artículo segundo definía al notario como:

(64) Codificación Notarial, Ley del Notariado para el Distrito Federal, Ediciones Andrade, S. A., Quinta Edición, México, 1980. pág. 4.

"La persona varón o mujer, investida de fé pública para hacer constar los actos y hechos jurídicos a los que los interesados deban o quieran dar autenticidad conforme a las leyes, y autorizada para intervenir en la formación de tales actos y hechos jurídicos revistiéndolos de solemnidad y formas legales." (65)

La facultad que el notario tiene de autenticar surge de la Ley y de la calidad de fedatario. Como consecuencia, los hechos y actos contenidos en los instrumentos que certifica el notario, tienen el carácter de auténticos, valen erga omnes.

Para Gimenez-Arnau: "... El notario es un profesional del derecho que ejerce una función pública para robustecer, con una presunción de verdad, los actos en que interviene, para colaborar en la formación correcta del negocio jurídico y para solemnizar y dar forma legal a los negocios jurídicos privados, y de cuya competencia sólo por razones históricas están sustraídos los actos de la llamada jurisdicción voluntaria..." (66)

Es una definición muy amplia, porque abarca todos los caracteres del funcionario público y el alcance de la función notarial que más adelante desarrollare siendo uno de los principales puntos a tratar en este trabajo.

(65) Pérez Fernández del Castillo Bernardo, Derecho Notarial, Editorial Porrúa, S. A., Cuarta Edición, México, 1989, pág. 154.

(66) Gimenez-Arnau Enrique, ob. cit. pág. 52.

Considero que la definición, también abarca a personas que la Ley les ha otorgado funciones similares, es decir, personas que actúan como verdaderos notarios, como son los funcionarios Diplomáticos en el extranjero o los corredores públicos o agentes de bolsa, que actúan en sustitución de los Notarios suplantando la función notarial.

Para Carlos Emérito González, los atributos que tiene el Notario o Escribano, que para mí son necesarios y a los que les da un enfoque de respeto, tratándolos de la manera siguiente:

"La etapa inicial de la estructuración instrumental está a cargo del escribano autorizante. El recibe las declaraciones de voluntad de las partes intervinientes, procede a su interpretación, ordenando los conceptos, va dandoles la forma conveniente en doble proceso psíquico-material (pensar y extender en el protocolo) y cuando ya todos los actuantes reiteraron su consentimiento sobre el contenido del instrumento, lo autoriza procediendo a su firma. Toda esta labor, va unida a la de los interesados que le requirieron su actuación y bajo la tutela del Notario se produjeron los hechos con los requisitos formales cuyo estricto cumplimiento el instrumento preparado llega a tener plena validez o eficacia." ⁽⁶⁷⁾

Su obra es el instrumento público, para ello el Estado le confirió la fé pública y a su nombre dirá que todo cuanto pasa en su presencia es cierto, es verdad, debe ser creíble. En la construcción del instrumento debe

(67) Bañuelos Sánchez Froylan, ob. cit. pág. 15.

emplear su ciencia, su conciencia y su sentido de lo justo y lo moral. "Es hombre de derecho antes que nada, por eso se le dice perito en derecho. Y no sólo debe saberlo, sino que tiene que sentirlo." (68)

La función jurídica en todos sus aspectos, reclama emoción, vocación para el derecho, sentimiento de justicia; ha dicho Castán Tobañas, y el derecho hay que sentirlo, tanto o más que pensarlo. De donde se deduce que los escribanos como hombres de derecho deben estar unidos de esos elementos substanciales, más que cualquier otro individuo con título semejante. En la fé que da, todos confían y quien se atreva a negarla deberá probar la falsedad. Ningún otro hombre será legalmente creído tan categórica y firmemente. No ha sido un escribano, ni un notarialista, quien explicó más brillantemente el quehacer del notario, sino un jurista universal, cuyas elucubraciones inspiran constantemente ideas que rejuvenecen el derecho y nos alientan a "sentirlo" más y mejor; Francisco Carnelutti, digno heredero de la sapiencia de Justiniano y de tantos otros que dieron a Roma su merecida fama.

Aclara ante todo, que habrá variedad de notarios, según los distintos ordenamientos, pero en el fondo la figura del Notario es una. Es uno de los principales operarios, o, si se quiere, Técnicos del Derecho, es una figura de primer plano. "Los germanos compusieron la palabra rechtswahrer, que quiere decir algo equivalente a custodio del derecho, o bien, guardián del derecho. Le dice "documentador", "forjador de

(68) Bañuelos Sánchez Froylan, ob. cit. pág. 15.

documentos", si bien reconoce que esa es sólo una parte de la profesión del Notario, porque a él no sólo se va para "hacer construir un documento", sino que interviene en la formación del juicio jurídico no tanto en vista de la litis como el defensor, sino en vista del negocio jurídico que es el concepto complementario y antitético de litis." (69) Le llaman por eso, antes que Notario, que es alusivo a la función: Consultor-Jurídico. Entre defensor y notario, o entre abogado y notario, o entre juez y notario.

Se podría afirmar sin rodeos una antítesis fundamental entre el juez y el notario: cuanto más notario tanto menos juez; cuanto más consejo del notario, cuanto más conciencia del notario, cuanta más cultura del notario, tanto menos posibilidad de litis, y cuanto menos posibilidad de litis, tanto menos necesidad del juez. Entonces, además de consultor jurídico, es en más alto grado, un Consultor-Moral. Evita la litigiosidad y en el ejemplo fascinador del testamento, el notario es la balanza que regula ese milagro del derecho que es el juicio que sirve para regular la vida de los otros, después de la muerte de quien lo pronuncia.

Al compararlo con el abogado, "Carnelutti sostiene que es más difícil estructurar un negocio jurídico para que no oculte en su regazo un litigio, que redactar un escrito procesal. El abogado interviene cuando la litis ya ha estallado o está por estallar; la obra del notario tiende primordialmente a que no estalle." (70)

(69) Bañuelos Sánchez Froylan, ob. cit. pág. 16.

(70) Bañuelos Sánchez Froylan, ob. cit. pág. 16.

Finalmente, va perfilando la figura del notario con dos meditaciones más: "es el hombre de buena fé y tiene una tarea similar a las estrellas para el navegante (la brújula sufre ciertas desviaciones, las estrellas no), porque cuando el hombre negocia, que es un navegar, le hace conocer el camino." (71)

Es Mengual, quien en amplios términos nos da la definición que abarca sus conceptos esenciales. Es el funcionario público que jerárquicamente organizado y obrando por delegación del poder del Estado, y por lo mismo revestido de plena autoridad en el ejercicio de su función autentica las relaciones jurídicas, dándoles carácter de verdad, certeza y permanencia, previo el estudio, explicación y aplicación del derecho positivo, a cada uno de los actos jurídicos de carácter normal en los cuales interviene.

"Prestar autenticidad, conocer el derecho, aplicarlo, dar veracidad, configurar el acto jurídico, son sus características principales es profesional del derecho, que a instancia de las partes a quienes interesa su exteriorización, da forma a los actos y contratos y los autentica ejercitando una función pública." (72)

C) Concepto de la fé notarial y su relación con la fé pública.

Se habla de fé pública notarial, y se acostumbra a definirla como "... la exactitud de lo que el notario ve, oye o percibe por sus

(71) Bañuelos Sánchez Froylan, ob. cit. pág. 17.

(72) Bañuelos Sánchez Froylan, ob. cit. pág. 17.

sentidos..." (73)

Esta definición se apoya en un modo familiar de lenguaje, según el cual la fé pública es la fé del escribano y no otra. No se dice, por ejemplo, que los funcionarios públicos, en general, son funcionarios de fé pública.

La fé notarial, "... es un atributo de la propia calidad de escribano que reviste el funcionario y esté, con sólo intervenir y autorizar un acto cualquiera con su firma, le impone autenticidad, que es lo que en el fondo implica la fé notarial de que es depositario..." (74)

Sin embargo, no obstante estas aseveraciones, el concepto, decíamos, comienza a ensancharse a medida que se le quiere apresar.

Este primer alargamiento de la idea de la fé pública deriva, en nuestro país, de la propia Ley.

La fé pública no es sólo la fé de los escribanos, sino también la de los secretarios que, pueden ser abogados.

Existen, además, muchas definiciones que atribuyen fé pública a los corredores, cónsules, y en larga medida, a funcionarios u oficiales públicos.

(73) Bañuelos Sánchez Froylan, ob. cit. pág. 32.

(74) Bañuelos Sánchez Froylan, ob. cit. pág. 32.

Como se verá más adelante, la escritura pública no es, históricamente, sino una emanación del instrumento público y, más específicamente, de la sentencia judicial. La fé pública de la escritura pública no es, pues, aparentemente, una fé distinta en su esencia de la fé pública del instrumento público. Dentro de nuestros textos legales el instrumento público es un género y la escritura pública es una especie dentro del género de los instrumentos públicos.

Nos hallamos, entonces, frente al hecho de que la idea originaria relativa al escribano, es una condición de funcionario de fé pública, no tiene el sentido de un monopolio. "Existen otras personas que, sin título de escribano, se hallan legalmente en condiciones de dar fé o de expedir instrumentos a los que la Ley coloca, en cuanto a fé se refiere, en el mismo rango que la escritura pública." (75)

D) Naturaleza.

"Muchas son las instituciones del Estado encargadas de la misión de dar fé pública. Respecto de la institución notarial ella es un órgano jurídico que goza del privilegio especial de otorgar autenticidad y fé pública a los actos y contratos de carácter extrajudicial, y, de paso, es bastante reseñar que por su objeto y fin de derecho el notariado es una institución calificada de testigo público veraz, puesto que merced a él el Estado genera

(75) Bañuelos Sánchez Froylan, ob. cit. pág. 33.

fé pública." (76)

La naturaleza del notariado se exterioriza prácticamente en el conjunto de facultades que constituyen el ejercicio de la función notarial y estas facultades se derivan siempre del carácter con que se determina oficialmente la institución y de las finalidades que le originan las disposiciones del poder público.

Unánimemente responden las legislaciones mundiales en estos aspectos a la finalidad primordial de producir un documento fehaciente. Los medios empleados para ello, el matiz de autenticidad perseguido o logrado y la eficacia jurídica declarada a la misma, producen una escala de graduaciones hijas del genio y de las costumbres de cada nación. Esta realidad, sin embargo, cae por bajo de la construcción técnica, por lo que se trata de orientar a investigar un orden de verdades que permitan en último término levantar de ellas las facultades que sean acordes a la esencia de institución debemos examinar el Notariado como una función jurídica, esto es, como una función medial puesta al alcance de los hombres para que sirvan de ella al logro de sus fines. "Esta esencialidad jurídica, podríamos aún caracterizarla más estrictamente, calificándola de exteriorizante, esto es, medio formal, medio perceptible y así le asignamos una doble medialidad, medio de medios jurídicos. Ahora bien, como el cumplimiento del derecho es una elaboración permanente de la voluntad humana, en cualquier

(76) E. Neri Argentino, Tratado Teórico y Práctico de Derecho Notarial, Volumen 2, Instrumentos, Instrumentos Públicos y privados, Fé Pública, Función Notarial, Ediciones Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1969, pág. 445.

actividad, y el derecho resulta así cumplido y exteriorizado de un modo definitivo e imborrable, cae esta forma exteriorizante dentro de la actividad social, esto es, de la actividad del hombre en la sociedad." (77)

a) Fé pública y función notarial.

Es necesario fijar con precisión las relaciones de la fé pública con la función notarial.

El problema se plantea en los siguientes términos. "Que los funcionarios públicos expidan documentos que, dentro de ciertos límites, hacen plena fé, es algo fácilmente concebible dentro de los fines propios de la autoridad. Pero que los escribanos tengan esa misma virtud, sin ser funcionarios públicos, es algo que requiere una explicación particular." (78)

Es una realidad viva en toda sociedad organizada la existencia y aprovechamiento de la función notarial. Aún en aquellos regímenes sociales en que la noción del Derecho Público, o la función pública del Derecho Privado, no fué estimada en su justa valoración, se busca un poder constataador y certificante, a la vez de guía y de garantía para el uso y eficacia de los derechos. Aun en los momentos más graves en que modernamente lucha cualquier hombre, se busca y se pide un Notario.

(77) Bellver Cano Antonio, Principios de Régimen Notarial Comparado, Editorial Librería General de Victoriano Suárez, Quinta Edición, Preciados 48, Madrid, España, 1953, pág. 15.

(78) Bañuelos Sánchez Froylan, ob. cit. pág. 43.

La función notarial, es un hecho de la historia y una aspiración de la conciencia jurídica. Por eso no existe ningún país ni civilización alguna que la desconozca.

"Pero con ser tan evidente esta realidad, no por ello es clara y definitivamente establecida en las leyes positivas dicha función en su concepto (configuración), en su contenido (facultades), en el modo de hacerse efectiva (ejercicio) y en el ámbito a que alcanza (jurisdicción territorial). Son cuestiones que comprenden múltiples facetas y que deben ser detenidamente investigadas." (79)

b) Autenticación.

Autenticación es la acción de autenticar, es decir, de legalizar o acreditar jurídicamente algo; en razón de cuyo valor conceptual puede fundamentarse en sentido genérico que autenticación es la acción de garantizar, mediante un acto oficial, la certeza de un hecho convirtiéndolo en creíble públicamente aquello que por sí mismo no merece tal credibilidad; puede, por significación específica, deducirse que un acto es auténtico porque tiene autoridad, porque es propio del autor; y puede, por consiguiente, sostenerse que una firma, una huella dactilar, es auténtica si se atribuye al individuo que la ha estampado, y que, por ende, un documento si el que lo expidió es el mismo que allí consta. La falta de autenticidad radica, pues,

(79) Bellver Cano Antonio, ob. cit. pág. 15.

en el hecho de que algo, estimado conceptualmente como valor, no es lo que debiera ser, es decir, no es genuino, verdadero; por donde es inauténtico aquello que no es estimado como realmente merece.

Aplicada al proceso notarial esta idea de la autenticación, ella es y no puede ser otra cosa que el mandamiento legal que ordena aprobar como cierta la existencia de un hecho o de un acto jurídico. "Tal aprobación tiene lugar, por imperio de la autorización funcional, merced a la figura del notario, quien en virtud de la labor específica que despliega, advera con verdadera jurisdicción de autoridad sancionando el instrumento público que contiene la relación jurídica, o la declaración de voluntad, y cuya pieza es, en suma y síntesis, la preprueba de los derechos de las partes y la garantía de los terceros interesados." (80)

La idea de autenticación, haciendo de ella el eje del Derecho Notarial, es la que se manifiesta en Navarro Azpeitia, para cuyo autor, "... Entre las funciones encomendadas al Notario, es la de más trascendencia pública la que determina su existencia y es causa u origen de todos los actos en que interviene, de una presunción de veracidad que los hace aptos para imponerse por sí mismos en las relaciones jurídicas y para ser impuestos, por su propia virtualidad, por el poder coactivo del Estado." (81)

(80) E. Neri Argentino, ob. cit. pág. 454.

(81) Escobar de la Riva Eloy, Tratado de Derecho Notarial, Editorial Marfil, S. A., Cuarta Edición, Alcoy, España, 1957, págs. 24-25.

c) Legalización.

Otro de los aspectos de gran valor que corresponde considerar en el campo funcional de la notaría es el concerniente a la Legalización. Como expresión académica, el vocablo legalización, significa acción y efecto de legalizar, esto es, de otorgar o conferir legalidad. Dentro del sentido jurídico, el concepto de Legalización engrandece la idea de Legitimación; por donde se deduce que las acciones de legalizar y de legitimar tienen un punto de conexión en cuanto una y otra se refieren esencialmente a la labor de probar o justificar la verdad de una cosa, o la calidad de una persona o cosa, conforme a las leyes.

La Legalización importa la acción de garantizar, mediante la autenticación, la Legitimidad de la firma y rúbrica que ha estampado un funcionario al pie de un instrumento, cuyo documento sólo surte, así, los efectos legales fuera de la jurisdicción donde ese funcionario ejerce su actividad. Sin embargo, el concepto de Legalización es más amplio; cabe agregar que ella puede representar la autorización de la verdad o la legitimidad del contenido instrumental. Por lo que se deduce, la Legalización es un acto certificatorio atributivo de un oficial público habilitado a tal efecto.

La Legalización más común es la notarial; sin embargo, no es la única, pues la facultad de legalizar existe también respecto de otros órganos de gobierno, los cuales, en virtud de su propia competencia, están autorizados

para certificar la autenticidad de las firmas de funcionarios estatales que, con carácter de oficiales públicos fedantes, han autorizado determinados instrumentos públicos.

La Legalización está preceptuada como un medio jurídico necesario, y que por tanto, como norma que es debe ajustarse a los enunciados reglamentarios. Por principio, el oficial público autenticante no puede negarse a legalizar; sería insensato que se rehusara; ello estaría reñido con la naturaleza y competencia misma del deber funcional.

"En general, el acto certificador está circunscrito a la dación de fé de certeza de una o más firmas puestas en un documento público o privado. Sin embargo, es preciso advertir que en estricto criterio jurídico la legalización sólo es entrañable a los instrumentos públicos; de ello se sigue que la afirmación de autenticidad de firma de un documento privado no es un acto legalizador certificante, como igualmente lo es el que se circunscriba a la identificación de una persona, o a su capacidad, o a la juridicidad de un hecho, o al físico de una cosa, etc.. De ahí que la legalización se expanda hacía una sola dirección: hacia la legitimación de la firma en cuya virtud quien la ha estampado adquiere la autoría del documento." (82)

La Legalización es un presupuesto de garantía, una verdadera fórmula de seguridad "de la autenticidad de los documentos", a la que se

(82) E. Neri Argentino, ob. cit. pág. 490.

recurre a través del tiempo y del espacio, en todo momento y en cualquier lugar, por razones evidentes de necesidad social.

Por extensión a los similares de otras funciones, la legalización es la certificación de fé, de una firma autenticadora, hecha por un funcionario autenticante. "Este criterio, sin embargo, no es totalmente compartido por la doctrina notarial, puesto que en orden jurídico no se justifica que el notario tenga fé solamente en su área de acción y no pueda rebasarla en todo el territorio del Estado, siendo que las atribuciones de ese ministerio importan un poder de soberanía conferido por el Estado. Con más razón no se justifica esta falta de credibilidad extraterritorial si se atiende al hecho de que otros documentos de categoría de públicos, como los exhortos judiciales, no son objeto de legalización." (83)

d) Legitimación.

Arrancando del concepto de la justicia reguladora, formulada por Ahrens, el notario de Tortosa, Monasterio, expuso brillantemente una original teoría. Puesto que conviene, y hasta es necesario dar a los derechos una corporalidad (o corponeidad) que haga exteriormente visible su existencia (lo que hoy llamamos función legitimadora) y que facilite su normal vida y desarrollo debe existir una función o jurisdicción encargada de la representación externa de los negocios jurídicos. "Esto es lo que hace el

(83) E. Neri Argentino, ob. cit. pág. 493.

Notario, magistrado de la paz jurídica, que desempeña una función de justicia reguladora, frente a la justicia reparadora que corresponde a los jueces. Por circunstancias históricas e institucionales, recogidas en la Ley Orgánica siendo el notario el órgano de la justicia reguladora." (84)

Garrigues, define la Legitimación como un estado que se exterioriza por manifestaciones sensibles que suelen corresponder a una determinada situación de derecho. "La Legitimación, es la protección que el derecho otorga a una situación de hecho a la que generalmente va vinculada una situación jurídica." (85)

Conforme ha dicho Carnelutti, la Legitimación es una de las instituciones respecto de las cuales mejor se mide el valor de aquel principio de la apariencia jurídica; se trata de atribuir a la tutela de buena fé los efectos de la situación jurídica en la situación material que le corresponde, prescindiendo de la existencia real de sus elementos jurídicos. A este mismo concepto prosigue el propio estadista, "se liga, como objeto de una posesión, la institución del documento, sobre el que se basa la legitimación del acreedor; pero en este caso, el documento se denomina Título de Legitimación. La Legitimación (añade) pone término al ciclo de los requisitos estáticos del hecho y realiza la unión entre éste y la situación jurídica inicial, en el sentido de que a determinados hechos, o mejor actos jurídicos, la Ley ofrece como premisa necesaria que sean verdaderamente

(84) Gimenez-Arnau Enrique, ob. cit. pág. 65.

(85) Escobar de la Riva Eloy, ob. cit. pág. 64.

los sujetos de la relación jurídica inicial." (86)

En el aspecto notarial, la función legitimadora, correspondiente a derecho legitimador, comprende aquellas normas o instituciones por las cuales el Estado asegura la firmeza, legalidad, autenticidad y publicidad de los hechos jurídicos y de los derechos que son su consecuencia. "En esta dirección se han pronunciado Vázquez Campo, Mengual mas González Palomino, después de declarar que usa la palabra Legitimación en sentido quasi procesal niega en distintos pasajes de su obra citada el carácter legitimador del instrumento público." (87)

"La legitimación de los actos jurídicos se realiza por el Notariado, que es el órgano oficial de la Autenticación Pública. Se forma esta Magistratura por todos los Notarios dependientes del poder del Estado y sus características responden a la naturaleza de la función." (88)

E) Importancia jurídica.

Para que se pueda entender muy claramente la importancia jurídica de la fé pública en el ámbito notarial, es necesario, que tratemos de encontrar en substancia la función de la fé pública como un medio o criterio para la valoración de la prueba.

(86) Escobar de la Riva Eloy, ob. cit. pág. 65.

(87) Escobar de la Riva Eloy, ob. cit. pág. 66.

(88) Bellver Cano Antonio, ob. cit. pág. 28.

Muchas son las instituciones del Estado encargadas de la misión de dar fé pública, cada una de las instituciones facultadas para atestar la verdad de lo que ellas han cumplido o percibido en su ejercicio público actúa dentro de su jurisdicción y competencia, basta con señalar que el testimonio de verdad se da mediante la representación de los oficiales públicos a todos los actos que por revestir un interés y utilidad trascendental en la vida jurídica, son juzgados de dominio público y, por ende, de estricto control estatal, y, asimismo, es suficiente referir que respecto de la institución notarial ella es un órgano jurídico que goza del privilegio especial de otorgar autenticidad y fé pública a los actos y contratos de carácter extrajudicial, y, de paso, es bastante reseñar que por su objeto y fin de derecho el notariado es una institución calificada de testigo público veraz puesto que merced a él el Estado genera fé pública.

"Desde muchas centurias atrás el ministerio de la notarfa propendfa a estimular la confianza pública en lo concerniente a la documentación de las declaraciones humanas de voluntad jurídica y a valorar como prueba el instrumento que las contenfa; en aquel entonces, con reglas elementales; después, con preceptos más firmes; y luego, con leyes propias, orgánicas, específicas, avanzando a la formación y aplicación de un mejor derecho, en marcha ascensional, hasta poner en el centro jurídico a la fé pública como elemento dominante y absoluto de confianza y garantía, como atributo de autenticidad áticamente preciso para infundir creencia al instrumento signado y rubricado con la autoridad y jerarqufa del notario público." (89)

(89) E. Neri Argentino, ob. cit. pág. 445.

F) Objeto.

La fé pública notarial es imperativa únicamente para los actos extrajudiciales. Bajo este aspecto, el campo de la Notaría 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 el horizonte mismo del orbe de su competencia; por donde resulta evidente que sera inoperante el ministerio ejercido fuera del ámbito atribuido y será frrita la verdad dada respecto de los actos y contratos así autenticados.

"Esta premisa, sin embargo, aunque clara, no es totalmente cierta, pues salvo en lo respecta al equívoco funcional, intencionado o no, de ejercer fuera de la jurisdicción, vale decir, de actuar fuera del orden jurídico, corresponde apuntar que aunque es bien palmario que la dación de fé notarial está limitada a los actos extrajudiciales, ello es con relación a los actos y contratos que por exigencia legal requieren la formalidad inexcusable de la escritura pública. Por donde se colige, desde el punto de vista de la dación de fé pública, que no todos los actos extrajudiciales son de la competencia notarial. Las leyes orgánicas que reglamentan lo atinente al ejercicio de la función fedataria preceptúan, justamente, sobre este particular. Véase así, entre los actos que son y no son de competencia notarial si no una línea divisoria, señalado, por lo menos, el aspecto que distingue formalmente los actos que están dentro de la zona de competencia

notarial."⁽⁹⁰⁾

Esta fase notarial constituye un problema que todavía no está totalmente resuelto, por lo mismo que, aun aferradas en la concepción histórica, las legislaciones siguen manteniendo un orden jurídico que impide a la función notarial adquirir la "integración" que verdaderamente necesita para poner la fé pública al exacto servicio del derecho. En este sentido, los institutos notariales se encuentran todavía en atraso, en condiciones de inferioridad frente a otros órganos de índole jurídica.

Será necesario, entonces, instar la reforma a base de una enérgica sistematización de la función de la fé pública notarial con una jurisdicción propia, de naturaleza totalmente voluntaria y con amplitud de competencia que permita la otorgación ante notario público de todos los actos y contratos que son típicos de la vida normal de relación jurídica; muchos de los cuales, por cierto en menor escala, son todavía autorizados por funcionarios faltos de título habilitante.

"Frente a los categóricos reclamos que demanda el progreso e impone el correlativo ordenamiento estatal, la afirmación que pueda surgir, de que las reparticiones ante las cuales actúan son de arraigo y están precedidas de buen crédito, no es un argumento ponderable, ni aun lo es en el supuesto de que el proceder de esos funcionarios viene siendo correcto. De manera que las iniciativas que se emprenden en ese sentido tendrán que

(90) E. Neri Argentino, ob. cit. pág. 446.

ser, ciertamente, aplaudidas." (91)

a) Caracteres de la función notarial.

Mengual y Mengual, en su libro **Elementos de Derecho Notarial** dice que "... el carácter de la institución notarial depende del sistema de organización y del modo de concebírsela en cada una de las naciones..." (92)

La función notarial ofrece dos aspectos visibles: uno relativo al carácter y otro referente a los elementos que la integran.

UNO.- Con relación al carácter de la función: según el análisis hecho a las diversas teorías que ubican a la función en uno de los poderes primordiales del Estado, y consideran al notario como su órgano operador, la función notarial es:

- a) "Legal", porque se ejerce en virtud de normas expresamente sancionadas por el Estado;
- b) "Jurídica", por razón de la materia que ella abraza; y
- c) "Pública", porque la autoridad que ella implica está contrapuesta al orden privado.

(91) E. Neri Argentino, ob. cit. pág. 448.

(92) E. Neri Argentino, ob. cit. pág. 515.

Estas apreciaciones, que son irrechazables y revelan el carácter de la función, permiten deducir, a su vez, que en el quehacer funcional el notario es funcionario, jurista y delegado.

DOS.- Con relación a los elementos que integran la función: según el más simple examen, la función notarial patentiza la existencia de tres valores imprescindibles e inseparables, y son:

- a) El personal funcional, o sea, el Notario, que actúa en función de receptor y asesor de voluntades y de director del proceso formativo del instrumento público;
- b) El personal contractual o declarativo, esto es, los sujetos o individuos creadores de la relación jurídica, quienes actúan en virtud de sus propios derechos; y
- c) El formal documental, se puede decir, el instrumento público, que es la pieza legal que prueba el acto objeto de la relación jurídica, o el hecho constatado.

Podrá cuestionarse que los dos aspectos señalados son dos modos iguales de observar, puesto que uno, el relativo a los elementos que integran la función, más que vislumbrarse, es deducible del otro que atañe al carácter de la función. Pero ciertamente no es así, ya que entre uno y otro hay un distingo de concepto que es fácil captar. Acreditada esta aclaración, puede agregarse en favor de las deducciones, el haber de un aspecto más; cuyo aspecto inferido corresponde enunciar así: La función notarial está subsumida por tres autonomías que son las siguientes:

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

- a) La del "Estado", soberano del ordenamiento jurídico, que proclama el existir de la función por imperio de las necesidades, y cuya función está subordinada al poder fundamental que la instituyó;

- b) La del "Notario", que aunque soberano por actuar como funcionario público con competencia y jurisdicción, tiene una potestad relativa, puesto que el ejercicio de su ministerio está dominado por la fiscalización legal, que es forzosa por razones de seguridad jurídica y por virtud de la ética; y

- c) La de los "Individuos", en cuyos asuntos de interés privado, referidos a actos y declaraciones jurídicas, su voluntad, no obstante ser soberana, está sujeta a restricciones, dado que no pueden contratar o disponer sino dentro de los límites de sus derechos y de lo perceptivamente codificado.

Estas explicaciones proporcionadas a la función notarial cabe aceptarlas como ensayos conceptuales; son incompletas, en cuanto les falta desarrollo. Ahondarse en la temática es tarea superior demanda mucho acopio y hace extenso este trabajo. Para la estimación basta y sobra con lo dicho. En todo caso, y que valga como aporte compensatorio, puede anotarse algo sobre el notario, definido como figura rectora de la función notarial, con preciados atributos: ética moral profesional y probada cultura

jurídica; clínico y pedagogo, asesor y calificador, técnico y redactor, una figura que por tales cualidades es un preceptista del derecho, un profesor de identidad inconfundible; una figura de saber, por su ilustración y experiencia, según la sintética expresión de Carnelutti, "En su exacta justipreciación, precisamente por la virtud del cargo que ejerce, por ser monopolizante de la fé pública, el notario es un subordinado de la moral y de la razón. De ahí lo elevado de su arraigo como funcionario y lo vitalizante de su poder de autenticante y legitimador. Y de ahí que al engendrar vida jurídica, dando en el instrumento público forma legal y expresión humana, pueda decirse que es el cordón umbilical de la función notarial." (93)

b) Relación entre la función notarial y la función pública.

La función notarial es una función de orden público, es decir, es una función a la que el Estado le ha catalogado con una importancia superior a la de otras funciones, y consecuentemente cualquier acto que vaya en contra de su naturaleza es absolutamente nulo, teniendo en cuenta diversas implicaciones de carácter procesal, principalmente la señalada en materia de amparo.

El licenciado Jorge Ríos Hellig nos dice, "que es necesario encuadrar a la función notarial dentro de las funciones públicas del Estado,

(93) E. Neri Argentino, ob. cit. pág. 603.

para lo cual es necesario analizar los tres diferentes tipos de descentralización administrativa, a saber: a) Por región; b) Por servicio; y c) Por colaboración.⁽⁹⁴⁾

Siguiendo al maestro Don Gabino Fraga, la función notarial corresponde a una descentralización por colaboración; esta se da cuando la resolución de los problemas estatales requiere de sujetos con una preparación técnica especializada

El Estado autoriza a los particulares (Instituciones o personas) para que colaboren con él, desarrollando tareas de las que son especialistas, pero sin formar parte directamente de la administración.

Se pueden establecer dos características principales de la descentralización por colaboración:

- a) La existencia de una función pública, desarrollada en interés del Estado; y
- b) Particulares colaborando con el Estado, desarrollando dicha actividad en nombre propio, esto es, de la institución privada.

Dentro de las descentralizaciones por servicio y región el Estado encomienda determinadas funciones a instituciones públicas las cuales

(94) Ríos Hellig Jorge, Conferencias del Curso de Actualización Notarial, Colegio de Notarios del Distrito Federal, México, 1992, Conferencia Impartida el 14 de agosto de 1991, pág. 193.

forman parte integral de la administración, cosa que no sucede con la institución notarial, la cual no forma parte de la administración como ha quedado dicho, y lo que nos obliga a afirmar, que el notario en ejercicio de la función notarial no debe ser considerado un servidor público, ya que sus características doctrinales y legales no son de adecuarse a lo dispuesto por el artículo 108 Constitucional y su Ley Reglamentaria amén de la reforma expresa que sufrió la Ley del Notariado del Distrito Federal publicada el 13 de enero de 1986, en donde en su artículo 10 reitera el carácter de privado (Licenciado en Derecho) del Notario pasándolo a un rango diferente de regulación, dando por terminada la polémica derivada de si era o no un servidor público toda vez que existían algunas características que podían asimilarlo a este, tales como la vigilancia de la autoridad o la necesidad de rendir una protesta legal.

El artículo 1º de la Ley del notariado para el Distrito Federal, siempre ha calificado al notario de "particular", confirmando que no forma parte de la organización del estado como servidor público, y literalmente dice:

"Art. 1º.- La función notarial es de orden público. En el Distrito Federal corresponde al ejecutivo de la Unión ejercerla por conducto del Departamento del Distrito Federal, el cual encomendará su desempeño a particulares, Licenciados en Derecho, mediante la expedición de las patentes respectivas." (95)

(95) Codificación Notarial, ob. cit. pág. 1-2.

G) Eficacia procesal.

"La fé pública, decíamos, es una calidad inherente al instrumento notarial. Pero esa calidad tiene, a su vez, una medida de eficacia probatoria. La fé pública vale tanto cuanto valga a los fines de la prueba y del nacimiento de un derecho." (96)

La conclusión de todo este estudio ha de ser, en consecuencia, con la mayor precisión que nos sea posible.

a) Alcance del precepto "instrumenta publica probant se ipsa".

Debemos aquí aclarar que esa medida de eficacia es un tema de riguroso Derecho Positivo. El instrumento notarial prueba lo que la Ley dice que prueba. El aforismo clásico de Dumoulin: "instrumenta publica probant se ipsa", es una generalización que sólo tiene vigencia si un texto especial de la Ley así lo establece. La Ley da y quita eficacia al instrumento notarial. En algunos países, esa medida es muy amplia; en otros, como en Inglaterra, esa medida es muy restringida.

Las conclusiones que habremos de admitir a continuación no son, pues, conclusiones de doctrina, sino de derecho positivo uruguayo. La eficacia del instrumento notarial es, pues, su eficacia hoy y aquí. En nuestro

(96) Bañuelos Sánchez Froylan, ob. cit. pág. 70.

país y en nuestro derecho actual.

De instrumento notarial y, en consecuencia, de instrumento dotado de fé pública, habremos de hablar para referirnos a tres clases de documentos que otorga el escribano en nuestro país de:

1.- La escritura pública; por tal se entiende, aquella que extiende un escribano público en su protocolo, con las formas requeridas por la Ley;

2.- Los documentos notariales que han sido objeto de especial previsión en la Ley; la carátula del testamento cerrado; la póliza de fletamiento; la carta poder; la protocolización de un documento; la certificación de firmas en la promesa de venta de inmuebles a plazo; el protesto.

3.- Los documentos notariales que no han sido objeto de especial previsión en la Ley, y que el escribano puede autorizar en ejercicio de su facultad de dar fé de las aseveraciones que ante él formulen las partes y a pedido de las mismas.

La medida de eficacia de cada uno de estos tres tipos de documento notarial queda, decíamos, subordinada al régimen legal. Sólo sucede que los documentos señalados con el número uno, tienen una eficacia netamente definida en la Ley; que los documentos señalados con el número dos, tienen un régimen legal no tan preciso; y que en cuanto a los documentos señalados

en el número tres, el silencio de la Ley es poco menos que absoluto y la teoría tiene que construir íntegramente su sistema interpretativo tomando de aquellos preceptos de la Ley que, de una manera u otra, pueden servir para ilustrar el punto.

b) Límites objetivos y subjetivos.

Son dos conceptos familiares al derecho procesal civil, familiares a la teoría de la cosa juzgada para establecer cuales son los grados de eficacia probatoria del instrumento existentes en nuestra Ley.

Los límites objetivos de eficacia, se refieren a los diversos grados en que el instrumento prueba un hecho o un objeto jurídico, y; los límites subjetivos de eficacia, se refieren a la extensión del poder probatorio a las diversas personas (sujetos o individuos) a los que el documento pueda alcanzar.

Límites objetivos de la eficacia probatoria.

Los grados de la eficacia probatoria, dentro de nuestro sistema legal, son tres: La plena prueba; La semiplena prueba; y, El principio de prueba.

Por plena prueba se entiende aquella prueba que por sí sola basta para decidir. Es la medida de eficacia probatoria que tiene un instrumento, cuando por sí solo acredita el hecho controvertido. El documento que hace

plena prueba, o plena fé no requiere complemento alguno. El hecho que se halla representado en él, se tiene por verdad dentro del sistema de las pruebas. La plena prueba es el cien por ciento de la eficacia probatoria.

Pertencen a este tipo: el instrumento público, la confesión lisa y llana o simple, el juramento decisivo.

Por semiplena prueba se entiende, en el léxico legal, aquella que por sí sola no instruye bastante para decidir. Esta determinación es naturalmente imprecisa. Se refiere, notoriamente, a una prueba incompleta, insuficiente por sí misma para crear en el espíritu la persuasión de la verdad o para fundar un juicio.

Se podría hablar de semiplena prueba para referirse, por ejemplo, a la testimonial, a la confesión calificada, a la pericial. Cada uno de estos medios de prueba puede no brindar por sí solo todos los elementos de juicio suficientes como para dar por probado un hecho; pero en todo caso; varios medios de prueba semiplena complementados entre sí, reforzándose unos con otros, pueden conducir a la certidumbre.

Por principio de prueba se entiende aquél que no puede nunca por sí solo servir de prueba de un hecho. El principio de prueba es, apenas un punto de apoyo. Sobre él puede apoyarse otra prueba; pero no otro principio de prueba. La Ley ha dado el carácter de principio de prueba a la declaración de un solo testigo de probidad; a la confesión extrajudicial (principio de prueba oral) a la confrontación de caracteres; a las copias de

escrituras públicas expedidas sin los requisitos legales; a lo enunciativo del instrumento cuando no tiene relación directa con lo dispositivo; al documento firmado a ruego ante dos testigos; al documento emanado del adversario que haga verosímil el hecho litigioso.

Límites subjetivos de la eficacia probatoria.

Cabe distinguir, en esta materia, la eficacia entre los otorgantes; entre sus sucesores a título universal; sus sucesores a título singular; y los terceros.

Entre los otorgantes el instrumento prueba plenamente las obligaciones y los descargos.

Las representaciones contenidas en el documento, constitutivas o extintivas de obligación, no requieren otra prueba, ya que la demostración escrita constituye el máximo de la eficacia probatoria.

Pero esa plenitud de eficacia probatoria abarca tan sólo el círculo de los otorgantes.

Los terceros no resultan, en ningún caso, afectados por lo que surja de las declaraciones constitutivas o extintivas de obligación contenidas en un instrumento.

Los sucesores a título universal se asimilan en todos los casos a

las partes. El documento que hace fé contra el causante, lo hace contra el heredero.

Conviene aclarar que a este efecto, tanto los otorgantes como los herederos están ligados a la eficacia probatoria del documento, en cuanto a probar las obligaciones y sus descargos, ya sean en lo que se refiere a lo dispositivo del documento, ya sea en lo que se refiere a lo enunciativo que tiene relación directa con lo dispositivo.

La eficacia probatoria del documento es indistinta para toda clase de sucesores, sean a título universal como el heredero, sean a título singular, como el comprador. Pero a estar al segundo de ellos, como un homenaje a la buena fé, los contradocumentos, que obligan a los sucesores universales no obligan a los sucesores singulares, los cuales son asimilados a los terceros.

Los terceros, es decir, los que no son ni partes ni sucesores de las partes a título universal o singular, resultan alcanzados por dos elementos del instrumento; el hecho de haberse otorgado y su fecha.

En esta materia es necesario hacer una distinción entre los documentos públicos y los privados.

El instrumento público hace plena fé aun frente a los terceros, en cuanto al hecho de haberse otorgado ya su fecha. Nadie, ni las partes, ni los sucesores, ni los terceros, pueden desconocer la realidad del otorgamiento

y la fecha del instrumento público, salvo prueba de falsedad.

En el instrumento privado, en cambio, el hecho de haberse otorgado y su fecha, lo mismo que la representación de las obligaciones y sus descargos, sólo afectan a las partes y a sus sucesores; no alcanzan, en cambio, a los terceros.

La fecha del instrumento privado sólo es cierta para los otorgantes y sus sucesores; en cambio, incierta para los terceros.

El concepto legal de "fecha cierta" no configura sino un derecho de oponibilidad frente a los terceros, del documento privado. Este es inoponible antes de su incorporación a un registro, a su exhibición en juicio o a la muerte de los otorgantes; es oponible luego de cualquiera de esas circunstancias, a los efectos de acreditar el hecho de su otorgamiento.

Pero esta circunstancia no debe, en ningún caso, hacernos perder de vista que, aun en el caso en que el documento ha adquirido fecha cierta respecto de terceros, esa circunstancia no acredita otra cosa que el otorgamiento; nunca tiene la consecuencia de acreditar frente a terceros los hechos representados en el documento: las obligaciones, su liberación o los hechos jurídicos en general. En último término, en su dato final, la fecha cierta no representa otra cosa que la privación a los terceros de negar válidamente la existencia del documento al día de su incorporación al requisito, al juicio o a la muerte de uno de los otorgantes.

c) Eficacia probatoria de la escritura pública.

Admitido cuanto precede, relativo a las diversas medidas (objetivas y subjetivas) de eficacia probatoria de los instrumentos en general, tales grados o medidas deben ser aplicados a los instrumentos dotados de fé pública.

Analizaremos por separado los tres tipos de instrumentos notariales oportunamente mencionados: la escritura pública; el instrumento previsto en la Ley; y el instrumento que no ha sido objeto de especial previsión.

"La eficacia probatoria de la escritura pública puede referirse, esquemáticamente, así:

ESCRITURA	EFICACIA
<i>1.- Fecha.</i>	<i>Plena fé para todos.</i>
<i>2.- Dispositivo.</i>	<i>Plena fé para las partes y sucesores a título universal y singular.</i>
<i>3.- Enunciativo en relación directa con lo dispositivo.</i>	<i>Plena fé para las partes y sucesores a título universal y singular.</i>
<i>4.- Enunciativo sin relación directa con lo dispositivo.</i>	<i>Principio de prueba por escrito, para las partes, etc.</i>
<i>5.- Otorgamiento.</i>	<i>Plena fé para todos.</i>

Dentro de este esquema, caben, aún, algunas puntualizaciones.

La eficacia que se menciona en este esquema se refiere a la escritura pública perfecta. Pero la Ley ha previsto algunas imperfecciones que disminuyen la fé probatoria de la escritura, sin destruirle totalmente." (97)

Así, por ejemplo, la escritura defectuosa en su forma, valdrá como instrumento privado si estuviere firmada por las partes; las segundas y ulteriores copias de la matriz, luego del otorgamiento o por escribano que no sea el autorizante, valen como principio de prueba por escrito o de indicios, según las circunstancias, la primera copia de escritura pública expedida por escribano sin su signo, no vale si mediara objeción; pero si se formulara tal objeción, podrá ser subsanada la omisión; en cuyo caso tiene valor, la escritura pública rota o cancelada en parte substancial, como en los nombres de los contratantes, testigos o escribanos, en la fecha o en lo que pertenece al pleito o litigo, no hace fé; la escritura enmendada en esas mismas partes, no vale si no estuviesen salvadas las erratas por el escribano y también por las partes y testigos, si estas enmiendas hubiesen sido hechas en el instrumento matriz.

Como es de suponerse, cada una de estas modificaciones al cuadro general de la eficacia probatoria, se halla tan llena de problemas y de dificultades interpretativas, que demandaría un capítulo especial. Pero, dada la índole de este estudio, no es posible abordarlas aquí.

(97) Bañuelos Sánchez Froylan, ob. cit. págs. 76-77

d) Eficacia probatoria del instrumento notarial especial y no especialmente previsto en la Ley.

Debe ser objeto de estudio el instrumento notarial especialmente previsto en la Ley.

Utilizaremos como instrumento típico de esta índole las actuaciones de protocolización de un documento. Preferimos este tipo de actuación y no el protesto o la carátula del testamento cerrado, porque tanto uno como otro de esos documentos han adquirido en la Ley significados especiales.

"El esquema de la eficacia probatoria de las actuaciones de protocolización de un documento, es el siguiente:

<i>INSTRUMENTO</i>	<i>EFICACIA</i>
<i>1.- Fecha.</i>	<i>Plena fé para todos, sólo a partir de la incorporación al Registro de Protocolizaciones</i>
<i>2.- Dispositivo.</i>	<i>Plena fé para las partes y sus sucesiones.</i>
<i>3.- Enunciativo.</i>	<i>Plena fé para las partes y sucesores como en la escritura pública.</i>
<i>4.- Otorgamiento.</i>	<i>El documento protocolizado no adquiere autenticidad; las actuaciones de la protocolización son auténticas.</i>

La diferencia entre este esquema de eficacia probatoria y el de la escritura pública resalta al primer examen.

La escritura tiene fecha cierta desde el día de su otorgamiento, en tanto que el instrumento protocolizado (salvo, por supuesto, que sea ya de por sí un instrumento público), sólo adquiere fecha cierta a partir del día de la protocolización." (98)

La escritura hace plena fé en cuanto al otorgamiento. De este hecho fluye la circunstancia de su autenticidad. La escritura es auténtica, porque tiene autor cierto. El instrumento protocolizado, en cambio, no adquiere autenticidad por el hecho de su protocolización. Deberá ser reconocido por sus otorgantes, pues no pierde su originaria condición de instrumento privado. La protocolización sólo afecta a la fecha, pero no al otorgamiento. Las actuaciones de protocolización, en cambio, son auténticas, ya que ellas son autorizadas por el escribano dentro del límite de sus atribuciones y con las formas requeridas por la Ley.

En lo que se refiere a la eficacia probatoria del instrumento notarial no especialmente previsto en la Ley, el artículo 1º del decreto Ley de 31 de diciembre de 1878 instituye la profesión de escribano público para "... extender y autorizar bajo su fecha y firma, todos los actos y contratos que deben celebrarse con su intervención." (99)

(98) Bañuelos Sánchez Froylan, ob. cit. pág. 78.

(99) Bañuelos Sánchez Froylan, ob. cit. pág. 79.

Por su parte, el artículo 60 del mismo cuerpo de leyes establece que: "es deber de los escribanos autorizar todos los actos y contratos para que fuesen llamados, a no ser que tengan legítimo impedimento." ⁽¹⁰⁰⁾

Para determinar la calidad propia de los instrumentos públicos se establecen los siguientes principios: Todo instrumento público es un título auténtico; que como tal hace plena fé; y puede ser otorgado ante escribano.

Sobre estos tan leves puntos de sostén debe construirse la solución que fije la exacta medida de eficacia probatoria del instrumento notarial que no ha sido objeto de especial previsión en la Ley.

El documento autorizado por escribano ha sido incluido entre los instrumentos públicos; el deber funcional del notario es autorizar todos los actos y contratos ha que fuesen llamados, y esa autorización se produce bajo su fé y firma.

El acto del escribano es auténtico en razón de la certeza que tiene la firma de su autor. El deber de autorizar es un deber público; y la fé y firma son atributos propios de la función notarial. La idea de fé en materia probatoria, no se liga a la idea de creencia, sino a la idea de plenitud en la eficacia.

(100) Bañuelos Sánchez Froylan, ob. cit. pág. 79.

El instrumento notarial tiene, en consecuencia, en razón de la investidura y de la índole de la aseveración, la suposición de verdad en cuanto al otorgamiento.

Es este un primer punto que debe darse por admitido. Al hacer fé en cuanto al hecho de su otorgamiento por antes del escribano autorizante, el instrumento notarial tiene sobre sí la suposición de autenticidad. Autenticidad de los otorgantes, si son del conocimiento del escribano; y autenticidad del autorizante.

Para dejar este punto claramente fijado, debemos recordar, todavía, que este primer punto de eficacia del documento notarial no va más allá del solo hecho de su otorgamiento. Para nada alcanza, por ahora, a la fecha y al contenido. Lo que significa la fé del otorgamiento es que no será menester llamar a los otorgantes a que reconozcan sus firmas, como si fuese un instrumento privado común, ni tampoco a que comparezca a reconocerlas el escribano autorizante.

"La Ley ha creado dos registros notariales, uno llamado protocolo, para asentar en él las escrituras; y otro llamado de protocolizaciones, para dar fecha cierta a los documentos que en él se incorporan. No parece, pues, que pueda considerarse que las formas requeridas por la Ley para la adquisición de fecha cierta queden completas hasta tanto el documento notarial no haya sido incorporado al protocolo o al registro de protocolizaciones.

El instrumento notarial no adquiere fecha cierta hasta tanto todas las formas de la Ley no sean cumplidas; y, en especial, la forma que consiste en la incorporación al registro.

Pero hecha la incorporación, el documento autorizado por el escribano está completo. Entonces es auténtico en razón de su autor y tiene fecha cierta en razón de su registro." ⁽¹⁰¹⁾

H) Eficacia substancial.

"Cuando distinguimos entre eficacia procesal y substancial de la fé pública, partimos de la base de que el documento notarial está llamado a cumplir en el comercio jurídico una doble función: una primera, inmediata, destinada a crear en torno del derecho la misma sensación de pacífica certidumbre que en el derecho de los bienes apareja, según las ideas ya expuestas, la posesión; una segunda, mediata, deriva del hecho de que si se llegara a producir un conflicto acerca del derecho documentado en el instrumento notarial, él será decidido sobre la base de la verdad de los hechos representados en el documento." ⁽¹⁰²⁾

Este mismo hecho ha venido a crear en torno a la palabra título un doble juego de significaciones que atañen al derecho como al instrumento.

(101) Bañuelos Sánchez Froylan, ob. cit. pág. 80-81

(102) Bañuelos Sánchez Froylan, ob. cit. pág. 87.

La idea de título pertenece al Derecho Civil y denota entre muchas otras cosas, el medio idóneo para la circulación de la propiedad; el hecho generado del derecho. Pero la idea de título pertenece también al derecho instrumental notarial, y se refiere a aquella documentación suficiente como para poder gozar de la propiedad en forma pacífica al abrigo de las acechanzas de terceros. Cuando los contratantes pactan la cláusula "título perfecto" le dan a esas palabras no sólo su significado civil, sino también su significado notarial. Lo que esa cláusula reclama no es sólo que el título (derecho) sea perfecto, sino también que los títulos (documentos) también lo sean.

El derecho notarial sirve así a las necesidades del derecho substancial.

"Cuando se reflexiona atentamente acerca de estos dos fenómenos del título (derecho) y del título (documento), se advierte de qué manera la suerte del derecho substancial se liga al derecho procesal. De la misma manera que el comprador requiere una documentación que le ponga al abrigo de cualquier proceso futuro sobre su derecho de propiedad, el poseedor halla en la sentencia declarativa de la prescripción una documentación que le pone a él y a sus sucesores a título universal o singular al amparo de futuras reivindicaciones. En el primer caso, la seguridad la da la cosa juzgada. Documento y sentencia vienen, así, a servir a los mismos fines.

Lo que sucede, en verdad, es que en el sistema del derecho, documentado y sentencia han corrido siempre inseparablemente unidos. Lo estuvieron en el mismo momento histórico inicial de la escritura pública y lo están aún hoy cuando se trata de asegurar la paz jurídica." (103)

a) Significado.

Podemos decir, como consecuencia de lo expuesto, que la eficacia substancial de la fé pública es, en último término, consolidar el derecho poniéndolo fuera de la incertidumbre. Es una forma de la llamada realización espontánea del derecho. El derecho se cumple por la adhesión natural de la conducta humana a sus previsiones hipotéticas.

Substancia y forma aparecen en este fenómeno ligadas en un propósito de estabilidad y, de firmeza. Por ello, la función notarial viene a cumplir una verdadera magistratura de paz jurídica. El derecho se realiza espontáneamente en la paz.

Forma, documento y paz son significaciones tan íntimamente ligadas al derecho, que difícilmente podrán ser separadas. La fé pública sirve a ellas de manera directa. A la forma jurídica, le dispensa la seguridad de una envoltura privilegiada; al documento, la certidumbre de una redacción idónea y de una interpretación correcta de la voluntad jurídica; a la paz le depara el cumplimiento de sus fines, que son, como hemos dicho, fines del derecho.

(103) Bañuelos Sánchez Froylan, ob. cit. pág. 88.

b) Fé pública y responsabilidad.

La responsabilidad es administrativa, civil y penal. El escribano debe actuar en su servicio, bajo el peso de tales responsabilidades, porque ellas configuran la consecuencia necesaria de su investidura.

Pero debemos agregar, todavía, que para que tal función se cumpla en la medida necesaria, esos ordenes de responsabilidad deben sustentarse en una profunda responsabilidad moral.

"El notariado disfruta de un privilegio de carácter histórico. En sociedades rudimentarias, se cuidaba su virtud y su discreción como una virtud del Estado. En la excepcional complejidad y dificultad de nuestro tiempo, esa tradición se ha venido sosteniendo. El fundamento del notariado y de sus privilegios, debe buscarse hoy, fuera de ciertas exigencias técnicas elementales, pura y exclusivamente en el campo de la responsabilidad moral. El privilegio de su atestación se apoya en el sutil sustento de la magistratura moral que el escribano está llamado a desempeñar." (104)

El título profesional significa, una seguridad; pero muchos otros profesionistas universitarios, y especialmente los abogados, podrían brindar esa seguridad. Y sin embargo, la Ley no les atribuye la misión de dar fé. El régimen de admisión al cargo, el juramento, la vigilancia de los órganos técnicos sobre la profesión, son, una seguridad. Pero muchas otras

(104) Bañuelos Sánchez Froylan, ob. cit. pág. 91.

profesiones tienen regímenes de admisión, juramento y contralor; y sin embargo, no tienen un poder semejante.

"Si al notariado se le quitara ese sutil elemento moral, íntima pero profundamente adscrito a su servicio, quedaría reducido a una función cualquiera. Pero como institución, habría perdido su sentido propio." ⁽¹⁰⁵⁾

(105) Bañuelos Sánchez Froylan, ob. cit. pág. 91.

CONCLUSIONES

CONCLUSIONES

1.- El Derecho Notarial es positivo, reconocido por la Ley; es normativo, se valora substancial y formalmente por los preceptos que gobiernan y disciplinan las declaraciones unilaterales de la voluntad humana; es genérico, se rige para todos en cuanto a que favorece y afecta por igual; y es autenticador, tiene fé pública.

2.- El concepto de Notario actual es el que establece su propia Codificación o Ley, por lo tanto, es un Licenciado en Derecho investido de fé pública, facultado para autenticar y dar forma en los términos de Ley a los instrumentos en que se consignen los actos y hechos jurídicos.

3.- La fé pública no proviene del Estado ni del aspecto formal del documento. Es un atributo de la cualidad profesional del Notario que le ha de ser otorgado expresamente en la letra del respectivo reglamento.

4.- La fé pública es de contenido unitario y absoluto, y no puede ser reforzada por medio de testificaciones ajenas, sean públicas o particulares

5.- Sin fé pública no habría seguridad jurídica, no podría estimarse si determinados hechos y actos de forzosa realización humana son ciertos, ni apreciarse, en su verdadero valor, si determinados derechos fueron o no legítimamente adquiridos.

6.- Fé pública notarial es una facultad del Estado otorgada por la Ley. La fé del Notario es pública porque proviene del Estado y porque tiene consecuencias que repercuten en la sociedad.

7.- La Autenticación es el mandamiento legal que ordena aprobar como cierta la existencia de un hecho o de un acto jurídico.

8.- En su función legalizadora por referirnos a hechos o a documentos no matrizables, sólo responde de los que presencia y no de los que aprecia.

9.- La Legalización, es formal, en cuanto implica un acto disciplinado, de consiguiente autenticación; es genérica, ya que puede otorgarse respecto de todo acto público o privado; es específica, porque el contenido de su materia se distingue por propio y único; y, es mediata o inmediata, según se ponga y se autorice la diligencia en ausencia del firmante o se refiera al acto mismo de haber firmado éste a la presencia notarial.

10.- En su función legitimadora el Notario responde integramente de la veracidad de la labor realizada, "desde la recepción hasta la autorización del acto o contrato."

11.- La función notarial es legal, porque se ejerce en virtud de normas expresamente sancionadas por el Estado; es jurídica, por razón de la materia que ella abraza; y, es pública, porque la autoridad que ella implica está contrapuesta al orden privado.

12.- Dentro de la función notarial existen tres valores imprescindibles e inseparables:

a) el personal funcional, es decir, el Notario, que actúa en función de receptor y asesor de voluntades y de director del proceso formativo del instrumento público;

b) el personal contractual o declarante, esto es, los sujetos creadores de la relación jurídica, quiénes actúan en virtud de sus propios derechos; y.

c) el formal documental, o sea, el instrumento público, que es la pieza legal que prueba el acto objeto de la relación jurídica o el hecho constatado.

13.- El Notario no es un servidor público, en ejercicio de su función notarial, puesto que tiene el carácter de privado, es un particular que no forma parte de la organización del Estado como servidor público. Por lo tanto, la función notarial queda confiada a particulares, los cuales deben ser especialistas en la materia, su función exclusiva para dar forma a todos los actos jurídicos y certificar hechos tiene relación con casi todas las materias jurídicas.

De todo lo expuesto, me permito manifestar mi inquietud, en cuanto a la preparación y capacidad que debe tener el Notario, puesto que tiene relación con casi todas las materias jurídicas, considero que requiere de una preparación especial en diferentes ámbitos como son: Jurídico, Social y humano.

En el ámbito Jurídico, sabemos que cada rama del derecho exige una preparación especializada, el Derecho Notarial la tiene en cuanto al estudio de circulares, decretos, misceláneas fiscales, reformas legislativas y cualesquier otro asunto relacionado con el notariado; es sumamente necesario un estudio diario y actual de todas las demás ramas con las que tiene contacto cotidiano

Dentro del ámbito Social, el Notario debe estar preparado para los cambios económicos y sociales, para brindar ayuda y servicio a la comunidad y a las funciones estatales, atender cuando la autoridad lo pida aquellas demandas inaplazables de interés social como son las elecciones, las escrituraciones masivas de regularización.

El Notario debe ser un ente socialmente útil y servir a todos, quiénes le solicitan sus servicios, teniendo en cuenta sus condiciones económicas y sociales, aún para obtener su retribución la cual debe ser accesible a personas de cualquier estrato social.

Referente al ámbito Humano, el Notario como cualquier profesionista debe tener vocación, es decir, un anhelo o ideal, de realizar o llevar a cabo su función, por la función misma, no viéndola como un medio de satisfacción económica, es algo más, es una responsabilidad, ya que en sus manos esta la facultad de autenticar documentos volviéndolos públicos, inscribibles y con fuerza ejecutiva o probatoria, por lo tanto, requiere como ya lo comente de una preparación intelectual y de una entrega absoluta a su ejercicio o función.

Como nos podemos dar cuenta, es verdaderamente recomendable que sea el único encargado de la misión de dar fé pública, es decir, el único facultado para dar forma a todos los actos y hechos jurídicos, en virtud a que, es la persona idónea a la cual se le tiene toda la confianza y se le requiere de toda su sapiencia, por ser de una calidad moral a toda prueba y tener los conocimientos actuales que en cada caso se le pudieran plantear o se le llegasen a presentar en su diario ejercicio de su función.

Es un gran acierto que para poder obtener la patente correspondiente, se tenga que presentar un primer examen de aspirante, el cual aprobado, nos dará la oportunidad de presentar el examen de oposición, para lograr la patente de Notario, no obstante esto, es recomendable estar lo suficientemente apto, prácticamente hablando, en la actividad notarial, día a día.

BIBLIOGRAFIA

BIBLIOGRAFIA.

- 1.- Avila Alvarez Pedro, Estudios de Derecho Notarial, Quinta Edición, Editorial Montecorvo, Madrid, España, 1982.
- 2.- Bañuelos Sánchez Froylan, Derecho Notarial, Interpretación, Teoría, Práctica y Jurisprudencia, Editorial Cárdenas, Editor y Distribuidor, México, 1977.
- 3.- Bautista Pondé Eduardo, Tráptico Notarial, Naturaleza Jurídica de la Fé Notarial, Fé de Individualización y no fé de conocimiento, El Notario no es funcionario público, Ediciones Depalma, Buenos Aires, Argentina.
- 4.- Bellver Cano Antonio, Principios de Régimen Notarial Comparado, Librería General de Victoriano Suárez, Editorial Preciados, Madrid, España, 1953.
- 5.- Carral y de Teresa Luis, Derecho Notarial y Derecho Registral, Editorial Porrúa, S.A., Tercera Edición, México, 1976.
- 6.- Carrasco Zanini José, Breve Historia del Notariado Mexicano, Revista Jurídica Notarial, México, Año II, Número 2, 1949.

- 7.- Danés y Torras Daniel, El Notario como funcionario, Como Técnico en Derecho, Consultor y Asesor, Centenario de la Ley del Notariado, Sección Segunda. Revista Notarial, México, 1982.
- 8.- E. Neri Argentino, Tratado Teórico y Práctico de Derecho Notarial, Volumen Dos, Instrumentos, Instrumentos Públicos y Privados, Fé Pública, Función Notarial, Ediciones Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1969.
- 9.- Emérito González Carlos, Derecho Notarial, Editorial La Ley, S.A., Editora e Impresora, Buenos Aires, Argentina, 1971.
- 10.- Escobar de la Riva Eloy, Tratado de Derecho Notarial, Editorial Marfil, S.A., Alcoy, España, 1957.
- 11.- Fernández Tomás Ramón, El Notario, La Función Notarial y las Garantías Constitucionales, Madrid, España, Editorial Civitas, 1989.
- 12.- Gimenez-Arnau Enrique, Derecho Notarial, Ediciones Universidad de Navarra, S.A., Pamplona, España, 1976.
- 13.- González Palomino José, Instituciones de Derecho notarial, Tomo Primero, Instituto Editorial Reus, Centro de Enseñanza y Publicaciones, S.A., Madrid, España, 1948.

LEGISLACION

CONSULTADA

- 14.- Morales Lechuga Ignacio R., **Función Notarial, Naturaleza de la Función Notarial, Escuela Libre de Derecho, Tesis, México, 1970.**
- 15.- Nuñez Lagos Rafael, **Fé Pública, Impresora de Talleres Penitenciarios, Alcala de Henares, España, 1945.**
- 16.- Otero Valentín, **Sistema de la Función Notarial, Enciclopedia Jurídica, Tomo XV, México.**
- 17.- Pérez Fernández del Castillo Bernardo, **Derecho Notarial, Editorial Porrúa, S.A., Cuarta Edición, México, 1989.**
- 18.- Ríos Hellig Jorge, **Conferencias del Curso de Actualización Notarial, Colegio de Notarios del Distrito Federal, México, 1992.**
- 19.- Sanahuja y Soler José María, **Tratado de Derecho Notarial, Tomo I, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, España, 1945.**
- 20.- Torres Ochoa Ismael, **La Fé Pública Notarial, Escuela Libre de Derecho, Tesis, México, 1969.**
- 21.- **Universidad Nacional Autónoma de México, Facultad de Derecho, División de Estudios de Postgrado, Diplomado en Derecho Notarial, Unidad I, El Notario, México, 1989.**

22.- Vivanco Castro López Mario, Función Notarial, La Naturaleza de la Función Notarial, Escuela Libre de Derecho, Tesis, México, 1969.

23.- Zubirfa Maqueo Emiliano, Conferencias al Curso de Actualización Notarial, Bicentenario del Colegio de Notarios del Distrito Federal, México, 1992.

LEGISLACION CONSULTADA.

LEYES Y CODIGOS.

- A.- Codificación Notarial, Ley del Notariado para el Distrito Federal, Ediciones Andrade, S.A., Quinta Edición, México, 1980.**

- B.- Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, Librerías Teocalli, México, 1981.**

- C.- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Ediciones Andrade, S.A., Décima Segunda Edición, México, 1987.**

- D.- Ley Orgánica de los Tribunales de Justicia del Fuero Común del Distrito y territorios Federales, Tomo XIV, Año LIV, Segunda Epoca, El Concepto de Fé Pública, Suplemento a los Números Cinco y Seis de mayo de 1932.**