

75
BOBBI ON 1987-1988
ACATLAN AL 30-04-87



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

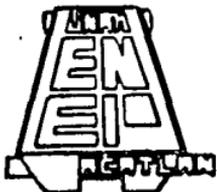
ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
"ACATLAN"

IMPORTANCIA JURIDICO ECONOMICA DE LA FUNCION NOTARIAL

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A:
ADRIAN ALFONSO DIAZ LOPEZ

DIRECTOR DE TESIS
LIC. MARIO E. ROSALES BETANCOURT



ACATLAN, MEXICO

1994.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

A MIS PADRES: ALFONSO † Y CONCEPCION
PORQUE CON SU EJEMPLO TENAZ DE LUCHA
Y HONRADEZ HICIERON DE MI UN HOMBRE
DE BIEN. ¡MI GRATITUD DURANTE TODA MI
EXISTENCIA!

**A MI TIA SILVIA:
MUJER DESINTERESADA Y SIEMPRE
DISPUESTA A BRINDAR DE IGUAL MANERA
SU AYUDA A CADA MIEMBRO DE LA
FAMILIA LOPEZ. ¡GRACIAS!**

CON ESPECIAL CARIÑO Y AGRADECIMIENTO
A ELENA, MI COMPAÑERA, A QUIEN DEBO
GRAN PARTE DE LO QUE AHORA SOY, QUE
CON SU APOYO, AMOR Y COMPRESION ME
IMPULSO Y ME IMPULSA SIEMPRE HACIA
ADELANTE Y JUNTOS SEGUIR TRATANDO DE
SER CADA DIA MEJORES EN TODOS LOS
ORDENES DE LA VIDA.

A MIS HERMANOS FERNANDO Y EDUARDO,
DESEANDO QUE CONTINUEN SIEMPRE
UNIDOS CON SUS FAMILIAS Y QUE NO
OLVIDEN QUE NUNCA ES TARDE PARA
SEGUIR ESTUDIANDO.

A ALICIA + Y MANUEL POR TRATARME
SIEMPRE COMO SU "DECIMO" HIJO Y
APOYARME IRRESTRICAMENTE PARA
MI FORMACION PROFESIONAL.

A LA FAMILIA VELASCO CALZADA COMO UNA
PEQUEÑA PRUEBA DE MI AGRADECIMIENTO A
TODA SU AMISTAD, CARIÑO Y MOTIVACION
BRINDADOS DURANTE TODO EL TIEMPO DE
CONOCERNOS Y EN ESPECIAL PARA LA
CULMINACION DEL PRESENTE TRABAJO.

A LOS SEÑORES LICENCIADOS ANTONIO VELARDE
VIOLANTE Y ALFREDO CUEVAS LOPEZ POR DARME
LA OPORTUNIDAD DE ACCEDER AL AMBITO NOTA-
RIAL Y HABERME ENSEÑADO A QUE CON DEDICA-
CION Y TRABAJO SE PUEDEN ALCANZAR LAS
METAS TRAZADAS.

AL SEÑOR LICENCIADO JORGE ANTONIO
SANCHEZ CORDERO DAVILA, HOMBRE
EMPRENDEDOR Y DEDICADO AL TRABAJO,
DE QUIEN HE APRENDIDO QUE LA VIDA
ES UNA LUCHA CONSTANTE DE
SUPERACION PROFESIONAL.

A LUPITA, SONIA†, DOLORES, IRMA,
INES, MARU, ELVIA, ROCIO, LILIA Y
A TODAS LAS SECRETARIAS QUE CON SU
TRABAJO, EXPERIENCIA, AYUDA Y
CAPACIDAD ME HAN AUXILIADO PARA
SALIR AVANTE EN LA PRACTICA
NOTARIAL.

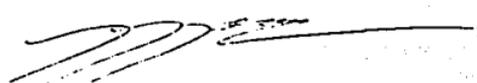
AL LICENCIADO ESTEBAN MAYA ROMERO
POR SU INVALUABLE LUCHA Y AYUDA
PARA QUE EL PRESENTE TRABAJO FUERA
CONCLUIDO.

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO.

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES ACATLAN.

NOMBRE DEL TRABAJO: IMPORTANCIA JURIDICO ECONOMICA DE LA FUNCION NOTARIAL

NOMBRE DEL ALUMNO: ADRIAN ALFONSO DIAZ LOPEZ.



Vo.Bo. ASESOR CON LA TERMINACION DE LA TESIS.
LIC. MARIO ROSALES BETANCOURT.

ACATLAN ESTADO DE MEXICO. A VEINTIUNO DE FEBRERO DE 1994.

INDICE

INDICE.....	2
INTRODUCCION	5
CAPITULO I. ANTECEDENTES HISTORICOS DEL NOTARIADO.....	12
A) ANTECEDENTES HISTORICOS.....	13
B. DIVERSAS DENOMINACIONES DEL NOTARIADO.....	17
CAPITULO II. LA FE PUBLICA.....	31
A) CONCEPTO DE FE Y DE FE PUBLICA.....	33
B) ESPECIES DE FE PUBLICA.....	38
C) LA FE PUBLICA NOTARIAL.....	40
CAPITULO III. EL NOTARIADO MEXICANO COMO PERTENECIENTE AL SISTEMA JURIDICO LATINO.....	52
A) NOTARIADO ANGLOSAJON (INGLATERRA).....	53
B) NOTARIADO ESTADOUNIDENSE.....	56
C) NOTARIADO LATINO.....	57
CAPITULO IV. DESARROLLO HISTORICO DEL NOTARIADO EN EL DISTRITO FEDERAL.....	72
A) DE LA NUEVA ESPAÑA A 1865.....	73
B) DE 1865 A 1901.....	86
C) DE 1901 A LA ACTUALIDAD.....	93
CAPITULO V. EL DERECHO NOTARIAL COMO RAMA AUTONOMA.....	110
A) NOCION DEL DERECHO NOTARIAL.....	112
B) CARACTERISTICAS DEL DERECHO NOTARIAL.....	115
CAPITULO VI. EL NOTARIO COMO PROFESIONISTA INVESTIDO DE FE PUBLICA, ES SERVIDOR PUBLICO?	125

A) TEORIAS QUE EXPLICAN LA FUNCION NOTARIAL.	126
B) ANTECEDENTES DE LA FUNCION NOTARIAL.	139
C) CONSIDERACIONES DOCTRINALES Y PRACTICAS.	142
CAPITULO VII. EL SERVICIO PUBLICO DE LA FUNCION	
NOTARIAL. (COMO CONCESION ESTATAL)	169
A) NOCION DE SERVICIO PUBLICO.	176
B) CONCEPTO DE FUNCIONARIO.....	178
C) REQUISITOS PARA SER NOTARIO PUBLICO.....	181
CONCLUSIONES.....	189
BIBLIOGRAFIA.....	199
LEYES.....	200
BIBLIOGRAFIA DOCTRINAL.....	201
DICCIONARIOS.....	204
DOCUMENTOS.....	205
REVISTAS.....	206

INTRODUCCION

En la presente tesis se trata de determinar cuál es la naturaleza jurídica de la función notarial y así poder saber qué es el Notario. Esta tiene gran importancia porque de la consideración que se tenga de lo que es el notario depende en gran medida el régimen jurídico que se le aplica.

Entre Notarios y administrativistas ha sido ampliamente debatido qué es el notario y si es o no un funcionario público, y para saber esto necesariamente se tiene que analizar la función notarial.

Este tema merece un tratamiento más profundo del que hasta ahora se le ha dado, ya que son pocos los libros y personas que lo han tratado, quedando la resolución de esta cuestión como una mera referencia en los textos, cátedras y conferencias de Derecho Notarial.

En la actualidad, no hemos encontrado alguna teoría que satisfaga de manera completa, la inquietud de saber qué es el Notario en el Distrito Federal y en general en México, y cuál es la naturaleza de su función. Existen varias teorías que tratan de explicar la función notarial, pero consideramos que no aportan conclusiones definitivas, ni seguras, ya que no abarcan todos los aspectos de la función, ocupándose sólo de un sector de la realidad.

En esta tesis se pretende obtener una teoría que explique qué es la función notarial, aportando los elementos necesarios para sostener que el Notario es un profesional del Derecho y no un empleado,

servidor o funcionario público. El análisis de la función notarial se limita al Distrito Federal, sin embargo, los argumentos que se exponen se pueden utilizar en cualquier Estado de la República en donde se quiera explicar lo qué es el Notario y la naturaleza de su función. Además, otra finalidad de esta tesis es que la lectura sea accesible a todo tipo de lector, de manera que el que la lea, tenga una noción de lo qué es el notario, de lo que hace y del valor de lo que realiza.

Así pues, se pretende demostrar y sostener lo siguiente:

- Qué el Notario es un profesional del Derecho con cualidades de honorabilidad, imparcialidad, preparación y capacitación, que realiza una función pública consistente, en términos generales, en asesorar y aconsejar a las personas que solicitan sus servicios, en elaborar los documentos (que gozan de fé pública) que lo piden y que se puedan o deban hacer constar en un instrumento notarial, además conserva los originales durante algún tiempo, los reproduce y los inscribe en el Registro Público correspondiente. También demostraremos que la función notarial se presta en forma conjunta, como son aquellas actividades que se realizan a través del Colegio de Notarios.

- Que la función del Notario al ser considerada de orden público significa, que en el ejercicio de sus actividades debe apegarse a los requisitos que imperativamente le establece la ley. Ni el Notario, ni los terceros, ni las partes de la relación jurídica pueden renunciar a estas normas y ante el incumplimiento de éstas se derivan una serie de

consecuencias. La función pública del Notario no implica que se le deba de considerar como servidor o funcionario público, en el entendido de aquella persona que realiza un trabajo a favor del Estado, encuadrándose dentro de la organización burocrática o bien que forme parte del poder administrativo.

- Que el Notario no fue creado por el poder público, sino que surgió espontáneamente de la sociedad y posteriormente, en virtud de la importancia de su función el Derecho reglamentó esta profesión, atribuyéndole fé pública a los documentos que realizaba. Después, por cuestiones históricas la prestación de la función notarial además de función pública, se consideró como un servicio público, es decir, como una actividad de interés general encaminada a satisfacer necesidades básicas y fundamentales de la sociedad, función que se presta a la orden de que quien quiera servirse de él, siendo todas las personas consideradas iguales ante él y además que dicha actividad queda sujeta a un régimen jurídico especial y le atribuye a la autoridad pública, sólo determinadas facultades, principalmente de coordinación y vigilancia. Tampoco el realizar un servicio público quiere decir que sea un servidor público.

- La existencia de la rama autónoma del Derecho Notarial que tiene por objeto de estudio la actividad del Notario y la Teoría General del Instrumento Público Notarial y como finalidad lograr que haya un buen servicio y seguridad en la prestación de dicha función. De esta consideración una de las consecuencias que se derivan es que el

Derecho, cuenta con principios, conceptos y normas propias, siendo "El Servicio Público de la Función Notarial", un principio y a la vez un concepto propio de dicha rama autónoma del Derecho.

Así pues, en esta tesis se explica la función notarial enfocado desde todos los puntos de vista, históricos, doctrinales, legales, fácticos, etc, y con base a la rama del Derecho Notarial, lo cual pensamos que así no se cae en el error de explicar la función notarial sólo desde un aspecto o con base a otras ramas o instituciones de Derecho como es el Administrativo, el Civil (que lo analiza desde la perspectiva de la forma), o del Procesal (visto desde el punto de vista probatorio).

El método que seguimos para demostrar nuestros argumentos es el inductivo, ya que a partir de una serie de datos se llega a conclusiones generales.

La tesis se compone de siete capítulos, cada uno de los cuales desarrolla un tema pero limitado a la función notarial. En el primero se narra la historia de la institución Notarial, demostrando con ello que la función notarial surge de una necesidad en la sociedad, evoluciona y por la trascendencia que tiene la va regulando el derecho y el poder público. En el segundo se explica qué es la fé pública y su relación con el Notario, obteniendo algunos de los elementos necesarios que nos ayudan a aclarar la naturaleza de la función notarial.

En el tercero se explica que el Notario del Distrito Federal y en general el de México, pertenece al Sistema Latino, cuyas características son las que se mencionan en este trabajo y además que este tipo de Notario no existe en todo el mundo, sino que, en otros países hay otras clases de "Notarios" con funciones y características diferentes, por lo que pertenecen a otro sistema como es el Anglosajón o como el Germánico. También en este capítulo se explica lo que es la Unión Internacional del Notariado Latino, citando las resoluciones y recomendaciones de sus congresos que se relacionan con el tema que nos ocupa. En el cuarto capítulo se hace una síntesis de la evolución que ha sufrido el Notario en el Distrito Federal, señalando como ha variado la calificación que hace la Ley entre profesional del Derecho y funcionario público. Es preciso indicar que la división de las épocas es un criterio propio, esto en virtud de que desde la época de la Nueva España a 1865, las características son más o menos las mismas y con la Ley del Notariado y del Oficio del Escribano de 1865 se regula al Notario con exclusividad y en forma sistemática y metódica, y el último período lo ubicamos de 1901 a la fecha, debido a que con la Ley del Notariado para el Distrito y territorios de 1901 se definieron las características de la función notarial, y además consideramos que su exposición de motivos tiene especial importancia. En el capítulo quinto señalamos la importancia de considerar al Derecho Notarial como una rama autónoma del derecho y los efectos que tiene en cuanto a la naturaleza de la función notarial. En el sexto se exponen las teorías que tratan de explicar a la función notarial en donde demostramos que no son suficientes para aclarar la naturaleza de dicha función, y

también se exponen todos los argumentos que nos sirven para demostrar que antes y ahora el Notario en el Distrito Federal ha sido y es un profesional del derecho y no un empleado, servidor o funcionario público. En el séptimo capítulo en forma breve explicamos nuestra teoría del servicio público de la función notarial. Por último, terminaremos con unas sencillas conclusiones y con una parte de propuestas en donde se recomienda que se reformen o se supriman los artículos de las Leyes del Notariado en donde se menciona que el Notario es un funcionario público, motivo por el cual exponemos un cuadro sinóptico en donde se indica en que Estados de la República Mexicana se califica al Notario de esa manera.

CAPITULO I

***ANTECEDENTES HISTORICOS
DEL NOTARIADO***

A) ANTECEDENTES HISTORICOS.

En todas las culturas y pueblos civilizados, hubo la necesidad de hacer constar de manera fehaciente, los hechos más importantes que sucedían, así como también los pactos y contratos que se realizaban entre las personas.

Ante esta necesidad se buscaron los medios para lograr dicha finalidad.

Inicialmente, los pueblos primitivos no contaban con los suficientes medios para dejar constancia de los hechos relevantes y de los acuerdos que había entre las personas. Conforme fue pasando el tiempo se fue contando con los recursos necesarios para lograr dicha finalidad.

En un principio se trato de dejar constancia y permanencia de los hechos que sucedían, mediante el testimonio de la gente (Testigos), pero la fugacidad de los hechos y de los pactos a la memoria de las personas, dió origen a dejar plasmado en algún objeto mediante dibujos o signos, es decir, instrumentar lo sucedido; después con la creación de los signos gráficos o grafía se logró la documentación, sin embargo, no fue suficiente en estos casos la perdurabilidad de la prueba que el documento brindaba, ya que hubo la necesidad que al hacer constar los hechos y actos, se tuviera el control de la legalidad, es decir que éstos fueran conforme a las leyes, por lo que se necesitó que además de

escribanos fueran peritos en derecho, y así mediante un asesoramiento profesional auxiliara a la gente obteniendo una mayor claridad de sus voluntades y la conciencia sobre las consecuencias negociables. No siendo todo esto considerado como bastante para lograr la finalidad de seguridad, justicia y paz, se exigió la certeza en lo que sucediera; en efecto, sin certeza existe la duda y consecuentemente la inseguridad, la injusticia y el desorden; por lo cual además de la documentación y el asesoramiento profesional se creó la fé pública, (a la que más adelante nos referiremos dedicándole un capítulo para su estudio y que por el momento, sólo mencionaremos que se entiende como la creencia impuesta por el legislador a lo narrado en ciertos documentos y que se nos presenta en estos tiempos como una cualidad inherente a determinados documentos).

En la actualidad con todos estos elementos; documento, asesoramiento profesional, fé pública y aunado a que lo realiza un imparcial profesional del derecho sujetándose a todas las formalidades que nos brinda la rama autónoma del Derecho Notarial se obtiene el Instrumento Público Notarial (que puede presentarse en forma de escritura o de acta) en donde se hacen constar actos y hechos respectivamente más trascendentes entre la gente, lográndose así contribuir en gran medida a que exista paz, seguridad y justicia en la sociedad.

En seguida citaremos algunos de los datos con que contamos y que podemos considerar como precedentes de los que hoy es el

Notariado; es decir, aquellas personas que realizaban funciones asimiladas a lo que actualmente se considera como función notarial y que pueden mencionarse como antecedentes de la misma.

Entre los hebreos existían varias clases de escribas (escribas del Rey, de la ley, del pueblo y del Estado), los cuales sí estaban agregados a persona de autoridad ejercían fé pública y daban autoridad a los actos que suscribían, aunque esta fé no fuera prestada de un modo material y con la propia autoridad del sello del escribano, sino por la fé de la persona de quien éste dependía.

En cambio, tratándose de los escribas del pueblo, su misión se limitaba a prestar sus conocimientos caligráficos y el documento por ellos redactado no tomaba fuerza alguna de la intervención del escriba. Así, los escribanos no eran notarios sino meros secretarios.(1)

En el Código de Hamurabi y el Código de Manú, si bien se encuentran vestigios de la prueba testifical, nada parece indicar la existencia de organismos o personas específicamente encargados de intervenir en la redacción de los contratos, ni de preparar las pruebas para su celebración.(2)

(1) GIMENEZ, Anasí Enrique. *Introducción al Derecho Literario*. Edil Anasta de Barrio, Oviedo, España, 1957, p. 58

(2) *Ibidem*.

En Egipto, los escribas sacerdotales tenían un carácter semejante al Notario - profesional o Notario Letrado encargado de la correcta redacción de los contratos; a lado de estos escribas estaba el magistrado, al que competía la función autenticadora que se hacía por imposición del sello del magistrado.

Luis Carral y de Teresa (3) nos menciona que

"...se ha dicho también que por estar el papiro egipcio más cerca de nuestro papel que el ladrillo babilónico, de la tabla encerada romana, es en Egipto donde encontramos una muestra más antigua de la forma de nuestros documentos".

Por lo que a Grecia se refiere , había oficiales públicos, encargados de redactar los contratos de los ciudadanos. Su ministerio era tan considerado que Aristóteles, en el año 360 A.C., afirma que dichos oficiales existían en todos los pueblos. Se conocían los *singraphos*, verdaderos notarios y, cada tribu tenía dos de ellos, que gozaban de grandes consideraciones y honores. Los precedentes griegos del Notario están representados por los oficiales públicos conocidos con el nombre de *Mnemon*, *Promnemon*, *Sypromnemon* y *Hieromnemon*; especialmente el *Mnemon* (el que recuerda o el que hace memoria) encargado de formalizar y registrar los tratados públicos, las convenciones y contratos privados.(4)

(3) CARRAL, y de Teresa Luis *Derecho Notarial y Derecía Registral Porruis México, 1955, p. 88.*

(4) QUILLET, Armand *Ensayo de introducción al Derecho Notarial, Op. cit. p. 60.*

B. DIVERSAS DENOMINACIONES DEL NOTARIADO.

El notariado como tal, ordenado y formal, adquirió tal carácter en el Imperio Romano. Los textos legales del Derecho Romano en sus diferentes épocas, nos permite hablar de una multitud de personas a quienes de modo parcial estaba encomendada la misión notarial. Así se habla de tabellio, tabullarius, notarius, cursor, amanuensiis, grafarios, librarius, scribarius, cognitus, actarius, charlatarius, axceptus, libelense, consiliae, referendarius, scriba, conciliarus, cancelarius, logographis, numerarius, curnicularius, diastoleor, pistolares y argentarios.

Algunos autores consideran que esta variedad de nomenclatura prueba que la función notarial estaba dispersa y atribuida a una multitud de variados oficiales públicos y privados, sin que originalmente se reunieran todas las atribuciones en una sola persona.(5)

Sin embargo, entre todos estos nombres destacan tres figuras:

1. NOTARIO. Funcionario agregado a las autoridades, que en sustitución de éstas o por mandato, imponía el sello de certeza a los edictos y documentos oficiales.

(5) *Ibidem.*

La palabra se deriva de "nota", ya que además de sus funciones de fedatario, sobresalía en la sociedad romana, donde todavía no se hacía accesible al pueblo la escritura, como scribe que tomaba con gran rapidez la exposición oral y a la vez, con igual rapidez transcribía en "tabulas" romanas lo hablado.

2. **TABULARII.** Tenía tres funciones: a) Guarda de documentos. Al funcionario se le entregaba para su cuidado y conservación documentos privados de contenido contractual y testamentario. La fé pública de este funcionario se daba en el depósito y en la fecha de la entrega. Al quedar depositado el original con un tercero se impedía la destrucción o falsificación por una de las partes y se ganaba la autenticación de este contrato privado. b) Redactar documentos. Conjuntamente con el tabellion daba este servicio al público, prevaleciendo el tabellión en oficio por sus conocimientos de derecho. Los actos (instrumentae publicae) eran redactados ordinariamente en el foro público y muy especialmente en los despachos de los tabulariis para las personas que deseaban que se les escribiese los documentos. c) Función administrativa. Estos funcionarios desempeñaron distintas actividades en este ramo, como oficiales del censo, encargados del Registro Civil, encargados de las listas de impuestos. Su carácter altamente administrativo, y sobre todo su cercanía con el fisco y el cobro de impuestos trajo como consecuencia la falta de confianza del público, y este funcionario evolucionó más hacia la administración que hacia las operaciones privadas.

3. **TABELLION.** Ciudadano romano cuyo oficio consistía en redactar contratos por cuenta de terceros, obtener el consentimiento de las partes y llevarlo al Poder Judicial para ser examinado en su legalidad y obtener la declaración del estado, de que este contrato se eleva a instrumento público.

Realizada esta labor, se incorporaban al documento las características propias de la sentencia, como son: juicio de legalidad, prueba plena, ejecutoriedad.(6)

En Roma, los escribas no se confunden en modo alguno con los juristas, si bien podían llegar a conocer las leyes por razón de su oficio, pues eran quienes las copiaban y conservaban. Conocían como copistas lo que escribían los autores: reproducían, no creaban. No puede encontrarse en los orígenes de la actividad documental del tabellio romano una significación jurídica creativa.

Los tabelliones romanos eran llamados según la corporación a la que pertenecían. Unos tenían por encargo escribir las tabletas de cera, otros conservar los bienes; los notarii eran los diestros y ligeros para escribir en forma abreviada a medida que el orador dictaba los escritos.

(6) *MORALES, Diego Francisco "Historia del Notariado". Boletín de Derecho Notarial, Asociación Nacional del Notariado Mexicano A.C. México, mayo de 1981. Año XXV, No. 80. p. 22.*

En el siglo VI D.C. con el Corpus Juris Civilis de Justiniano, la actividad del escribano con funciones documentales empezó a adquirir el cariz de profesión autónoma y a ser reglamentada en base a discusiones legales. La Novela 45 de Justiniano reglamentó la actuación notarial y fue el origen legal del protocolo. La Novela 48 establece la forma en que correspondía empezar las escrituras y los requisitos a los que debían sujetarse los tabelliones. En la Novela 76 se esboza la relevancia probatoria de la escritura pública por la sola intervención del Notario.(7)

Vemos como desde esa época ya había la necesidad de que la función de esas personas fuera regulada, y fue precisamente el interés público lo que exigió una intervención y vigilancia por parte del Estado.

Vemos como las diferentes legislaciones han expedido normas que regulan las funciones de dichas personas, por lo cual se fue considerando estas normas como de orden público; esto significó y actualmente implica que el notario no puede organizar su actividad ni realizar la creación del Instrumento Público sin apegarse a los preceptos de forma que imperativamente le enumera la ley; y si bien los interesados no están obligados a someterse a la relación notarial, una vez que las partes firman el Instrumento tendrán que sujetarse a todas las consecuencias que de ello se deriven. Ni el Notario, ni las partes de la relación jurídica, pueden renunciar a que se llenen

(7) ALLENZINI, Ignacio. *La Institución Notarial y el Derecho Abogado Perrot*. Argentina. 1968. p. 30.

algunas de las formalidades impuestas por la ley, esto en virtud de que además de proteger los intereses de las partes y del Notario, también protegen a terceras personas, es decir a cualquier persona que no ha intervenido en dicha relación jurídica, ya que el instrumento hace fé aún frente a todas aquellas que no han intervenido en él.

De lo anterior y en el entendido de que las normas de Derecho Notarial son de orden público, no quiere decir que el Notario sea un servidor público o funcionario público, sino que el Notario ejerce su función con autonomía y sin más límites que los que marcan las leyes.

Se discute mucho si en Roma el notario tenía o no fé pública. Muchos autores señalan que es sólo la intervención judicial la que da fuerza probatoria y fé pública. Aunque no es posible dar una respuesta precisa, podemos decir que la institución notarial tiene ya en Roma caracteres de especialidad y parentesco con el notario actual.

En la segunda mitad del siglo IX, el emperador de Oriente León VI el filósofo, escribe la Constitución XXV, en la que hace un estudio sistemático de los tabullariis. En este ordenamiento se destaca: 1) La importancia del examen para el que pretende ingresar como tabullarii; 2) fija las cualidades físicas, morales y jurídicas de estos funcionarios; 3) establece su colegiación obligatoria; 4) a cada uno les da una plaza y 5) impone aranceles.(8)

(8) PCRCZ, *Servidores del Castillo Bernardo. Revista de Derecho Notarial. Asociación Nacional del Notariado Mexicano A.C.* México, abril de 1983. Año XXII, No 85, p. 5.

Los romanos no pudieron brindar a Inglaterra su mayor legado a la humanidad, el Derecho Romano y en este territorio lo que germinó fue el Derecho Anglosajón, y es por ello que la Institución Notarial que estudiamos no se dió en ese país y en los países que siguieron su tradición jurídica, y por ende sólo se dió el "Notario", cuyas funciones estudiaremos en el capítulo tercero y que propiamente no podemos hablar de una institución notarial en los países que siguen el derecho Anglosajón.

La primera manifestación del notariado, como organismo de auténtica función pública, surgió a la vida europea en Francia con el advenimiento de los *judices chartularii*. La obra la inicio Carlomagno. Todo lo esporádico que enseñaba el notariado reinante quedó cimentado con la estructuración dada por este gobernante.

Con relación a sus funciones, los *judices chartularii* fueron personajes del Estado investidos de potestad suficiente para reducir a instrumento, con signo de fé pública, las declaraciones de voluntad de los contratantes. Dispone que los instrumentos de los escribanos tuviesen el mismo carácter, los mismos efectos y la misma fuerza que una sentencia inapelable. Carlomagno ordenó a sus enviados instituir en cada lugar notarios, propuestos a las asambleas provinciales. Por una capitular del año 805 dispuso que también los obispos, los condes y los abades tuvieran sus escribanos propios.

En la Edad Media es cuando el notariado alcanza valor trascendente y se forja la imagen del notario como jurisperito ubicándosele en su verdadero papel profesional. Es entre los siglos XII y XIII y en Bolonia, cuando la notaría como especialidad del derecho adquiere jerarquía y características prominentes. En esta época, el notariado adquirió un carácter científico al enseñarse en la Universidad de Bolonia la ciencia y el arte de la Notaría.

La ubicación de la Escuela de Bolonia en el Norte de Italia es de principal interés, ya que el Derecho Romano y el Germano, con longobardos y francos se encuentran, y de esta confrontación de ideas nace el notario moderno.(9)

La Escuela Notarial de Bolonia fue fundada en 1228 por Raineri de Perugia, su nombre cobró fama como maestro del notariado, y por su libro *Summa Notariae*. Sin embargo el desarrollo del notariado fue Rolandino. Sus principales obras fueron: "La Aurora" y "Summa Ars Notariae". Consagró su vejez a establecer las bases del notariado profesional y científico a través de sus enseñanzas.(10)

Aunque a la Escuela de Bolonia se le atribuye el mayor empuje en el desarrollo de la ciencia notarial, España estaba a la cabeza del movimiento legislativo en esta materia.

(9) *NCBI, Argentina. Tratado teórico y práctico del Derecho Notarial, Depalma, Argentina. 1970, p. 477.*

(10) *ALPECENDE, Ignacio. La Institución Notarial y el Derecho Op. cit. p. 22.*

Ya Casiodoro, senador del rey godo Teodorico, había hecho una distinción entre Juez y Notario señalando que el primero fallaba contiendas, mientras que el segundo las prevenía.

En el año 600, en las 46 fórmulas visigóticas se preveían órganos necesarios para la formación de instrumentos públicos.

El Fuero Juzgo del año 641 establecía la existencia de tres tipos de escribanos como aquellos que escribían y leían las leyes para evitar el falseamiento tanto de su promulgación como de su contenido, y a los notarios como a las personas que confirman los contratos.

Entre los siglos XII y XV, el Fuero Real y las 7 Partidas determinaron a la función notarial como pública. En general, las disposiciones relativas al notariado en estos ordenamientos jurídicos señalaban lo siguiente:

- Los escribas públicos tenían la función de evitar contiendas.

- La función notarial era de interés social, imponiéndose en inmuebles y testamentos.

- Se requerían tres testigos como mínimo.

- Los escribanos debían llevar su registro o minutarario por año, y al final poner su signo, debiendo conservar el registro.

- La redacción debía hacerse sin abreviaturas y manuscrita por el notario.
- Las cartas podían ser reproducidas siempre que mediara la autorización del alcalde, quien tenía atribuciones judiciales.
- A la muerte del escribano, sus archivos eran recogidos por el alcalde ante testigos, para ser entregados al sucesor.
- Se determinan los requisitos generales de las escrituras sobre los actos y contratos más usuales.
- En juicio, el interesado tenía que probar que quien había autorizado las escrituras era realmente escribano público en la fecha de su expedición. Si el escribano negaba, la escritura sería falsa.

Así, los instrumentos sólo acreditaban lo que se celebró. Imperaba la voluntad de los otorgantes, y el escribano sólo era un medio para garantizar una prueba del hecho de celebración del acta o contrato, pero sin que garantizará técnicamente con su competencia el justo obrar de las partes.

En 1348, en el Ordenamiento de Alcalá se emiten leyes que interesan al notariado. De tal suerte la Ley Unica del Título 16avo. preceptúa que aquel que se hubiere obligado a algo no podía aducir falta de forma o solemnidad ni falta de intervención de escribano

público, pues la obligación contraída y el contrato otorgado valía y debe ser otorgado en cualquier manera que parezca que uno quiso obligar a otro.

En la ley del Título 19avo. se indica que el testamento debía hacerse ante el escribano público.

Durante la época anterior al descubrimiento de América se dictaron cinco disposiciones sobre los escribanos y su competencia. Se restringió el nombramiento de los escribanos, y el comercio con los oficios. Se exigió examen y otros requisitos. Sólo los escribanos reales y de número estaban capacitados para intervenir en asuntos extrajudiciales y relacionados con bienes y raíces, el valor probatorio de las cartas de los escribanos era relativo e inseguro.

A principios del siglo XVI, diversas leyes señalaron que los registros de escritura debían entregarse al sucesor del muerto o privado del oficio. Se prohibió nombrar otros escribanos en los pueblos donde los hubiera de número. Los escribanos debían asentar los derechos que llevaban a las partes, tanto en el registro como en las cartas que dieran. Se ordena que en vez de una relación fuera íntegro y directamente recogido el otorgamiento público, que los originales se conservaren por el escribano, y éste sólo diere copias literales de él. Cada escribano debía tener un libro de protocolo encuadernado, en el que escribiera por extenso las notas de las escrituras en las que se

contuviera por extenso toda la escritura, especificando todas las condiciones, partes y cláusulas.(11)

Dada la existencia de leyes españolas muy antiguas, en toda Europa se va paulatinamente consagrando la figura del escribano como un cargo de orden público, y de esta manera se consolida la función notarial.

Ya en el siglo XII, la mayoría de los actos en los países de derecho escrito francés pasaban ante los notarios. Felipe el Hermoso dicta la ordenanza de Amiers de 1304, referente a la función notarial.

En 1430 el Estatuto de Saboya "De tabellionibus et notaris" habla concretamente del protocolo como el libro en el cual la minuta debía copiarse por completo. Es conveniente indicar que minuta se entiende como un borrador de un contrato que se elevaba a escritura pública cuando se llevaba al Notario.

En 1803, la Ley del 25 Ventoso del año 11 del Estado francés, fue el estatuto orgánico normativo que transformó la concepción mundial del notariado. Alcanzó tal notoriedad que las legislaciones italiana y española se basaron en ella.

(11) *COLECCIÓN*, y de *Tomas Luis Zambrano Notariado y Derecho Registral Op. cit. p. 73.*

Esta legislación contribuye históricamente, entre otras aportaciones con: 1) Conferir al notariado la calidad de funcionario público; 2) exigir la transcripción del título que acreditare el derecho del enajenante; 3) establecer el requisito para ser Notario, de una práctica ininterrumpida de 6 años.

En España en 1862, se expide en forma codificada la primera Ley Orgánica del Notariado Español, que sistemáticamente regula al Notario, la función notarial, el instrumento público y la organización notarial. Esta ley tiene gran importancia para México, ya que fue seguida por nuestro legislador. El término Notario sustituye al de escribano, le da la categoría de funcionario público y separa la actividad judicial de la notarial. Acaba con la enumeración de escribanos que existía en la tradición española. Para ser Notario se exigía haber triunfado en el examen de oposición, en el cual participaban los aspirantes que tuvieran una preparación técnica y especializada.(12)

Con el estudio histórico hecho podemos demostrar que el notariado no fue creado por el Estado, o en general por el poder público, sino que fue una función que surgió espontáneamente de la sociedad y que por su importancia la fue regulando el Estado hasta considerarla como de orden público. Siguiendo las palabras de Antonio Rodríguez Adrados (13) podemos afirmar lo siguiente:

(12) PUZOS, *Armeny del Castillo Bernarda Bausila de Derecho Notarial*, Op. cit. p. 8.

(13) RODRÍGUEZ ADRADES Antonio "Sobre las conseruencias de una funcioneupación de los Notarios" en *Revista del Derecho Notarial*, Asociación Nacional del Notariado Mexicano A.C. México, mayo de 1981, Año XXV, No. 80, p. 100.

"... el poder público interviene a posteriori para reglamentar esta profesión como tantas otras, y cuando al fin atribuye fé pública a estos profesionales y a sus documentos, no hacen otra cosa que reconocer el especial valor que en la sociedad y en los Tribunales habían conquistado, sin intentar con ello mediatizar la independencia del profesional..."

Es también conveniente señalar y demostrar en este estudio de carácter histórico, que en un principio las personas que consideramos como precedentes de la Institución notarial sólo realizaban determinadas funciones, de ahí que se les nombrara en base a la función que desempeñaban , por ejemplo: Mnemon; porque es el que recuerda y hace memoria, tabellion; por las tablas de cera en donde escribían; escribano por su oficio de escribir; Actuario, por los autos de los magistrados o jueces que certificaban; Charlutarii por las cartas que redactaba; fedatario por la fé pública de la cual se hallaban investidos, etc; pero la necesidad de obtener un documento más completo y consecuentemente que brindara mayor seguridad, hizo que en una sola persona se fueran reuniendo diferentes cualidades, dando por resultado lo que conocemos como Notario y cuyo significado actualmente tiene mayor alcance e importancia.

Respecto del concepto que actualmente se tiene del Notario, lo reservaremos al hablar del Notariado de tipo Latino que se tratará en el capítulo tercero, en donde primero señalaremos las características de otras personas llamadas también "Notarios" como son los del sistema

Anglosajón y del sistema Germánico, con el objeto de diferenciarlos del Notario de tipo Latino y así poder dar una definición de este último, ya que sus características y sus funciones son las mismas del Notario de nuestro país y más concretamente del Distrito Federal.

CAPITULO II.

LA FE PUBLICA.

Al hablar de la función notarial es imprescindible referirse a la fé pública, ya que éste es uno de los elementos que caracteriza a la actividad del Notario y le da valor a lo que hace.

En este capítulo nos ocuparemos de la fé pública de manera general para obtener algunos de los datos que nos ayuden a explicar la función notarial. Primero mencionaremos las consideraciones más relevantes, para posteriormente explicarlas con el desarrollo del presente capítulo. Dichas observaciones son las siguientes:

- La fé pública es una y no hay tantas como ramas del Derecho existen.

- El notario no es un "Puro Fedatario"; su función pública no sólo consiste en la documentación o en la dación de fé sino que abarca muchas más.

- No es presupuesto necesario, ser servidor público para ser fedatario.

- Los conceptos de función notarial y fé pública se relacionan y se explican con otros, como son: consentimiento, forma, documento, prueba, plena fé, eficacia probatoria, autenticidad, etc; los cuales están íntimamente ligados pero sin ser lo mismo.

A) CONCEPTO DE FE Y DE FE PUBLICA.

Al hablar de "fé" se hace referencia a todo aquello en que se cree sin haber sido percibido directamente por nuestros sentidos Vg. fé individual, fé religiosa, fé pública.

El concepto más cercano a la fé pública y que nos sirve de base para la explicación, es la fé religiosa, motivo por el cual de manera frecuente nos referimos a ésta comparando una con otra.

La fé se deriva de una serie de circunstancias que hacen que ciertas afirmaciones merezcan tal credibilidad. En el caso de la fé religiosa tenemos algunos acontecimientos históricos, dogmas de fé, testimonio de la vida de profetas, apóstoles, etc., que sirven para tener por ciertas determinadas verdades reveladas por Dios. En el caso de la fé pública existen una serie de elementos que nos sirven para tener como verdaderas ciertas narraciones hechas en documentos; estos pueden ser entre otros, de que dichos documentos lo hagan personas que cuenten con características de honorabilidad, capacidad técnica e intelectual y que su actividad además está regulada por un conjunto de normas.

Así pues, tenemos las primeras ideas: fé es la creencia en algo que no se percibe directamente por nuestros sentidos y se deriva de una serie de circunstancias que hacen tener como verdaderas ciertas afirmaciones.

Con esta noción podemos ya mencionar algunas de las características de la fé pública diferenciándola de la religiosa.

El grado de credibilidad de la fé religiosa depende del sujeto del cual se deriva el acto de fé, en la fé pública dada la necesidad de tener como ciertos determinados actos y hechos y de que sean aceptados, aún por toda la gente que no intervino, la ley impone que se consideren verdaderos hasta en tanto no se declare su falsedad, gozando además del poder coactivo del Estado para imponer la veracidad de las narraciones hechas en tales documentos.

Siguiendo este orden de ideas podemos agregar lo que nos explica Froylan Bañuelos (14) .

"...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, cuya resolución queda a nuestro albedrío, sino por virtud de un imperativo jurídico o coacción que nos obliga a tener por cierto determinados hechos o acontecimientos, sin que podamos decidir autonomamente, sobre su objetiva verdad de cada uno de los que formamos parte del ente social..."

(14) BAÑUELOS, Froylan. *Desarrollo Histórico, naturaleza, principios y jurisprudencia* Córdanas Editor y Distribuidor México, 1977. 1a. Edición. p. 21.

En tal sentido Gonzalo de las Casas dice que fé pública es

"presunción legal de veracidad respecto de ciertos funcionarios a quienes la ley reconoce como probos y verdaderos, facultándoles para darla a los hechos y convenciones que pasan entre los ciudadanos..."(15)

No es capricho de la ley otorgar fé pública, sino que instituye esta cualidad a ciertos documentos en consideración de una serie de circunstancias de tipo político, social y jurídico.

Es importante mencionar que como se estudio en el primer capítulo, la necesidad de que hubiera personas con funciones notariales y el desempeño de ésta, es anterior a cualquier forma u organización política o administrativa. Podemos mencionar que el Notario nace como un producto de la sociedad, y después el Estado lo único que hace es reconocer la importancia de tal función imprimiéndole fé pública a los documentos que elaboraban.

A nuestra manera de ver, podemos decir que también la fé pública ha sufrido una transformación con el transcurso del tiempo; no es necesario analizar dicha evolución en este estudio por lo cual lo único importante de mencionar al respecto es lo siguiente:

(15) *Ibidem* p. 18.

"...la fé pública notarial, comenzó teniendo, ciertamente, un alcance subjetivo; era el notario como testigo privilegiado, el que gozaba de fé pública y sólo de manera incompleta, podía transmitírsela al documento que autorizaba; el testimonio en juicio del Notario era fundamental, para mantener el valor probatorio del instrumento público. Actualmente el momento subjetivo consiste en la evidencia directa e inmediata de la realidad por el Notario -de visis et auditis suissensibus-, pero se ha objetivado en una narración documental, de manera que la fé pública ha de predicarse más que del Notario del documento mismo como una cualidad de su narración, como una eficacia documental..."(16)

Es necesario aclarar que el documento notarial y por ende la función del Notario en un principio se explicó por otras ramas del derecho como es el civil (que lo analizaba desde el punto de vista "forma") o del Procesal (que lo estudia a luz de la "prueba"); ahora existe la rama autónoma del Derecho Notarial que regula y explica la función notarial, motivo por el cual le dedicaremos un capítulo en esta tesis.

De esa consideración se explica que de manera frecuente se menciona que los documentos del Notario, los cuales gozan de fé pública "hacen prueba plena", lo cual indica una medida probatoria o de eficacia legal, términos a los que nos referiremos más adelante.

(16) RODRÍGUEZ, Adreás Antonio "Sobre las consecuencias de una funcionalización de los Notarios" en *Revista del Derecho Notarial*, Op. cit. p. 76.

Froylan Bañuelos citando a Eduardo J. Couture (17), nos comenta que

"...el concepto de fé pública se asocia con la función notarial de manera más directa que cualquier otra actividad humana..."

Con las ideas antes expuestas, podemos sostener lo siguiente: La actividad del Notario visto desde la perspectiva de la fé pública, puede explicarse de la manera que nos indica Rafael Nuñez Lagos (18):

"...Nadie al referirse al funcionario, puede decir que tenga fé pública, más que en sentido figurado, refiriéndose al autor del documento con fé pública, tienen necesariamente un autor en el ejercicio de la actividad pública.

Otra cosa es confundir la seda con el gusano y el sacramento con el ministro... el documento hace plena fé de la convicción y de los hechos narrados en presencia del Notario..."

Cabe agregar que ahora la fé pública es siempre documental y ésta no la delega el Estado, sino que su origen se deriva de la ley, que es la que nos indica qué documentos tienen fé pública y consecuentemente que hacen prueba plena.

(17) BAHUELOS, Sánchez Froylan. *Deberes de la actividad notarial, práctica y jurisprudencia*. Op. cit. p. 26

(18) NUÑEZ, Lagos Rafael. *Estudios de Deberes Notarial*. Edear, Argentina, 1976. p. 458.

También se puede demostrar que el Notario sólo dá fé por escrito; la comparecencia del Notario en un juicio hace que pierda este carácter para convertirse en un simple "Testigo"; es por ello que la certificación "extraprotocolar" es contraria a la esencia misma de la función notarial.

Una vez explicada la idea de fé y fé pública y su concepto, podemos decir que la mayoría de los escritores que analizan este tema coinciden en la noción de fé pública, es por eso que se habla de:

"...creencia legalmente impuesta..."(19) "...un grado o manera de eficacia de ciertos hechos narrados en un texto documental..."(20)
"...calidad de certeza..."(21) "...presunción legal de veracidad..."(22) "...verdad oficial impuesta por el legislador..."(23), etc.

B) ESPECIES DE FE PUBLICA.

Al mencionar que existen varias clases de fé pública, sólo se explica esto, para diferenciar los documentos con fé pública atendiendo

(19) ZUÑO, Chaurio Luis Eduardo. *Ciña Jurídica Mexicana. Procedimientos General de la República. México, 1987. Tomo III.* p. 67.

(20) MORALES, Lopez Rafael. *Estudios de Derecho Notarial. Op. cit. p. 455.*

(21) DE PANA, Urrutia Rafael. *Derechos de Derecho, Ferrnia. México, 1984. 12a. Edición.*

(22) BARRILELOS, Sánchez Proylan. *Derecho Notarial interpretación, práctica y jurisprudencia. Op. cit. p. 21.*

(23) CARRIL, y de Tomas Luis. *Derecho Notarial y Derecho Registral. Op. cit. p. 52.*

a la persona de la cual deriva; así pues, se puede hablar de la **fé pública** registral, depositada en el Director del Registro Público de la Propiedad y del Comercio; la Mercantil depositada en los corredores públicos; la Judicial en el Secretario del Juzgado; la Notarial en el Notario; la Civil en el Jefe de la oficina del Registro Civil; la Marítima en el Capitán de un buque; la Consular regulada por la ley del Servicio Exterior Mexicano y su reglamento.

La importancia de referirnos a las clases de **fé pública** en cuanto al tema que nos ocupa, es que de estos, se infiere que no es requisito indispensable ser un servidor público para ser fedatario: la **fé pública** la establece la ley. Tampoco implica que el ser fedatario confiere la categoría de servidor público, ya que esto depende del "estatuto jurídico" de la persona y de que se ubique en los supuestos que indica la ley para ser considerado como tal; lo cual se analizará por completo en nuestro capítulo sexto.

Es conveniente también indicar que, los límites de la actuación notarial van en relación con la **fé pública**, ya que les está prohibido intervenir a los Notarios en asuntos que les corresponda exclusivamente a otros fedatarios (véase artículo 35 fracción II de la Ley del Notariado para el Distrito Federal); por lo cual de esto se deriva, en que actos y hechos está autorizado para actuar el Notario y la relación que existe entre la función notarial y la **fé pública**.

C) LA FE PUBLICA NOTARIAL.

En el principio de este capítulo mencionamos una serie de conceptos como lo es el del consentimiento, la forma, documento, prueba, autenticidad, eficacia legal, etc.; y dijimos que están en íntima relación y que explican la función notarial y la fé pública. A continuación los explicaremos relacionándolos unos con otros para que quede bien claro qué significan y qué relación tienen con el tema que nos ocupa.

Al haber acuerdos entre las personas existe la necesidad de que estas exterioricen su comportamiento dando su consentimiento al celebrar los actos jurídicos.

A continuación, siguiendo las ideas de Mario Antonio Zinny (24), explicaremos como estos conceptos, de comportamiento, consentimiento y forma se relacionan con la función notarial; este autor nos explica

"...forma es la manera como el comportamiento se exterioriza, se torna reconocible en la vida de relación... la forma puede consistir en una operación o en una omisión ... más explícitamente damos forma a nuestros comportamientos: a) hablando (declaración oral); b) declaración escribiendo (declaración escrita); c) manipulando (declaración mediante computadora); d) gesticulando (declaración del mudo mediante movimientos de la mano, declaración de

(24) ZINNY, Mario Luis Edmundo. *Obras jurídicas Mexicanas*. Op. cit. p. 11.

aceptar la compra en la subasta inclinando la cabeza, etc); e) operando (edificación, tradición, etc.); f) omitiendo hablar, escribir, manipular, gesticular u operar (silencio en el interrogatorio, no restitución de la cosa recibida en depósito, etc.)...

Frente a la forma el derecho puede optar:

- a) por conceder el comportamiento de que se trate libertad formal, en cuyo caso podemos a la vez optar por formalizarlo de cualquier manera (escribiendo, hablando, etc.);
- b) por imponerle determinada forma (por ejemplo, declaración escrita, declaración escrita ante el Notario, etc.).

En el primer caso (libertad formal) suele tratarse de comportamiento cuya escasa significación no despierta la preocupación del Derecho. En el segundo (forma impuesta), de comportamientos cuya trascendencia social y económica reclama aquel grado de seguridad que el derecho logra, justamente, con la forma que elige o impone... El incumplimiento del deber de emplear la forma impuesta por el Derecho vicia el comportamiento de uno de sus elementos constitutivos y le provoca la consiguiente invalidez..."

Respecto de lo transcrito anteriormente podemos inferir lo siguiente: para exteriorizar el comportamiento y consecuentemente el consentimiento en algún acuerdo existen varias formas (hablando, escribiendo, gesticulando, omitiendo, etc.); la función notarial sólo tiene relación con la escritura o acta notarial, es decir, la manifestación de la voluntad mediante un instrumento notarial, y abarca los actos jurídicos en donde la ley exige esta forma como un requisito de existencia (por ejemplo un testamento) o de validez (Vg. un contrato de compraventa).

Con relación al documento se pueden hacer las siguientes observaciones: instrumento significa aquello que enseña algo, y este tiene a su vez dos especies, monumento y documento. La forma escrita es también denominada "forma documental". La relación que existe entre la función notarial y el documento son principalmente estas: el Notario sólo dá fé pública mediante el documento y

"...el instrumento público es obra del notario y aún cuando existan otras actividades notariales, como pueden ser asesoría, estudios jurídicos y otros; sin embargo, la actividad del Notario, desemboca la mayoría de las veces en el documento notarial... Por ello, estudiar el documento notarial es estudiar al Notario..."(25)

(25) MOAZZES, Diego Francisco de P. "Algunos aspectos del Instrumento Público Notarial", en *Revista del Derecho Notarial*, Asociación Nacional del Notariado A.C. México, marzo de 1981. No. 80, p. 13.

Como prueba podemos entender lo siguiente:

"...en sentido estricto es la obtención del cercioramiento del juzgador acerca de los hechos discutidos y discutibles, cuyo esclarecimiento resulta necesario para la resolución del conflicto sometido a proceso. En este sentido la prueba de verificación o confirmación de las afirmaciones de hecho expresada por las partes..." Así pues, esta verificación o confirmación pueden hacerse por diferentes medios (medios de prueba): a) confesión; b) documentos; c) dictámenes periciales; d) inspección jurídica; e) declaraciones de testigos (testimonios); f) fotografías, copias fotostáticas, notas taquigráficas y, en general todos los elementos apuntados por los descubrimientos de la ciencia".(26)

Los instrumentos notariales están comprendidos dentro de los medios de prueba documentales y hacen plena fé o prueba plena de lo narrado, es decir tienen la máxima medida de eficacia probatoria. El grado de prueba plena configura una prueba legal, ya que la ley es la que fija la medida de eficacia probatoria de estos documentos.

Froylan Bañuelos Sánchez(27) nos explica los grados de eficacia probatoria dentro de nuestro sistema legal de esta forma:

(26) Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. *Enciclopedia Jurídica Mexicana*. Porrúa México 1991 4ta. Edición. Tomo 20.

(27) BAÑUELOS, Sánchez Froylan. *Derecho Notarial interpretación, práctica y jurisprudencia* Op. cit. p. 72.

"...los grados de la eficacia probatoria dentro de nuestro sistema legal son tres; plena prueba; la semiplena prueba; el principio de la prueba. Por prueba plena 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 se acredita el hecho controvertido. El documento que hace plena prueba o plena fé no requiere complemento alguno... la plena prueba es el 100% de la eficacia probatoria.

Pertenece a este tipo: el instrumento público, la confesión lisa y llana... 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 pueden no brindar por sí solos todos los elementos de juicio suficientes como para dar por comprobado un hecho; pero en todo caso, varios medios de prueba semiplena complementados entre sí, reforzándose unos con otros, pueden conducir a una certidumbre... Por principio de prueba se entiende aquél que no puede nunca; por sí solo servir de prueba a la declaración de un solo testigo de probidad; a la confesión extrajudicial (principios de prueba oral); a la

confrontación de caracteres, a las copias de escrituras públicas expedidas sin los requisitos legales..."

Vemos como además de ser la función notarial de orden público, como lo estudiamos en el primer capítulo, los documentos que hace el Notario tienen efectos públicos, es decir hacen plena fé, aún frente a terceros, nadie, ni las partes, ni los sucesores, ni los terceros pueden desconocer la realidad del otorgamiento y la fé del instrumento notarial, salvo prueba de falsedad; en cambio los documentos privados, 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 a los terceros.

"...La escritura hace plena fé en cuanto a su otorgamiento. De este hecho influye la circunstancia de su autenticidad... la escritura es auténtica porque tiene autor cierto..."(28)

Una de las funciones del Notario es elaborar documentos, los cuales tienen una serie de efectos como son: primero, cumple con requisitos de forma que exige el derecho de ciertos actos, ya sea para su existencia o para su validez en la vida jurídica (forma que se exige en los contratos y actos más importantes que realizan las personas como por ejemplo, un testamento, la transmisión de bienes inmuebles, otorgamiento de poderes, etc.); segundo, tales documentos gozan de fé

(28) *Ídem* p. 72

pública y por ende así la máxima eficacia legal en su aspecto probatorio; tercero, en virtud de que hace fé el documento, es auténtico, es decir tiene autor cierto. Es conveniente mencionar que el término. Autenticación se refiere también "en un sentido genérico, a la acción de garantizar mediante un acto oficial, la certeza de un hecho, convirtiéndolo en creíble públicamente aquello que por sí solo no merece tal credibilidad". Por su propio sentido etimológico podemos darnos una idea precisa, "en este sentido, autenticación es atribución de un hecho al mismo que lo ha realizado"(29); y por último podemos indicar que además de los efectos del documento que hemos estudiado tiene muchos más, de entre los cuales podemos mencionar, la legalidad y la legitimación.

Francisco Morales Díaz nos explica estos últimos efectos de la siguiente manera:

"...Esto significa en cuanto a la legalidad:

- a) Que fueron observadas todas las leyes que normaban el negocio jurídico o acto jurídico contenido del documento notarial.
- b) Que se reunieron los requisitos legales exigidos por las diferentes leyes.

En cuanto a la legitimación:

(29) MORALES, Díaz Francisco "Algunos aspectos del Instrumento Público Notarial". en *Revista del Derecho Notarial* Ep. ed. p. 22

- a) Que actuó precisamente, quien es mencionado en la escritura pública. Esto es que no fue sustituida por otra persona.
- b) Que quien actuó, tenía poder jurídico para hacerlo.

La actividad del Notario en el campo de la Legalidad y Legitimación, implica un verdadero juicio. Antes era realizado por el Juez quien declaraba la legalidad del documento privado y lo elevaba a Instrumento público..."(30)

Es necesario indicar que el documento notarial es considerado como un documento público, siendo éste último el género y el instrumento notarial la especie. Al hablar de documento público se denomina aquel que no sólo tiene efectos entre las partes de la relación jurídica, sino también aún en aquellas personas que no intervinieron, teniendo a su vez la calidad de auténtico y valor probatorio pleno en aquello que hace constar una autoridad o fedatario en el ámbito de sus atribuciones.

El Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal en su artículo 327 señala cuáles son los documentos públicos y a la letra dice:

"...Son documentos públicos:

(30) *Historia*, p. 23.

I. Los Testimonios de las escrituras públicas otorgadas con arreglo a derecho y las originales de las mismas;

II. Los documentos auténticos expedidos por funcionarios que desempeñan cargo público en lo que se refiera al ejercicio de sus funciones;

III. Los documentos auténticos, libros de actas, estatutos, registros, catastros que se hallen en los archivos públicos o los dependientes del gobierno Federal, de los Estados, de los Ayuntamientos o del Distrito Federal;

IV. Las certificaciones de las actas del estado civil por los jueces del Registro Civil, respecto a constancias existentes en los libros correspondientes;

V. Las certificaciones de constancias existentes en los archivos públicos expedidos por funcionarios a quienes compete;

VI. Las certificaciones de constancias existentes en los archivos parroquiales y que se refieran a actos pasados antes del establecimiento del Registro Civil, siempre que fueran cotejados por notario público o quien haga sus veces con arreglo a derecho.

VII. Las ordenanzas, estatutos, reglamentos y actas de sociedades o asociaciones, universidades, siempre que estuvieren

aprobadas por el gobierno general o de los Estados, y las copias certificadas que de ellos se expidieron;

VIII. Las actuaciones judiciales de toda especie.

IX. Las certificaciones que expidieren las bolsas mercantiles o minerales autorizadas por la Ley y las expedidas por corredores titulados con arreglo al Código de Comercio;

X. Los demás a los que se les reconozca ese carácter por la Ley..."

Como se dijo el instrumento notarial es una especie del documento público y por ende tiene la cualidad de auténtico y valor probatorio pleno, gozando además de las características que se han mencionado en este capítulo.

En términos sencillos se puede mencionar que las clases de documento notarial son cuatro: Primero, las escrituras, que son los instrumentos originales, asentados en el libro autorizado por el gobierno llamado protocolo en donde se hace constar un acto jurídico (un acuerdo de voluntades encaminado a producir deliberadamente efectos de derecho, por ejemplo, una donación, una compraventa, un fideicomiso, etc.); segundo, el acta notarial es el instrumento original asentado en el protocolo en donde se hacen constar hechos (materiales o jurídicos) presenciados por el Notario a petición de la parte

interesada; tercero, testimonio es la copia en la que se transcribe íntegramente parcial o totalmente una escritura o acta notarial; y cuarta, la certificación que es una narración que hace el Notario sobre algún asunto o una parte de éste, que consta en el protocolo a su cargo.

Finalmente, la relación que existe entre documento, fé pública y función notarial es que sólo el Notario está autorizado a intervenir en asuntos que no correspondan exclusivamente a otros fedatarios o autoridades, ya que en caso contrario el Notario puede ser sancionado con suspensión hasta por un año y el supuesto de reincidencia puede ser separado en forma definitiva, independientemente de que si no está facultado para intervenir, el documento elaborado por éste no surtirá efectos y en consecuencia carecerá de valor probatorio pleno. (Véase artículos 35 fracción I, 103 fracción II, Art. 126 fracción III inciso c y fracción IV inciso a, de la Ley del Notariado para el Distrito Federal vigente).

En cuanto a la dación de fé el notario por su simple nombramiento no puede dar fé sino que además debe cumplir con los requisitos que exige la ley, mismos que se establecen como un medio para garantizar un buen servicio y seguridad en la prestación de la función notarial. Dichos requisitos entre otros son por ejemplo; en el caso de las escrituras y las actas se hagan constar en el protocolo, en el caso de los testimonios que tengan su sello y su firma y en las certificaciones que se haga constar el número y la fecha de la escritura o acta respectiva.

En síntesis, como se puede observar, estudiar al documento notarial es analizar al Notario y vemos como no se puede explicar la función notarial, sin hacer referencia a todos los elementos que se mencionaron en este capítulo. Es un error tratar de explicar dicha función enfocándola desde un solo punto de vista. Como se estudiará en el capítulo sexto, existen una serie de teorías que la analizan vista desde un sólo aspecto, por ejemplo, las teorías de la forma, de la fé pública, del poder certificante, de la jurisdicción voluntaria, etc.

En la presente tesis se trata de explicar la función notarial tomando en cuenta todos los aspectos, tanto históricos, como legales, doctrinales y fácticos.

CAPITULO III.

***EL NOTARIADO MEXICANO COMO
PERTENECIENTE AL SISTEMA
JURIDICO LATINO.***

Es conveniente señalar que el Notariado del Distrito Federal y en general el Mexicano, pertenecen al sistema de Notariado Latino (cuyos principales antecedentes, evolución y legislaciones que lo regularon, son las que se estudiaron en el capítulo primero), esto para diferenciarlo del Notariado de tipo gernánico y del anglosajón.

A continuación mencionaremos las características principales de cada sistema, para diferenciar un sistema de otro y posteriormente estos datos nos servirán para aclarar la naturaleza de la función notarial en el Distrito Federal.

A) NOTARIADO ANGLOSAJON (INGLATERRA).

En el notariado Anglosajón no existen propiamente instrumentos públicos, la intervención notarial se encamina a redactar bien un documento de trascendencia jurídica y a prestarle autenticidad a las firmas, pero tal autenticidad no es definitiva, ya que puede desconocerse ante los tribunales, y en tal caso tendrá que demostrarse la autenticidad del documento con toda clase de pruebas, entre ellas la declaración del Notario y testigos, ni es exclusiva de los Notarios la certificación ante los Tribunales, ya que puede lograrse mediante la firma de cualquier persona que concurra ante aquellos.

Por otro lado, la prueba de un documento exige la presentación del original, y sólo cuando ello no sea posible, a juicio del juez o por mandato de la ley cabe presentar pruebas. No existe posibilidad del

archivo de originales, ni de que formen protocolo notarial tanto de actos intervivos como los de última voluntad, los cuales conservan como les sugiere si interés propio. Sin embargo, la práctica notarial tienen su técnica apropiada para cada caso.(31) Además la conservación documental se realiza por los Notarios de este sistema mediante asientos en los libros de registro, donde hacen constar los detalles más esenciales de cada actuación, quedando reducido el protocolo a un libro de notas.

Podemos mencionar que las facultades del Notario Anglosajón son redactar, atestiguar y certificar las firmas de contratos y otros documentos; su intervención no lo hace auténtico en cuanto al contenido sino sólo en lo que se refiere a las firmas. La firma y el sello del Notario sólo paralizan la acción de falsedad de firmas del documento. Su actuación tiene mayor relevancia en materia internacional ya que para ellos está reservado el protesto de letras internacionales, la legalización de firmas de documentos que hayan de surtir efectos en el extranjero, así como traducir a su idioma los documentos que se hayan extendido en otras lenguas, etc.; de las funciones últimamente citadas se debe a la necesidad internacional de que ciertos documentos vayan autenticados por un oficial público de identidad indiscutible, es por eso que Gutterigge (32) ha dicho que "el Notario inglés es un funcionario con miras al extranjero".

(31) BELLEIR, Cano Antonio *Escritos de Derecho Notarial Comparado. Librería General de Victoriano Suárez, España.* 1953 p. 112.

(32) CARRAL, y Teresa Luis *Derecho Notarial y Derecho Registral Op. cit.* p. 88

Con relación a los requisitos que se requieren para ser Notario mencionaremos los que se exigen en Inglaterra y en los Estados Unidos de Norteamérica, ya que el Notario inglés y el estadounidense son los más representativos del sistema Anglosajón.

Dichos requisitos por lo que se refiere al Notario inglés son en general: a) ser ciudadano del imperio; b) hallarse exento de restricciones de capacidad; c) ser persona bien calificada; d) conveniencia y comodidad del público debidamente acreditada; e) aptitud jurídica para el cargo y f) práctica profesional.

Al respecto Antonio Rodríguez Adrados (33) nos comenta lo siguiente:

"...Basta recordar que el Common Law desconoce el documento auténtico y su eficacia de fé pública, de manera que, como dice Galgani refiriéndose en concreto al Public Notary, su intervención solo confiere al documento "un color de particular veracidad", por lo que el Public Notary únicamente puede llegar a ser considerado como "Testigo Cualificado"..."

(33) RODRÍGUEZ, Adrados: *Ante las consecuencias de una funcionalización de los Notarios* en *Anales del Derecho Notarial*, Op. cit. p. 111.

B) NOTARIADO ESTADOUNIDENSE.

Por lo que se refiere al Notario estadounidense se le exige: la ciudadanía, la mayoría de edad, residencia y recta conducta moral, avalada por determinado juez. Requiere de nombramiento y prestación de juramento. En los Estados Unidos de Norteamérica se reconoce al documento notarial mayor valor que el certificado por uno de los testigos, sus funciones del Notario son de comprobación y certificación y los efectos jurídicos de su actuación acuerdan presunción de autenticidad.(34)

En síntesis podemos decir que el Notario Anglosajón sólo necesita estar dotado de moralidad y no de ciencia, no requiere una capacidad técnica e intelectual y mucho menos ser perito en Derecho, su función se reduce a la de un ciudadano honrado que autentica firmas, que toma juramentos y declaraciones, que notifica y protesta nada más. No garantiza en absoluto la capacidad de las partes, su legitimación, no elabora el documento en cuanto a su contenido jurídico, ni vela por el respeto y cumplimiento a las normas legales, ni cuenta con la fuerza de la fé pública.

En razón a sus características podemos considerar como otra clase de notariado al de tipo Germánico, cuyas funciones mencionaremos en forma breve y sólo como referencia en virtud de que

(34) ALLEN, D.C., *Apuntes La Institución Notarial y el Derecho Op. cit. p. 78.*

este sistema se encuentra muy alejado de lo que es el Notario en México.

Este tipo de Notario lo podemos considerar como el **Notario-Juez**, ya que son como magistrados y están subordinados a los tribunales del Poder Judicial de los cuales dependen, lo cual se puede decir que su actuación es más judicial que extrajudicial, lo que se demuestra con sus funciones de las cuales podemos mencionar entre otras las siguientes: intervienen en testamentarias, en la ejecución de sentencias, en la administración judicial de los bienes, en actos privados dando fé del conocimiento de las partes y de la legalidad del acto y también esta a su cargo el registro de la propiedad actuando como jueces registradores. Finalmente es importante mencionar que no son retribuidos por las personas a quienes presten sus servicios sino por el Estado.

C) NOTARIADO LATINO.

Pasando a estudiar al Notariado Latino, que como antes indicamos, sus principales antecedentes y evolución ya se estudiaron; ahora vamos a analizar cuáles son las más importantes funciones de este tipo de Notario que son las que se mencionan en el siguiente concepto: Notario es un profesional del Derecho con cualidades de honorabilidad, imparcialidad, preparación y capacitación que realiza una función pública; escucha a las partes, interpreta su voluntad, las asesora, examina la legalidad de los títulos y la legitimación de las

partes, redacta los documentos que le solicitan elaborándolos tanto en su contenido como en su forma, dándoles forma legal, los lee, los explica, los autentica (es decir, los autoriza, imprimiéndoles fé pública), los reproduce, los inscribe en el Registro Público necesario; conserva los originales de las escrituras y actas en los libros autorizados por el Estado llamados protocolos, para después de un tiempo mandarlos para su guarda definitiva a la autoridad correspondiente.

En virtud de las características físicas, morales e intelectuales que tienen los Notarios la ley atribuye un especial valor a los documentos que de ellos dimanen; es por ello que una de las características más importantes, es que por siglos este tipo de Notario ha sido y es depositario de fé pública.

Podemos decir de manera general que este tipo de Notario está autorizado para intervenir en todos los asuntos de materia extrajudicial y también en aquellos que no estén reservados para otro tipo de fedatarios (como por ejemplo, el jefe del Registro Civil que está facultado para hacer constar los actos y hechos relativos al estado civil de las personas).

Una gran cantidad de países llevaban este sistema de Notariado, unos en principio por cuestiones históricas como fue lo ocurrido con España que llevó este sistema a la América Española (el cual es nuestro caso), Portugal al Brasil, Francia a Louisiana en Estados Unidos y a la provincia de Quebec en Canada; otros de tradición

jurídica diferente, lo adoptaron por la seguridad que brinda como es el caso de Japón y Turquía y actualmente tiende a abrirse paso por todo el mundo.

Es muy importante mencionar que independientemente de la organización que tienen los Notarios en sus respectivos colegios y de las agrupaciones de carácter interno en cada país, los Notarios también se encuentran organizados a nivel internacional en la "Unión Internacional del Notariado Latino" integrado por países de diferentes lenguas (como son Alemania, Francia, México, Turquía, Holanda, Japón, Grecia, etc.) y por países de tradición jurídica diferente.

Otros países que no forman parte de esta unión envían observadores a sus congresos y son varios los que tienen solicitada o desean solicitar su admisión, intentando al propio tiempo acercarse a la organización Notarial Latina.(35)

Al respecto, el señor Gilles Damers, Presidente de la Unión Internacional del Notariado Latino (36) nos menciona que:

"...la Unión Internacional del Notariado Latino es un organismo no gubernamental que agrupa en la actualidad a cincuenta notariados miembros distribuidos en cuatro continentes:

(35) RODRÍGUEZ, Abogado Antonio "Sobre las conveniencias de una fusión europea de los Notarios" en *Revista del Derecho Notarial*, Op. cit. p. 109.

(36) Palabras que usó el señor Gilles Damers para ser pronunciadas en el acto de Inauguración para conmemorar el centenario aniversario de la fundación del Colegio de Escribanos de México (18 de junio de 1992)

América (del Norte y del Sur), Europa, Africa y Asia. Ha sido reconocido oficialmente por más de treinta organizaciones supranacionales e internacionales tan prestigiosas como:

El Consejo Económico y Social de la ONU, la UNESCO, la FAO, la CEPAL, el Consejo de Europa, la OEA, el Pacto Andino, la CEE y INIDROIT. Mantiene relaciones asiduas con cada una de estas organizaciones por intermedios de representantes acreditados ante ellas... y agrega que... el Notariado Mexicano se destaca de hecho como uno de los notariados más importantes de la Unión Internacional del Notariado Latino y constituye uno de los faros desde donde se irradia nuestra profesión en América.

Gracias a su constante ayuda y colaboración diligente, la Unión Internacional del Notariado Latino ha podido impulsar la expansión de nuestra profesión, especialmente en esta parte del centro y norte de América..."

Respecto a los Congresos Internacionales del Notariado Latino, Luis Carral y de Teresa (37) nos comenta en relación a las diferentes resoluciones y recomendaciones, que "...están basados en concienzudos estudios presentados por los Notarios de los países con notariados de este tipo. Deben servir de guía a los legisladores, pues los Notarios que

(37) CARRAL, y Teresa Luis. *Derecho Notarial y Derecho Registral* Op. cit. p. 173.

han estudiado desde el punto de vista práctico y a la luz de la doctrina, que ellos dominan. Representan el sentir de todos los países miembros de la Unión, ya que por ellos fue aprobada y en muchos casos por unanimidad de votos...”

A continuación transcribimos algunas de las consideraciones y resoluciones de los diferentes congresos, relacionándolos con el tema de la presente tesis y que nos servirán para el desarrollo de las ideas que se exponen, aclarándonos la naturaleza de la función notarial:

“(Octubre de 1948, en Buenos Aires.)

PRIMER CONGRESO.

I. Derecho Tributario Notarial.

I. La vinculación de la función notarial con el Derecho Tributario debe circunscribirse -en el aspecto fiscal- administrativo - al control y fiscalización de los impuestos; y, en el aspecto fiscal-sustantivo, debe referirse a la prestación o negación de la función pública notarial al contribuyente infractor.

V. Carácter y alcance de la función notarial.

Organización del notariado.

Punto 5o. del temario: Que el honorable Congreso declare:

a) Que el notario latino es el profesional del derecho encargado de una función pública consistente en recibir, interpretar y dar forma legal a la voluntad de las partes, redactando los instrumentos adecuados a ese fin y confiriéndoles autenticidad, conservar los originales de éstos y expedir copias que den fé de su contenido.

SEGUNDO CONGRESO.

(Octubre de 1950, en Madrid)

VIII. Ejercicio de la función notarial.

Para el buen ejercicio de la función notarial se requieren no sólo los requisitos de la capacitación técnica determinados en el punto a), sino, además, una especial vocación profesional y una recta independencia incompatible con los nombramientos a plazo y con la sumisión al arbitrio gubernativo; por lo que se declara que el notario debe ser inmovible, a no ser por condena penal impuesta por los Tribunales de Justicia en caso de delito, o por expulsión sancionada por Tribunal de honor integrado por sus propios compañeros en caso de comisión de faltas que afecten el decoro de la profesión, o por jubilación de cada país. Todo ello sin perjuicio de los derechos privados del notario sancionado.

TERCER CONGRESO.
(Abril de 1954, en París)

I. El Derecho Notarial, derecho autónomo de la Forma.

I. Sobre el Derecho Notarial. Declaraciones: Primero: El derecho notarial es un conjunto de disposiciones legislativas, reglamentarias, usos, decisiones jurisprudenciales y doctrinas que rigen la función notarial y el instrumento público notarial,

Segundo: Este derecho existe en los países adheridos a la Unión debe ser objeto de investigaciones científicas.

Recomendaciones:

a) Los notarios adheridos a la Unión deben emprender y alentar las investigaciones acerca del derecho notarial, mediante juristas especializados, conferencias, artículos de revistas, monografías sobre temas relativos a la función y al instrumento notarial en su doble aspecto dogmático e histórico. La primera realización debe ser la publicación de bibliografías por cada notariado.

b) El trabajo científico debe tener presentes los principios esenciales siguientes:

1o. El notario está investido de una función pública, pero en el marco de una profesión liberal. En este ejercicio los estatutos notariales deben asegurarle plena autonomía en relación al Estado y a la Administración Pública.

3o. Los notarios son los profesionales del derecho más próximo a la vida por su situación en el punto de confluencia de las leyes y de los hombres. Esta situación les impone un elemento vivificante en la sociedad; en sus relaciones con quienes depositan en ellos su confianza, deben humanizar las normas jurídicas y adaptar la contratación a las necesidades de los particulares.

II. Sobre la codificación del Derecho Notarial. La codificación debe ir precedida en cada país por compilaciones de textos legislativos sistematizados.

Esta compilación de textos debe ser tomada a su cargo por cada uno de los notariados nacionales.

Se considera de sumo interés práctico la ordenación sistemática de todos los textos referentes a la función notarial y al instrumento público.

II. Comparación de los modos de ejercicio de la profesión.

La Comisión, que tiene en su seno representantes de 12 países de la Unión, ha hecho un estudio comparativo de los modos de ejercicio de la profesión bajo tres aspectos, ofreciendo la síntesis siguiente:

a) Papel o función del notario:

En todos los países de la Unión el notario desempeña una función activa, siendo doble misión.

Aconsejar o asesorar a las partes como profesional del derecho.

Redactar y autorizar los documentos, ejerciendo la fé pública notarial.

El primero de dichos aspectos, de consejero o asesor, está ya reconocido expresamente en el Reglamento notarial español, y resulta derivado en los demás de la costumbre, como un deber moral inseparable de la profesión.

b) Ejercicio de las funciones:

En todos los países latinos las partes pueden elegir libremente el notario, quien ejerce sus funciones sin limitación entre los particulares.

c) Ingreso a la profesión:

Algunos países exigen únicamente para poder ejercer las funciones de notario un examen profesional, otros exigen diplomas de estudios jurídicos.

En la mayoría de los países la mujer tiene acceso a la profesión.

III. El documento notarial en el Notariado Latino.

La Comisión comprueba que en todos los países de la Unión:

a) El documento autorizado por notario constituye, por el hecho de serlo y en virtud de la delegación del poder público, para darle carácter de autenticidad no puede ser desconocido más que atacándolo por causa de falsedad.

b) El documento notarial tiene fuerza ejecutiva inmediata...

Sean cuales fueren las distintas modalidades del papel del notario en los diferentes países, y sean cuales fueren los distintos estatutos que rijan cada organización notarial:

1o. El notario desempeña un papel eminentemente social, ya sea como hacedor del instrumento notarial, o bien como consejero conciliador de las partes que ante él recurran.

2o. Para el normal desempeño profesional debe gozar de la independencia necesaria. La excesiva injerencia administrativa podria limitar su función social.

3o. El Estado tiene interés en proteger esta independencia que asegura el cumplimiento de esta función social, y debe acordar por tanto al notario el máximo de facultades posibles.

CUARTO CONGRESO.

(Agosto de 1956, en Río de Janeiro)

Considerando que resultara el mayor interés para el notariado de los países miembros el tener a su alcance un código semejante, el cual deberá contener, primero, una exposición sobre la estructura política de cada uno de los países y el lugar ocupado por el notario en dicha estructura, y, segundo, un resumen de la legislación de cada país en lo concerniente al notario y a la naturaleza y extensión de sus funciones.

SEPTIMO CONGRESO.

(Septiembre de 1963, en Bruselas)

9. El documento notarial.

El Congreso recomienda:

Considerando:

a) Que el documento notarial constituye un medio de prueba legal;

c) Que el documento notarial es, muchas veces, indispensable para el nacimiento del Derecho.

Se recomienda proseguir el estudio del tema considerando estos diversos puntos, especialmente el papel del notario en la formación y autorización del documento y todos sus efectos, para llegar a determinar su naturaleza jurídica.

OCTAVO CONGRESO.

(Octubre de 1965, en México)

COMPETENCIA NOTARIAL.

La llamada "jurisdicción voluntaria" en relación a la competencia material del notario -Contenido- Facilitación extraterritorial de las Resoluciones judiciales en materia de jurisdicción voluntaria.

Declaraciones:

1. El término "jurisdicción voluntaria" no satisface por ser equívoco y debe buscarse una denominación específica para aquellos actos actualmente encuadrados en el concepto genérico de jurisdicción

voluntaria que, por su naturaleza, corresponden a la competencia notarial.

2. a) Son de competencia notarial, abstracción hecha del órgano que actualmente puede conocer de ellas aquellas actividades en las que concurren las siguientes características:

La comprobación y autenticidad de hechos que pueden ser seguida de un juicio valorativo de un acto no litigioso que ha de documentarse y del cual el órgano que emite tal juicio no es parte. Dicho juicio valorativo consiste en determinar si el acto reúne los presupuestos y requisitos exigidos en cada caso por el ordenamiento jurídico para la producción de un determinado efecto.

b) El notario, en dichos actos, interviene investido de una función pública.

c) La intervención notarial deberá cesar cuando el acto devenga litigioso.

NOVENO CONGRESO.

(Septiembre de 1967, en Munich)

COLEGIOS O CAMARAS NACIONALES.

Funciones:

El Congreso declara:

El notariado como corporación, debe estructurarse de forma que asegure la vigencia de los principios en que se sustenta la institución notarial, la defensa de los derechos de los notarios, su bienestar moral y material y los intereses de la comunidad a cuyo servicio está.

Para cumplir estos objetivos:

a) Los colegios deben funcionar como personas jurídicas de derecho público (o corporaciones de derecho público o establecimientos de utilidad pública), en los que el Estado deriva algunos de sus atributos, sin que por ello se les deba considerar parte de la administración pública sino organismos que, entre sus funciones, tienen las de coadyuvar con los poderes públicos en la consecución de sus fines.

b) La calidad del colegiado debe ser inherente a la del notario y por ello, no debe requerirse de su parte expresión de voluntad alguna previa ni posterior a su investidura....(38)

(38) *PECEZ, Forerías del Castillo Booneda. "Resoluciones de los congresos Internacionales del Notariado Latino" Boletín de Derecho Notarial, Asociación Nacional del Notariado. México, diciembre de 1985. Año XXIX, No. 93. p.p. 91-129.*

De lo transcrito anteriormente se desprenden ciertos principios que orientan la formación de normas. Es necesario indicar que cualquier norma que se expida que vaya en contra del sentido de estos principios estaría desvirtuando y contrariando la esencia misma de la función notarial.

En este capítulo sólo nos limitamos a reproducir las partes de las consideraciones y resoluciones de algunos de los Congresos de la Unión Internacional del Notariado Latino, para posteriormente citarlas en nuestro capítulo sexto, al explicar desde nuestro punto de vista la función notarial y lo que es el Notario.

CAPITULO IV

***DESARROLLO HISTORICO
DEL NOTARIADO EN EL
DISTRITO FEDERAL.***

A) DE LA NUEVA ESPAÑA A 1865.

En este capítulo de manera general mencionaremos las legislaciones y acontecimientos que se han destacado en el nacimiento y evolución del Notariado en el Distrito Federal.

Es conveniente indicar que ya entre los aztecas en Tenochtitlán había personas con actividades asimiladas a las funciones notariales que era el de hechos y sus conocimientos legales, le permitían confeccionar documentos y asesorar a los contratantes cuando se necesitaba concertar una operación, sin tener carácter de servidor público, ni de fedatario (39). Por la actividad que realizaba se puede considerar como precedente del Notariado, ya que coincidía su oficio con el de las personas que estudiamos en nuestro primer capítulo (escribas, tabularis, tabelion, Menmon, etc.). Sin embargo, no lo citamos como antecedente directo del Notario del Distrito Federal, ya que no se puede ubicar dentro de la evolución de este último.

Si hay algo que reconocerle al Notariado es su antigüedad y su permanencia. Respecto a su antigüedad como ya vimos en todas las culturas ha habido personas que se pueden considerar como precedentes de la Institución notarial y en especial con relación al notariado en América podemos comentar que ya en las tres carabelas del viaje de Colón venía el primer notario de América, éste era Rodrigo

(39) *PCRZ*. *Arquistas del Castillo Borromeo "Responsabilidad Penal del Notario" Revista de Derecho Notarial* Op. cit. p. 10.

de Escobedo, escribano del Consulado del Mar, quien debía llevar el diario de la expedición, el registro del tráfico de mercancías, el libro de hechos sobresalientes y la actividad de la tripulación. Fue éste el que dió fé y testimonio de la toma de posesión, en nombre de los Reyes Católicos, de la Isla de Guanahani. En la isla española continuó ejerciendo sus funciones de escribano, es por ello que se considera como el primer escribano que ejerció en América. Respecto a la permanencia, podemos ver que la organización del estado y sus servidores públicos (gobernadores, cabildos, etc.) van cambiando pero la actividad del Notario siempre fue permanente.

No se hizo esperar la intervención notarial en la conquista de América y en especial de México. Hernán Cortés desempeñó el oficio de escribano en Santiago de Baracoa y posteriormente, por medio de escribanos hizo una serie de requerimientos a los nativos asentados en los distintos territorios. Al respecto Mario Monroy Estrada y Francisco Vázquez Pérez (40) nos comentan lo siguiente:

"...Bernal Dfáz del Castillo, en la historia de la Conquista de la Nueva España, hace la primera mención del papel que desempeñaron los escribanos en la conquista al relatar que, cuando Cortés trató desembarcar en las costas de Tabasco, en el Río Grijalva, y se encontró frente a la actitud hostil de los

(40) U432163. Pérez Franiso y Monroy Estrada Mario "Antecedentes, Evolución Histórica, Estado Actual y Tendencias del Notariado en cada Entidad de la Federación" en *Revista de Derecho Notarial Mexicano* México, diciembre de 1962. Año 17, No. 20X, p. 140.

aborígenes, ordenó a Diego de Godoy que, con su carácter de escribano del Rey, hiciera a los indios un requerimiento de paz, que los aborígenes rechazaron, lo que dió lugar al primer combate en forma, llevando la peor parte los indígenas, que fueron dispersos por los conquistadores y Cortés tomó posesión de esas tierras a nombre de los Reyes Castellanos, todo ello ante la fé del escribano, quien tomó nota de lo acontecido... A partir de ese momento el escribano está siempre al lado de Cortés para dar fé de los actos y de los hechos que el conquistador escribano realiza..."

Con la toma de Tenochtitlán en 1521 se consuma la conquista ocasionando la incorporación de la Nueva España a la Corona de Castilla, como uno de sus reinos y consecuentemente la incorporación de su derecho a las tierras conquistadas. Respecto del Derecho Notarial, comentaremos las características y disposiciones más importantes que se aplicaron en ese entonces. En esa época las características de la escribanía eran: una actividad privada realizada por un particular que tenía características públicas tales como un nombramiento especial y el signo otorgado por el Rey, valor probatorio pleno de los instrumentos autorizados por el escribano y sobre todo, la prestación de un servicio público. El escribano era retribuido por sus clientes de acuerdo con un arancel de aplicación obligatoria. El rey señalaba el signo que debía usar cada escribano. Si un instrumento público tenía la firma del escribano pero no así su signo, el documento

no tenfa valor probatorio alguno, pues le faltaba la autoridad del Estado que éste representaba.

La actividad del escribano fue muy importante durante la colonia, pues daba seguridad y continuidad a los negocios, constituía un factor muy importante en la recaudación fiscal.

La legislación en España le dió gran importancia en el desarrollo de la forma y el notariado, así vemos como varias leyes lo regularon como fue el Ordenamiento de Alcalá de Henarés de 1348, las Leyes de Toro, La nueva Recopilación de Felipe II de 1567, las Siete Partidas y la Novísima Recopilación de 1805 por Carlos IV, etc. Bernardo Pérez del Castillo (41) nos menciona:

"...En el siglo XIII, al igual que en otro tiempo Justiniano hizo en Constantinopla, en España, Alfonso X el sabio, realiza una majestuosa obra de recopilación y de Legislación, primero con el Fuero Real, después con el Especulo y finalmente con las Siete Partidas en las que regula ampliamente la actividad del escribano. En las Siete Partidas, la tercera describe al escribano como:

"Esciuano tanto quiere decir, como ome que es sabidor de screuir; e son dos manera dellos. Los vnos, que escriuen los preuillejos, e

(41) PÉREZ, Bernardino del Castillo. *Apuntes para la Historia del Notariado en México Porrua, México, 1985. 1a. Edición*
p.p. 6-7.

las cartas, e los actos de casa del Rey, e los otros, que son los Escriuanos publicos, que escriuen las cartas de las vendidas, e de las compras, e los pleytos, e las posturas que los omes ponen entre sí en las Cidades, e en las Villas".

En esta legislación aparece que la facultad de dar fé pública le corresponde al Rey:

"Poner Escriuanos es cosa que pertenece a Emperador o a Rey. E esto es, porque es tanto como vno de los ramos del Senorío del Reino".

quien delega en:

"Leales e buenos entendidos deuen ser los Escriuanos de la Corte del Rey, e que sepan bien escriuir; de manera que las cartas que ellos fizieren, que bien semeje que de Corte del Rey salen, e que la fazen omes de buen entendimiento: ...E otros; deuen ser sabidores en escreuir bien, e entendidos de la Arte de la Escriuiania, de manera que sepan bien tomar las razones, o las posturas que los omes pusieren entre si ante ellos".

Originalmente el nombramiento de los escribanos se hace por el Rey, precediendo examen y aprobación por el Consejo Real, según Ley 1, título 8, libro 10 del Fuero Real y la Ley 3, título 19, partida 3. Pero por el incremento de su número hubo de delegarse su nombramiento a

las audiencias territoriales, con competencia para examinar, por orden del gobierno, a los que en su distrito pretendieran ser escribanos públicos, previos los requisitos establecidos a que se establezcan por las leyes, teniendo los examinados, con el correspondiente documento la aprobación, el derecho para obtener el título. (42)

Pensamos que antes, por la identificación que había del Rey o monarca con el Estado, se decía que en aquellos residía la fé pública y que la podían delegar en personas que ellos indicaran (gente de su confianza), ahora podemos mencionar que la fé pública reside en el Estado y sólo la ley indica que documentos, atendiendo a la persona que los hizo, gozan de la fé pública y en consecuencia hacen prueba plena. Es por ello que el origen de la fé pública está en la ley, y sólo en el caso del Notario, para que puedan elaborar tales documentos que hagan plena fé, por cuestiones históricas, requiere previamente del fiat del estado, es decir, de un nombramiento especial.

En las Siete Partidas se señalaron dos clases de escribanos, los primeros llamados de la Corte del Rey se encargaban de escribir y sellar las cartas y los privilegios reales y los segundos llamados Escribanos públicos, que autorizaban las actas y contratos que celebraban los particulares y hacían constar las diligencias judiciales promovidas ante un juez.

(42) URSZULAK, Pirosy Irenusz y Mányi Erzsébet Maria "Antecedentes, Evolución Histórica, Estado Actual y Tendencias del Notariado en cada Entidad de la Federación" en *Anuario de Derecho Notarial Mexicano*. Op. cit. p. 173.

Las leyes de Indias hacían la siguiente enumeración:

- Escribanos reales (tenían autorización real para desempeñar el cargo en cualquier lugar de los dominios del Rey de España, menos donde hubiese numerarios.)

- Escribanos de número (escribano que sólo podía ejercer sus funciones dentro de una circunscripción determinada)

-Escribanos Públicos (se refería a su función pública y a su cargo)

Al lado de éstos existían otros funcionarios que eran fedatarios única y exclusivamente en el desempeño de sus funciones específicas.

En esa época, la connotación de la palabra notario se refería a los escribanos eclesíasticos regulados por el Derecho Canónico que tenían como competencia los asuntos propios de la Iglesia.(43)

Antonio Rodríguez Agrados nos menciona que la forma de asociación del Notario es el Colegio Profesional, lo cual es un criterio más que nos sirve para saber que estamos en presencia de un profesional y no ante un servidor público. Al respecto nos indica que

"...profesión liberal y colegio profesional son realidades que se

(43) Pérez, Fernández del Castillo Bernardo *Apuntes para la historia del Notariado en México* Op. cit. p. 14.

exigen la una de la otra; el colegio no puede existir sin una profesión que constituya su subsistencia y la profesión no puede quedar perfectamente definida y defendida sino se articula en un Colegio..."(44)

A continuación, siguiendo las palabras de Froylan Bañuelos Sánchez (45) explicaremos de manera breve como se han venido organizando los Notarios del Distrito Federal, de donde se desprende que siempre se ha agrupado en Colegio Profesional.

Desde 1573 los escribanos de la Ciudad de México decidieron formar una cofradía llamada "De los cuatro santos evangelistas". En 1577 decayó la Institución como agrupación de escribanos porque admitió en su seno toda clase de personas. El 22 de junio de 1792 el Rey Felipe V concede a un grupo de escribanos de la ciudad de México autorización para que pudieran establecer un colegio con el título de Real, bajo la protección del Consejo de Indias, autorizado para usar el sello con armas reales y gozando de los privilegios correspondientes . El 2 de diciembre de 1792 se erigió solemnemente el Real Colegio de Escribanos de México. El 4 de enero de 1793 el Colegio estableció una academia de pasantes y aspirantes, que otorgaba certificados de competencias para el ejercicio del cargo. Este colegio sigue funcionando llamándose "Colegio de Notarios de la Ciudad de México A.C."

(44) RODRIGUEZ, Adolfo Antonio "Sobre las convenciones de una juramentación de los Notarios" en *Boletín del Colegio Notarial*, Op. cit. p. 76.

(45) BAÑUELOS, Froylan Sánchez *Notario: interpretación, práctica y jurisprudencia* Op. cit. p. 4

A la consumación de la Independencia se siguieron aplicando en México, la legislación española, las leyes de Indias y demás disposiciones legales que no fueran en contra de las normas nacionales, hasta que se expidieran las nuevas leyes y decretos.

Antes de desarrollar estas ideas es importante comentar, que a partir de la independencia el régimen político de la República Mexicana ha fluctuado entre el federalismo y el centralismo; cuando el federalismo ha sido el sistema, la materia notarial es local, cuando el régimen ha sido el centralismo, las disposiciones notariales son generales, de aplicación en todo el territorio.

Ya en el México independiente las disposiciones jurídicas más importantes fueron las siguientes:

El primero de agosto de 1831 hubo una circular de la Secretaría de Justicia en donde se señalaban algunos de los requisitos para obtener el título de escribano en el Distrito Federal y Territorios. Esta decía "...El depósito de la fé pública que se hace en los que obtienen el título de escribanos, exige en ellos un fondo de instrucción práctica y una acreditada probidad en sus costumbres, como que su ministerio tiene por objeto autorizar, asegurar y guardar los secretos y los derechos e intereses más importantes de los ciudadanos; ...Con tal objeto, ha tenido a bien de disponer el Exmo. Sr. Vice-Presidente que la Suprema Corte de Justicia no admita a examen a los que aspiren a tales nombramientos en el Distrito Federal y territorios, sino en el caso

de que haya alguna vacante, y cuando hayan justificado legalmente que después de haber cursado las academias del colegio respectivo, si fuesen vecinos de esta capital o no siéndolo, de haber estudiado y practicado el tiempo suficiente, han sido examinados, y calificada su aptitud por el mismo colegio. Además deben producir una información de buena vida y costumbres en que deberá oírse al síndico común, y que se extienda a probar no haber estado nunca procesados, ni acusados de delitos públicos, principalmente de falsedad".(46)

El 30 de noviembre de 1834 se expidió el decreto sobre la Organización de los juzgados del Ramo Civil y del Criminal en el Distrito Federal" (Federalista). Señalaba que en cada juzgado de lo civil existirían anexos dos oficios públicos, vendibles y renunciables, servidos por los escribanos propietarios de ellos, o por substitutos cuando procediera. En relación con este decreto y respecto de esa época nos comenta Mario Monroy Estrada y Francisco Vázquez Pérez que

"...Esto implica, como ya se dijo antes, que en cuanto al fondo, la organización notarial no había sufrido modificación alguna tal como la habíamos heredado del derecho castellano. Asimismo, los escribanos con dicho carácter, continuaban interviniendo como escribanos actuarios de los juzgados".(47)

(46) *ANQ*, 3, "Arzobispado del Castillo de maraca. Expedientes para la reorganización del Distrito Federal en México" Op. cit. p. 35.

(47) *UNQ*, 3, "Arroyo Francisco y Monroy Estrada Mario "Antecedentes, Evolución Histórica, Estado Actual y Tendencias del Notariado en esta Entidad de la Federación" en *Revista de Derecho Notarial Mexicano* Op. cit. p. 151.

En 1840 el cobro por la prestación de funciones del escribano ha estado sujeto al arancel expedido por la autoridad.

Juan Rodríguez de San Miguel en su obra *Curia Filipica Mexicana* nos menciona que existen tres clases de escribanos que eran los nacionales, los públicos y de diligencia:

"...los primeros son los que habiendo sido examinados y aprobados por la Suprema Corte de Justicia del Distrito o por los Tribunales superiores de los Estados, han obtenido el título correspondiente; antiguamente se les daba a estos el epíteto de reales. Los públicos son aquellos que tienen oficio o escribanía propia, en la que protocolan o archivan los instrumentos que ante ellos se otorgan. Los escribanos de diligencias, son los que practican las notificaciones y demás diligencias judiciales..."(48)

El 30 de noviembre de 1846 se expidió un decreto que en cuanto a los escribanos públicos y los de diligencia en materia civil, determina en su parte conducente lo siguiente:

"...2. A cada uno de los juzgados de lo civil estarán invariablemente anexos dos oficios públicos, vendibles o renunciables, de los que existen legalmente en la capital, y estos serán servidos por los escribanos propietarios de ellos, o por

(48) *PCREZ, Porfirio del Casillo. Breve Apuntis para la Historia del Notariado en México. Op. cit. p. 35.*

tenientes o sustitutos en sus casos respectivos, conforme a lo establecido en las disposiciones de la materia.

3. Los jueces de lo civil reunidos, harán desde luego la distribución de sus oficios;...

4. No se comprenden en los dos artículos precedentes las escribanías de guerra, las cuales se ocuparán exclusivamente de su ramo.

5. En cada oficio, además de un escribano de diligencias nombrado por el gobierno supremo, a propuesta del juez propietario respectivo, quien oirá previamente el informe del escribano público a quien corresponda...

10. Los juzgados del ramo criminal continuarán organizados en los términos que lo han estado hasta aquí, conforme a la ley de 23 de mayo de 1837..."

De lo transcrito anteriormente se desprende que, por sus características el escribano público se considera antecedente del Notario actual y el escribano de diligencias es lo que hoy conocemos como el secretario del juzgado y el Actuario.

También se puede observar que los escribanos públicos no podían intervenir en asuntos de carácter penal o reservados a otros fedatarios con funciones específicas como eran las escribanías de guerra.

En 1853 se expidió la "Ley para arreglo de la administración de Justicia en los Tribunales y Juzgados del Fuero Común." (centralista). En su título octavo establece una nueva organización nacional para el notariado; exige y determina que el "Escribano Público de la Nación" debe ser mayor de los 25 años; tener escritura de forma clara, conocimientos de gramática, aritmética y haber cursado dos años de las materias de derecho civil relacionados con la escribanía, y otro de práctica forense y otorgamiento de documentos públicos; práctica de los años; honradez y fidelidad; aprobar un examen ante el Supremo Gobierno, el que por obligación debería de ser inscrito en el Colegio de Escribanos, así como el uso de firma y signos determinados para poder actuar; conserva a los escribanos actuarios para el servicio de los tribunales y les encomienda el ejercicio de los oficios de hipoteca; y cuestión importante de esta misma ley, es que declara en vigor todas las disposiciones legales anteriores, sean castellanas o nacionales. También en esta ley la escribanía mantenía las características de la tradición española, entre ellas, que los escribanos, seguían estando encuadrados dentro del poder judicial.

B) DE 1865 A 1901.

En la época del segundo Imperio, durante el gobierno de Maximiliano de Hamburgo (de mayo de 1864 a junio de 1867) se expidió la Ley Orgánica del Notariado y del Oficio de Escribano, el 30 de diciembre de 1865. Esta ley es especialmente importante para la historia del Notariado en nuestro país, ya que es la primera Ley del Notariado, es decir, es la primera disposición que en forma sistemática regula al Notariado con exclusividad y además dicha ley se aplica en todo el territorio nacional.

Debemos poner de relieve que esta ley hace una distinción fundamental entre el Notario y Escribano. Para ella, el Notario Público es (Art. 1), un funcionario revestido por el soberano de la fé pública, para extender y autorizar las escrituras de los actos y contratos "intervivos o mortis causa". Al paso que el escribano es (Art. 75), un funcionario revestido de la fé pública para autorizar, en los casos y forma que determine la ley los actos. Del texto de los artículos 79 y 80, podemos asimilar el concepto de escribano al que en la actualidad desempeñan los secretarios del juzgado y los actuarios.(49)

En los años sesentas del siglo pasado cuando al fin triunfó la organización federal, el derecho civil así como el notarial fue de competencia local. Para el año de 1867 pocos Estados habían

(49) *Andrés*, p. 51.

organizado su notariado por lo cual se conformaron con seguir cumpliendo las disposiciones castellanas, en cuanto no se opusieran a la constitución del estado y a las normas nacionales expedidas hasta ese entonces. El primer intento de organización local por entidad, de trascendencia en el país, es la Ley Orgánica de Notarios y Actuarios del Distrito Federal del 29 de noviembre de 1867. Esta ley distingía a los Escribanos en Notarios y Actuarios, y a la letra dice lo siguiente:

"...Art. 1/o. Los escribanos se dividen en notarios y actuarios.

Art. 2/o. Notario es el funcionario destinado para reducir a instrumento público los actos, contratos y últimas voluntades en los casos que las leyes lo prevengan o lo permitan.

Art. 3/o. Actuario es el funcionario público destinado para autorizar los decretos de los jueces, de los arbitros y arbitradores, y practicar las diligencias que les ordenen, en los juicios civiles o criminales, y en los actos de jurisdicción voluntaria.

Art. 4/o. Son incompatibles en su ejercicio, la profesión de Notario y la de Actuario: en consecuencia, no podrán ejercerse simultáneamente por una persona.

Art. 5/o. Es atribución de los notarios autorizar en sus protocolos, con total arreglo a las leyes, toda clase de instrumentos públicos.

Art. 6/o. Son atribuciones de los actuarios:

1/a. Intervenir en los juicios, en los términos prevenidos en el decreto del 15 del presente mes.

2/a. Practicar y autorizar las diligencias de los juicios arbitrales.

3/a. Asistir a los inventarios extrajudiciales, cuando las partes lo quieran.

4/a. Intervenir en todos los actos y diligencias de jurisdicción voluntaria y en el bastanteo de poderes ultramarinos. Por el ejercicio de estas atribuciones, con excepción únicamente de la primera, pueden cobrar derechos con el arancel vigente hoy..."

De los artículos transcritos anteriormente es muy importante destacar dos puntos de trascendencia:

Primero, que se pone de manifiesto que el Notario podía autorizar "con total arreglo de las leyes toda clase de instrumentos", por lo cual no podía actuar en aquellos asuntos que las leyes confieran en forma exclusiva a otros servidores públicos o fedatarios y además de la lectura de dichos artículos se desprende que los actuarios tienen funciones específicas.

Segundo, como se comentó en el primer capítulo, nuestra Ley de 1867 se inspiró en la Ley Orgánica del Notariado de España de 1862, en donde se indicaba que el Notario era un funcionario público y que a su vez esta ley se inspiró en la Ley de 25 Ventoso del año XI del Estado Francés en cuyo artículo primero señala "Les notaires sont les fonctionnaires publics".

La doctrina y la jurisprudencia francesa fueron poniendo de manifiesto que el notario no debía clasificarse de funcionario público, sino sólo de oficial público, motivo por el cual, la ordenanza del 2 de noviembre de 1945, modificó la Ley del 25 Ventoso, que al inicio de su artículo primero indica "les notaires sont les officiers publics". Sin embargo, como la Ley de 25 Ventoso fue la máxima aportación del notariado francés al latino, todas las leyes de México y de los países latinoamericanos copiaron estas disposiciones, subsistiendo hasta la fecha en algunas de ellas la clasificación de "funcionario público".

Siguiendo con la Ley Orgánica de Notarios y Actuarios del D.F. de 1867, es importante mencionar que se fijaban los requisitos para ejercer el cargo de escribano que era en atención a la calidad moral de la persona y a sus capacidades intelectuales y técnicas, además el notario para poder actuar necesitaba estar asistido por dos testigos y sólo en el protocolo se podía dar fé (Art. 41)

En cuanto a los oficios vendibles y renunciables, es decir, cuando la notaría hubiera sido obtenida mediante un pago, podían continuar

abiertas, la ley reconoció derechos adquiridos con anterioridad a su promulgación al evitar su aplicación retroactiva. En este caso cuando fallecía quien desempeñaba el cargo el gobierno indemnizaba a sus herederos y sucesores.

Antonio Rodríguez Adrados (50) nos explica cual fue el motivo por la que la Ley Española de 1862 siguiendo a la Ley del 25 Ventoso separó la fé pública notarial de la judicial, y lo explica de la siguiente manera:

"...la función del Secretario es el acto jurídico procesal mucho menos importante que lo que es la del Notario al acto jurídico extrajudicial.

Legalmente el Secretario, es un mero testigo del acto que el juez cumple ante él, limitándose a autenticarlo, pero siendo el Magistrado perito en derecho, ni tiene obligación de consultar a aquél, ni el Secretario derecho a intervenir en nada que con la validez del acto se refiera, fuera de su documentación. El notario por el contrario, constituye la relación jurídica, con validez formal e interna, aumentando así el ámbito de aplicación pacífica del derecho; esta es la razón de fondo por lo que la ley de 1862 siguiendo a la Ley del 25 Ventoso, separó la fé pública extrajudicial de la judicial; secretario judicial es puro fedatario público, un puro documentador público..."

(50) RODRÍGUEZ, Adrados Antonio. "Sobre las consecuencias de una fusión de las Notarías" in *Revista del Derecho Notarial*, Op. cit. p. 70

El dos de diciembre de 1867 se publicó la Ley de Institución Pública del Distrito Federal, y esta señalaba los estudios que debían de cursar los escribanos para poder desempeñar su cargo, dando así, seguridad sobre la competencia y preparación de los Notarios. Establecía dentro de la Escuela de Leyes del Distrito Federal, la carrera de escribano con un curso de bachillerato, llamado entonces, preparatoria, de dos años, más otros dos de estudios profesionales, en los que se impartían cátedras elementales.

Posteriormente la Ley de Instrucción Pública fue modificada en 1869 en donde se estableció que para obtener el título de Notario o Escribano se necesitaba haber sido examinado y aprobado por el jurado del Colegio de Escribanos y después por otro de profesores de la Escuela de Jurisprudencia.

El 28 de mayo de 1875 se expidió un decreto en donde se declara libre la profesión de escribano. Por la trascendencia que representa en cuanto a la función notarial a continuación reproduciremos el texto de dicho decreto que dice:

"...Ministerio de Justicia e Instrucción Pública -Sección 1a.- El C. Presidente de la República se ha servido dirigirme el decreto que sigue:

"Sebastián Lerdo de Tejada, Presidente Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos, a todos sus habitantes sabed:

Que el Congreso de la Unión decreta:

Artículo único. Entre tanto se expida la Ley Orgánica del art. 4o. de la Constitución, la profesión de escribanos es libre en el Distrito Federal y territorio de la Baja California, para poderse ejercer separada o simultáneamente en el notariado y en las actuaciones judiciales. No podrán ejercer el notariado los escribanos que, según lo disponga la ley orgánica de los tribunales, queden adscritos con el sueldo del erario para que en este servicio la justicia sea gratuita. El actor en el juicio que elija a un escribano no adscrito, pagará todos los honorarios de las actuaciones promovidas por él o por los demás litigantes. El ejecutivo establecerá el archivo donde se llevarán todos los instrumentos públicos y a cuyo archivo pertenecerán, al fallecimiento de los escribanos que por virtud de esta ley ejercerá el notariado, los protocolos que hubieren firmado.

Palacio del Poder Legislativo. México mayo de 1875 -Julio Zárate, diputado presidente, Luis G. Alvarez diputado secretario -Antonio Gómez diputado secretario. Por tanto mando se imprima, se publique, circule y se le dé el debido cumplimiento".

Consideramos muy importante este decreto, ya que destaca que el escribano es una profesión libre aclarando que su situación jurídica, y además fija algunas de las bases que van a servir para la elaboración

de la Ley del Notariado de 1901 como es lo relativo al archivo general de notarías que depende del poder ejecutivo.

C) DE 1901 A LA ACTUALIDAD.

De 1901 en adelante, ubicamos al Notariado del Distrito Federal en un período distinto, debido a que con la Ley del Notariado para el Distrito y Territorio Federales del 19 de diciembre de 1901 se definieron las características de las funciones notariales, las cuales fueron producto de la doctrina, del estudio de legislaciones extranjeras y como consecuencia del grado de evolución que fue alcanzando nuestro sistema jurídico y de las circunstancias políticas, sociales y jurídicas que influyeron. De manera clara se explica en la exposición de motivos de dicha ley las razones que determinaron su elaboración y que son muy importantes para nosotros ya que nos proporcionan muchos elementos para la construcción y el estudio, haciendo los comentarios pertinentes. Dicha exposición indica:

"...De aquí que el Ejecutivo, con la alta penetración que le distingue, manifieste así mismo en su notable exposición, la ingente necesidad de la reforma que propone, una vez que ha advertido que la situación del Notariado del Distrito anómala y aún equívoca, porque fluctúa entre conceptos de libertad profesional y a la vez de orden público propio del Estado...

Pero no sólo se ha debido atender a las circunstancias personales referentes a la aptitud científica y a las de probidad y discreción que deben distinguir y enaltecer el ejercicio de ese ministerio, sino a las de seguridad que el público reclama, y esto funda la exigibilidad de la fianza que los notarios deben otorgar, lo grave, noble y distinguido del cargo, exige que la ley demande el otorgamiento de una garantía para su ejercicio, y para esto da las mayores facilidades, proponiendo medios diversos para constituirla...”

Una de las novedades de esta ley es que por primera vez obliga al Notario a que otorgue fianza para garantizar las responsabilidades en que pueda incurrir en su actuación (Art. 14. Frac. I, 15, 16 y 17)

Vemos como la Ley garantiza a las personas la seguridad y un buen servicio de la función notarial, a través de diversos medios como pueden ser, los sellos, firmas, fijar las características de los documentos, fianzas, facultades del ejecutivo para vigilarlo, etc.

“...La comisión al decidirse a aceptar, no sólo el pensamiento dominante del proyecto cuya aprobación se consulta, sino cada uno de los pormenores que le informan, ha sido después de una larga, detenida y fructuosa peregrinación a través de la doctrina y las legislaciones extranjeras, producto de una experiencia secular y fuente segura de su justificación y acierto...”

Consideramos conveniente sólo señalar que en la exposición de motivos se hace una reseña histórica refiriéndose a las culturas (hebrea, griega, romana, española, etc.). De dicha reseña lo más importante a nuestra manera de ver, es que indica con precisión cuando nació el notario, lo relativo a los oficios vendibles y renunciables y la leyes que estuvieron vigentes en el Distrito Federal hasta ese entonces y se indica que:

"...Fue en el año 388; cuando nació puede decirse la institución notarial fue entonces cuando los tabeliones que define Cajacio, *publici contratus scriptores vel testamentarum*, alcanzaron determinadas prerrogativas y fueron elegidos entre los hombres libres y nombrados por el colegio municipal... recibe España de Roma la institución...

Las escaseces del Erario Público tan ocasionadas en todas partes a las más crueles tributaciones y a hacer incurrir a los gobiernos en los errores más graves y en las aberraciones más absurdas, fueron diremos con Sempere y Guarinos que historia en su Tratado de Mayorazgo las lapidaciones reales, el origen de los caracteres de vendibles y renunciables que se reconocieron a las Notarías: el Gobierno Español abdicó por un plato de lentejas un derecho inalienable del que nunca pudo ni debió desprenderse, un derecho público, de su propio prestigio del prestigio de una institución creada para salvaguardar los intereses sociales...

Y el decaimiento de la institución se hizo sensible; los gobiernos se enteraron y conmovieron del grave error cometido, de que los protocolos de los oficios no podían considerarse como enajenados, como pertenecientes al dueño del oficio, una vez que eran públicos; que debía su existencia a una ley del reino; que los poseedores sólo obraban por virtud de gracia concedida en Real Decreto, y que jamás pudieron preescribir a favor de los dueños de tales enajenaciones; y fue en 1862 cuando se dictó una ley en España, en vigor en la actualidad, que declara en su artículo 1o. que el Notario es un funcionario público autorizado para dar fé conforme a las leyes de los contratos y demás actos extrajudiciales; en el 5o. que cada Notario formará por sí protocolo, y en el 36 que los protocolos pertenecen al Estado...

México durante el virreynado y en los primeros años de su emancipación política, estuvo regido por la legislación española bajo el imperio de los errores apuntados. Pero ya en las leyes y ordenes de 1830 a 1855, se hacen esfuerzos, algunos serios y significativos, de organización y reversión. El 30 de abril de 1861 se decreta la extinción de los oficios vendibles, estableciéndose un oficio de hipotecas y dieciseis protocolos...

En 29 de noviembre de 1867 se dictó una ley que rige en la actualidad en la República y que laboró en su parte bajo los errores presupuestos el propio supuesto...

Base de la iniciativa o idea cardinal del proyecto es, pues, la de considerar como funcionarios a los notarios, no sólo porque, como se ha dicho, esa suprema investidura es inmensamente secular en nuestras tradiciones legislativas, donde los servidores de escribir del Código Alfonsino hasta las leyes de Juárez en vigor; sino porque la clave jurídica que garantiza la estabilidad y respetabilidad de la institución al través de los tiempos y de las legislaciones en los pueblos cultos, consiste en ser dicha institución una emanación del poder público; en que los actos que ejercita o en que interviene, no los desempeña por derecho propio, sino por delegación del Poder Supremo; que así como delega en otros la de hacer constar y perpetuar la verdad de los actos civiles de los ciudadanos; nadie según esto, podrá poner en duda con cuanta razón se afirma que el Notario es un funcionario, y por ende se prescribe que debe obtener su nombramiento del Jefe del Estado..."

Es muy importante indicar que una cosa es ser un particular que realiza una función de orden público y otra cosa es ser un funcionario o servidor público que atiende principalmente el estatuto jurídico de la persona, teniendo esto trascendencia ya que fija el régimen jurídico que se le aplica. Antes en el Distrito Federal como actualmente en algunos lugares de los Estado de la República Mexicana utilizan la denominación de funcionario como servidor público. A nuestra manera de ver, lo que hoy conocemos como Notario, nunca ha sido ni es, un funcionario o servidor público, ya que su

naturaleza la determina sus características, su estatuto jurídico y no depende de la calificación que haga una ley.

Finalmente es absurdo indicar que el que realiza una función de orden público es un funcionario público. Como se analizará en el capítulo sexto y séptimo nada impide que el Estado sea titular de un servicio público y que la ejecutividad la realice un particular, es por ello que se dice que se delega la función notarial a profesionales del Derecho.

Reitera la exposición:

"...No cabe duda que la situación del Notariado es anómala y además equívoca, porque fluctúa entre los conceptos de libertad profesional y a la vez, de orden público, propios del Estado..."y agrega "...A esto hay que agregar los vicios por un lado, y las trabas por el otro, que presentan las leyes actuales, dictadas para épocas y condiciones que difieren enormemente de las que después han sobrevenido como consecuencia necesaria del desenvolvimiento social... Por esos motivos se hace apremiante reformar las leyes que rigen al notariado, restituyendo a este en la consideración jurídica que debe de tener como institución de derecho público..."

...La fé pública no es, no puede ser más que un atributo del estado supuesto que es una manifestación de derecho aplicada a

la validez y credibilidad de los actos concernientes a la vida civil, por esta razón, el individuo que conforme a la ley hace constar esos actos, que los reviste de solemnidad y les dá fé pública, no hace otra cosa que obrar, en nombre del estado, ejercer una función de éste, y es por lo tanto, un funcionario público. Pero el campo especulativo de las investigaciones humanas, nunca deja de haber doctrinas antagónicas y razones opuestas, más aún en aquellas de orden abstracto, como son las que al Derecho se refieren..."

Es de suma importancia recordar que la fé pública es una característica y consecuencia de ciertos documentos; el Ejecutivo no delega la fé pública al Notario, sino la función notarial. Por cuestiones que corresponde al Estado, que es un atributo de éste. Nosotros sostenemos que el origen de la fé pública es la ley y sólo para ser congruentes con las cuestiones históricas y políticas decimos que la ley es el medio por el cual el estado "delega a los fedatarios la fé pública". Así pues, tenemos dos ideas muy diferentes: una, que la función notarial le corresponde al ejecutivo y encomienda (delega) su desempeño a profesionales del derecho y, dos que la fé pública es un atributo del Estado y que por medio de la ley indica que personas pueden realizar los documentos que gozan de esa calidad. En cuanto a la idea que, por realizar una función que le corresponde al Estado o una función de orden público, se le confiere el carácter a una persona de "funcionario" "servidor" o "empleado público", no estamos de acuerdo, lo cual se demuestra el error de tal aseveración con las ideas

que proceden y con las que se exponen en los dos últimos capítulos de esta tesis.

Respecto a la parte de la exposición de motivo que se transcribe en el párrafo que sigue, estamos de acuerdo y a la letra dice:

"...La idea de que el Notariado constituye una función de orden público, es la base en que descansa la iniciativa que tengo la honra de remitir a esa H. Cámara de Diputados. Sus preceptos son la consecuencia más o menos próxima a esa idea...

Así se explica que el Notariado debe, aparte de su título científico, obtener nombramiento del Poder Ejecutivo de la Unión, que el cargo de Notario esté vigilado por el Gobierno y sujeto a éste, que, como toda función deba estar limitada a las necesidades sociales que la reclaman..."

Y por último, en cuanto al tema que nos ocupa en la exposición de motivos indica:

"...El título II se ocupa exclusivamente del Notario, lo define en cuanto cabe a la índole de la ley, porque parece indispensable insistir en todos los conceptos que presentan al Notario como un empleado público y no simplemente como un profesor..."

Este funcionario tiene en sus manos carísimos intereses de la sociedad, y la ley debe cuidar que ésta se halle garantizada hasta donde sea dable proveerlo..."

Respecto a la Ley de 1901 sólo queda comentar los siguientes cambios: Primero; continúa el cargo como vitalicio, y los requisitos de ingreso son más o menos los mismos, sin embargo, exige que el notario tenga el título de abogado. Segundo; se establece que este profesional debía quedar sujeto al gobierno, quien iba a nombrarlo y vigilarlo, pero además éste podía limitar su número. Tercero; obliga a que el notario actúe asistido de testigos instrumentales, creando aspirantes adscritos a los notarios para que sustituyan a los testigos, aunque sin excluir a estos absolutamente. Cuarto; determina los impedimentos y deberes del Notario y obliga a que el protocolo sea llevado en libros solidamente empastados certificados al principio y al final. Obliga a llevar un libro llamado de extractos y fija reglas para ciertos instrumentos, pero no distingue entre acta y escritura. Se prohibió que el notario se dedicara al libre ejercicio de la profesión de abogado. Quinto; en esa época se limitó el número de Notarios a 50 y se incluye en la ley el arancel correspondiente y por último, como ya se dijo, por primera vez se exigió al Notario que otorgue fianza.

La Ley de 1901 fue derogada por la del 9 de enero de 1932, que entró en vigor el día 9 del mismo mes. Conserva el espíritu y los lineamientos generales de la ley que derogó que afina y moderniza. Esta ley insiste en la reivindicación del notariado como función de

orden público, que sólo puede conferir el Ejecutivo de la Unión, por medio del Departamento del Distrito Federal y de los Gobiernos de los Territorios Federales, sin embargo, en la exposición de motivos de esta ley (Diario de los Debates de la Cámara de XXXIV Legislatura Año II tomo III Número 14 octubre 19 de 1931, Período Ordinario) no se menciona nada acerca de lo que es el Notario limitándose la ley a definirlo de la siguiente manera:

"...el notario es el funcionario que tiene fé pública para hacer constar los actos y los hechos a los que los interesados deben o quieren dar autenticidad conforme a las leyes..."

La ley de 1932 conserva el sistema de notarios titulares y de notarios adscritos, permite al notario ampliar su ejercicio profesional fuera de su actividad propiamente notarial, dejándole ser consejero jurídico o comisario de las sociedades, resolver consultas jurídicas y ser arbitro o secretario en juicio arbitral. Prevé también la actuación de los jueces de primera instancia por receptoría en los lugares en donde no haya notarios, esto referido especialmente a los territorios, porque en el Distrito Federal nunca se presentó el caso. Suprime los testigos asistenciales y conserva en lo general los lineamientos para poder obtener el nombramiento, los requisitos de examen para el adscrito, y sólo introduce la novedad de que, ante la cesación definitiva del titular, el adscrito no puede sustituirlo sino cuando haya ejercido como tál más de un año inmediato anterior a la cesación definitiva. En caso contrario, el nombramiento del Notario recafa en el adscrito más

antiguo. Suprime esta ley el libro de "extractos" y sólo impone un índice que deberá llevarse por duplicado. Regula la responsabilidad notarial; reitera la organización del Archivo General de Notarías y del Consejo de Notarios. Regula las visitas de inspección internas, generales y especiales, a cargo del Gobierno del Distrito, y autoriza la visita a las autoridades fiscales en el campo de su competencia.

El 23 de febrero de 1946 se publicó la Ley del Notariado para el Distrito Federal y Territorios promulgada el 31 de diciembre de 1945. Se reitera que el ejercicio del Notariado es una función de orden público, a cargo del Ejecutivo de la Unión la ley define que la función, por delegación, se encomienda a profesionales del derecho; 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; sin embargo, en esta ley se indica que el Notario a la vez funcionario público, es un profesional que ilustra a las partes en materia jurídica, y que tiene el deber de explicarle el valor y las consecuencias de los actos que vayan a otorgar. (Teoría ecléctica o mixta).

Para 1945 la casi totalidad de las notarías del Distrito Federal eran atendidas por abogados titulados, quedaban tres o cuatro escribanos. Ello debido a que el derecho notarial parecía importante para los abogados, la supresión de la carrera de escribano de las universidades y la exigencia legal. Debido a que casi la totalidad de los notarios de número actuaban con adscritos, quienes tenían la inquietud

de llegar a ser titulares cuanto antes y como el índice de mortalidad notarial es sumamente bajo por las cualidades que generalmente está dotado el notariado Latino, se produjo una gestión de los adscritos ante el Poder Público provocando el cambio de la ley y es por ello que uno de los cambios más importantes de la ley de 1945 es el referente a que el sistema de ingreso a la actividad notarial, es mediante el examen de oposición de aspirantes, sistema que prevalece hasta la fecha.

Otros de los avances de la Ley de 1945 es que se distingue entre lo que es una escritura y lo que es una acta notarial. Instrumentos mediante los cuales se hacen constar actos jurídicos y hechos respectivamente. De la consideración de profesional del derecho se deriva que en esta ley se regule el secreto profesional que debe guardar el Notario.

Se mantiene la supresión de los testigos instrumentales, en lo que continua con la plena fé en la actuación del notario en lo personal. Suprime las minutas o precontratos, que sólo daban lugar a discusiones entre las partes y ataques contra los notarios. Detalla cuidadosamente las causas de responsabilidad de los Notarios; ésta última la aplicaba el Departamento del Distrito Federal y consistía en las siguientes sanciones: amonestación por oficio, multas de cinco a cinco mil pesos, suspensión del cargo hasta por un año y suspensión definitiva. Sin que la ley indicara que sanción correspondía a determinada falta.

Y finalmente podemos señalar que conserva esta ley la limitación de número de notarios y la supervisión de estos a cargo del Departamento del Distrito Federal, facultando al Departamento a realizar dos tipos de visitas a las Notarías, las generales y las especiales.

Por reforma en el año de 1966 se cambió la ley de 1945 y se definió al Notario como la persona varón o mujer, investida de fé pública para hacer constar los actos y los 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 o hechos jurídicos revistiéndolos de solemnidad y formas legales. No obstante esa inclusión expresa de la posibilidad de la mujer para ser Notario. Ninguna durante la vigencia de esta ley obtuvo su nombramiento como tal en el Distrito Federal (51). Con relación a esta cuestión y en general con la evolución que ha sufrido el concepto de notario del Distrito Federal se puede mencionar lo que nos señala Bernardo Pérez Fernández del Castillo (52) de la siguiente manera.

"...A propósito de esta precisión de la ley, quisiera hacer brevemente la Historia de la definición de Notario, la ley de 1932, definía al Notario como "el funcionario que tiene fé pública para hacer constar " ...Bajo la vigencia de esta ley inició su

(51) JIMENO, Chaurio Luis Eduardo. "Evolución del Servicio Notarial del D.F. de la Anulación a la actualidad" en *Crisis Jurídica Mexicana*. Op. cit. p. 2509

(52) PÉREZ, Fernández del Castillo Bernardo. *Apuntes para la historia del Notariado en México*. Op. cit. p. 146

práctica notarial la Señorita Angelina Domerq Balseca, que presentó solicitud de reconocimiento de práctica notarial, pero el Departamento del Distrito Federal consideró que no podía reconocérsele acreditada su práctica, porque para ser considerado como aspirante era necesario estar en el goce de los derechos de ciudadano, calidad que no tenía la aspirante en razón de su sexo. La Constitución en esa época no había reconocido la calidad de ciudadana a la mujer, no es sino en 1953 que se reformó y se le otorgó ese derecho. Sin embargo, se le concedió amparo por la Suprema Corte de Justicia de la Nación. La Señorita Domerq presentó una o dos oposiciones, no estoy seguro, para obtener la patente de Notario sin haberlo logrado. Cuando inició su vigencia la Ley del Notariado de 1945, decía que Notario era "la persona investida de fé pública". En 1966 se modificó la ley para decir que Notario era "la persona, varón o mujer". La nueva Ley del Notariado no hace especial referencia del sexo porque no hay necesidad: afortunadamente la madurez social ha permitido reconocer la capacidad de la mujer para el desempeño de múltiples cargos, en este caso el de Notario..."

Podemos agregar lo siguiente, que como se pudo observar es muy importante una definición que da la ley, ya que de esto se pueden derivar varias consecuencias, una de ellas la que se acaba de mencionar.

Nuestra Ley vigente es la Ley del Notariado para el Distrito Federal publicada el 8 de enero de 1980. Esta ley en muchos aspectos de estructura y contenidos es muy similar a las anteriores, sin embargo, tiene varios puntos que implican cambios de trascendencia (53). De los aspectos novedosos que introduce esta ley se pueden mencionar los siguientes: en el artículo quinto en su tercer párrafo indica que "Quien carezca de la patente de Notario expedida para actuar en el Distrito Federal, no podrá ejercer funciones notariales dentro de los límites del mismo, ni instalar oficinas"; esto se establece para combatir una situación irregular, que desgraciadamente aún existe, que es el establecimiento en el D.F. de oficinas de Notarios de otros Estados. El artículo octavo regula dos puntos importantes no contemplados en ninguna de las leyes anteriores. En su primera parte establece la obligación del notario para colaborar con el Departamento del Distrito Federal en la prestación de los servicios públicos notariales, cuando se trate de satisfacer demandas inaplazables de interés social. El segundo de ellos es que se establece expresamente la obligación de prestar sus servicios en los casos y términos que establece la Ley Federal de Organizaciones Políticas y Procesos Electorales (Hoy Código Federal de Procedimientos e Instituciones Electorales).

Otro cambio de importancia es el que se refiere a la participación que actualmente se les da a los notarios para calificar a los sustentantes en los exámenes de aspirantado y de oposición para la

(53) *FINO, Osorio Luis Eduardo "Evolución del Derecho Notarial del D.F. de la Revolución a la actualidad" en Círculo Jurídico Mexicano Op. cit. p. 2910.*

obtención del nombramiento de notario. Conforme a la ley de 1945, el jurado se integraba por el jefe del Distrito Federal o su representante por el mismo designado y por cuatro notarios. Actualmente su participación en el jurado y por consiguiente en la votación se reduce a casi una mínima expresión. Únicamente intervienen dos notarios y tres representantes del Distrito Federal.

Es muy importante indicar que en la exposición de motivos de la Ley de 1980 no se menciona nada sobre la definición del Notario (Diario de los debates de la Cámara de diputados del Congreso de los Estados Unidos Mexicanos LI Legislatura Año I, Tomo I, número 56, Diciembre 26 de 1979 página 44), sólo se indica en el artículo diez de la ley que el "Notario es un funcionario público investido de fé pública...", lo cual consideramos que constituye un retroceso en cuanto a la evolución de nuestra legislación notarial. Fue hasta las reformas publicadas el 13 de enero de 1986 cuando se reformaron y adicionaron varios artículos de la ley del notariado principalmente en lo referente al protocolo abierto especial, fue cuando se aprovechó para reformar el citado artículo diez de la ley, señalando que "el Notario es un licenciado en derecho investido de fé pública facultado para autenticar y dar forma en términos de la ley a los instrumentos en que se consignen los actos y hechos jurídicos".

Finalmente sobre esta reforma en la exposición de motivos sólo se limita a indicar que "respecto a las disposiciones que se refieren a los notarios y a la expedición de sus patentes, esta comisión considera

conveniente enriquecer la iniciativa mediante la reforma del artículo diez de la Ley del Notariado vigente a fin de que el Notario es un Licenciado en Derecho investido de fé pública..." (Diario de los debates de la Cámara de Diputados del Congreso de los Estados Unidos Mexicanos Año I, Tomo I, número 55 diciembre 19 de 1985 página 78).

CAPITULO V.

***EL DERECHO NOTARIAL
COMO RAMA AUTONOMA.***

Como vemos el Derecho Notarial nace como una necesidad para regular la conducta externa de las personas y consecuentemente lograr la paz, seguridad y justicia en la sociedad. El complejo de las relaciones jurídicas que existe entre la gente ha provocado que a su vez haya una especialización del derecho, lo cual ocasiona que fueran surgiendo las diferentes ramas del Derecho que tienen un objeto determinado de estudio, con principios, normas y conceptos propios y así poder lograr fines concretamente definidos.

Podemos ejemplificar lo anterior con lo siguiente:

Existe el Derecho Mercantil que tiene como objeto de estudio los comerciantes y los actos de comercio, esta rama del Derecho tiene principios, normas y conceptos propios con el fin de lograr una mayor rapidez y seguridad en las transacciones y el comercio; el Derecho Procesal su materia de estudio es la función del Juez y la regulación de los procesos, dicho derecho tiene principios, conceptos y normas propias con la finalidad de evitar abusos en los juicios y lograr una mayor justicia en la resolución de conflictos; el Derecho Administrativo tiene como objeto de estudio entre otros, determinar las facultades y las funciones del Poder Administrativo y también cuenta con principios, conceptos y normas propias con el fin de dar seguridad y un buen servicio a los gobernados.

A) NOCION DEL DERECHO NOTARIAL.

Al hablar del Derecho Notarial como una rama del Derecho nos encontramos con el problema de determinar su autonomía. No es el objeto de la presente tesis determinar si es o no autónomo, sin embargo, para el desarrollo de las ideas que más adelante se exponen, es muy importante considerar esto, ya que implica una serie de consecuencias tanto teóricas como prácticas.

Consideramos que existen los elementos suficientes para afirmar la autonomía del Derecho Notarial y sólo de manera breve haremos referencia a éstos para posteriormente mencionar algunas de las consecuencias que implica la autonomía pero limitando a la función notarial.

Al principio se puede decir que sólo había normas jurídicas que ocasionalmente regulaban la función notarial, pero con el transcurso del tiempo y por la necesidad que representa regular la función se fueron creando más normas que garantizaran la regularidad y seguridad de la prestación de este servicio.

Actualmente podemos hablar de una diversidad de normas del Derecho Notarial (que aunque no con el volumen y cantidad de normas como en otras ramas del Derecho como por ejemplo el Administrativo), tales preceptos se pueden ordenar de una forma sistemática y metódica

con unidad de criterio y de contexto (Nota 1), lo cual permite hablar de la CODIFICACION del Derecho Notarial. De esta última consideración se desprende la existencia de un Derecho Objetivo Notarial, de un Derecho Vigente Notarial y de un Derecho Positivo Notarial del Distrito Federal. Para mayor claridad dichos derechos podemos definirlos de la siguiente manera:

1. Derecho Objetivo Notarial. Es el conjunto de normas impero-atributivas que se refieren a la función notarial y al Instrumento Público Notarial.
2. Derecho Vigente Notarial. Es el conjunto de preceptos impero-atributivos que han sido expedidos por la autoridad pública y que son considerados vigentes con carácter obligatorio en el territorio del Distrito Federal.
3. Derecho Positivo Notarial del D.F. Es el conjunto de normas jurídicas que integran el Derecho vigente notarial del Distrito Federal, así como aquellas que en un tiempo determinado estuvieron vigentes y quedaron abrogadas o derogadas y que pasaron a constituir Derecho histórico del D.F.

Nota 1. Miguel Acosta Romero al hablar de codificación en el Derecho Administrativo nos indica las diferencias entre la recolección y la codificación; nos explica que "...La idea de codificación no es la de recoger en un libro diversas leyes sueltas. La codificación es la reunión de Leyes que se refieren a una rama jurídica en un solo cuerpo, presentadas en su formación por unidad de criterio y de tiempo... Estas ideas las podemos aplicar en cuanto a la codificación del Derecho Notarial. (Revista Teoría General del Derecho Administrativo Mexicano de Miguel Acosta Romero México, Editorial Porrúa 1966 p. 46)

Cabe recordar que en nuestro capítulo cuarto estudiamos de manera general Derecho Positivo Notarial del Distrito Federal; así pues se puede decir que la Ley para arreglo de la administración de Justicia de los Tribunales y Juzgados del fuero común de 1853, el decreto ley de 1878 de Lerdo de Tejada y la Ley para el Distrito Federal de 1980, son derecho positivo, siendo además esta última Ley con sus reformas. Derecho Vigente en el distrito Federal.

Es conveniente mencionar que la función notarial en México es de regulación local, esto es con fundamento en el artículo ciento veinticuatro de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en contraposición del artículo setenta y tres del mismo ordenamiento.

Otra observación importante se puede citar es que en el Estado libre y soberano de México, la Institución Notarial se trata a nivel constitucional, indicando las bases sobre las cuales se tiene que organizar, mismas que a continuación transcribimos:

"...Artículo 217. En el Estado serán obligatorias las Instituciones del Notariado y del Registro Público de la Propiedad.

Artículo 218. Las leyes que se dicten sobre el Notario se sujetarán a las bases siguientes:

I. La Institución del Notariado se encargará de dar formalidad a los actos jurídicos que la requieran o soliciten las partes interesadas y de dar fé, a petición de la parte, de los hechos y actos que le conste; debiendo los notarios orientar e instruir a quienes soliciten sus servicios, respecto de los actos propios de sus funciones.

II. La supervisión de la función notarial estará a cargo del Ejecutivo a través de la Dependencia correspondiente, quien podrá imponer a los notarios las sanciones administrativas que la Ley autorice.

III. En el Estado habrá tantas Notarías como requiera el interés público y por lo menos una en cada cabecera de Distrito Judicial.

IV. En el nombramiento de notario sólo se otorgará a ciudadanos del Estado que estén legalmente autorizados para ejercer como profesionales del Derecho, cuya honorabilidad sea conocida y que llenen los demás requisitos que marque la ley..."

B) CARACTERISTICAS DEL DERECHO NOTARIAL.

De los artículos anteriormente transcritos, se desprenden una serie de principios que orientan la formación y el contenido de las demás normas jurídicas, siendo dichos principios acordes con las

características del Notariado Latino al cual pertenece el Notariado del Estado de México.

De los párrafos que preceden nos referimos al Derecho Notarial considerado desde el punto de legislación; ahora queremos tratarlo desde el punto de vista científico. Es conveniente recordar que la autonomía de algún derecho no sólo depende de un conjunto sistemático y metódico de preceptos jurídicos, sino también del estudio y manejo doctrinal que se le ha dado.

Podemos decir que una serie de estudios de carácter científico han contribuido para la consideración del Derecho Notarial como una rama autónoma del Derecho, de entre los cuales se puede mencionar los trabajos de Rolandino de la Escuela de Bolonia con su obra "Summa Artis Notariae" y "La Aurora", o de los estudios que se han realizado principalmente desde mediados del siglo pasado que nos cita Enrique Gimenez Arnau (54) al explicar que tales trabajos y ensayos han concedido a la materia rango independiente y un puesto en las diversas ramas del derecho, y que son entre otros los siguientes:

"...González de las Casas en su minucioso <<Diccionario>> editado en 1853, incluye la voz <<Derecho Notarial>>; Fernández Casado que dió, a fines del siglo pasado, uno de los pasos más

(54) GIMÉNEZ, Arnau Enrique. *Introducción al Derecho Notarial*. Op. cit. p. 28.

importantes en la bibliografía notarial llamando a su obra <<Tratado de Notaría>>...entrando al siglo XX observamos que se habla de <<Legislación Notarial>> y de <<Teoría del Instrumento Público>>... la expresión <<Derecho Notarial>> es ya usada en 1900 por Sancho Tello para dar título a su obra sobre el Notariado y el Instrumento Público; y en 1918 la utiliza Castán para rotular su <<Manual de Leyes y Jurisprudencia notariales>>... pero aunque la materia (ley, reglamento, usos, doctrina) exista, falta la forma para constituir una entidad científica. Por eso en 1934, González Palomino lanza su proclama <<Hacia un derecho notarial>> que desenvuelva ampliamente una <<Teoría general de las formas públicas>>.

Gracias a los trabajos posteriores de otros Notarios (principalmente Nuñez Lagos) y del profesor Castán Tobeñas, en la misma orientación de G. Palomino podemos decir que ese deseo de creación, se ha cumplido en buena parte..."

Respecto de las formas de como se manifiestan la voluntad y los actos jurídicos que se indicaron en el capítulo segundo, es necesario indicar que el Derecho Notarial sólo se refiere y regula a la forma que consta en Instrumento Público Notarial, lo cual define sus límites, siendo su objeto de estudio la función del Notario y el documento emanado de este último.

Al explicar algunos de los elementos que nos sirven para determinar la autonomía del Derecho Notarial hicimos referencia a que existen principios que los regulan. El autor uruguayo Rufino Larraud (55) de manera precisa y clara explica que podemos entender principios, citando a un Notario argentino de apellido Pelosi el cual explica:

"...Principio es comienzo, punto de partida..." "es una proposición de tal índole que constituye un punto de partida de una cadena o edificio sistemático"; una proposición básica que sirve como premisa o regla conforme a la cual puede elaborarse un sistema"... los presupuestos lógicos de los que debe partirse para explicar una norma legal, para optar por determinada regla jurídica o para formular el derecho positivo. Dotados de universalidad y permanencia, se erigen criterios o ideas dominantes, o en fórmulas supremas, o en verdades primeras que caracterizan una disciplina jurídica y que, sistemáticamente, permiten la interpretación de normas aisladas, la integración de las nociones que vertebran sus instituciones y la aplicación y comprensión científica de las reglas jurídicas que rigen la materia que constituye su objeto..."

Y complementando estas ideas Rufino Larraud (56) comenta que:

(55) LARRAUD, Rufino. *Cursos de Derecho Notarial*. De Palma Argentina, 1966. p. 102.

(56) *Ibidem* p. 105.

"...Los autores que se han ocupado del tema en actitud afirmativa coinciden, por lo general, en suponer la existencia de principios tales como el de la "fé pública, el de la prestación obligatoria de la función notarial, el de la autenticidad en el derecho inmobiliario"; u otros como el principio de la forma, el de la inmediatez y el de la notoriedad, el de unidad formal, matricidad, legalidad o consentimiento; o también los principios de autenticación y rogación.."

En síntesis, con base a la explicación que procede, podemos sostener lo siguiente: El Derecho Notarial no sólo puede entenderse como una mera recopilación de normas y teorías, sino como una rama autónoma del Derecho cuyo objeto de estudio es la función del Notario y el Instrumento público notarial, se compone de un conjunto de doctrinas y de normas jurídicas estructuradas de forma metódica y sistemática con unidad de criterio y de contexto, se rige por principios, normas y conceptos propios cuya finalidad es regular la prestación del servicio público notarial, proporcionando las normas de procedimiento, para la formación y regulación del documento notarial y así poder llegar a un buen servicio a la sociedad.

Como dijimos, de dicha consideración se desprenden una serie de consecuencias tanto de carácter teórico como práctico, siendo algunas de las cuales las que enseguida mencionaremos pero referidas a la naturaleza jurídica de la función notarial.

Algunas de las consecuencias que a nuestro parecer son las más importantes en cuanto al tema que nos ocupa son las siguientes:

Al hablar de autónomo, indica que se rige por las leyes propias, es decir, para la interpretación y solución de problemas referentes a la función del Notario y del documento que de él se deriva, se debe recurrir primero a la rama del derecho notarial y sólo en caso de que sea insuficiente o no pueda interpretarse o resolverse esa cuestión, se debe recurrir al derecho general.

Se puede aclarar lo expuesto en el párrafo anterior siguiendo el orden de ideas de Rufino Larraud (57) quien acertadamente menciona:

"...Esta modalidad de la autonomía jurídica -que designaremos autonomía científica para evitar confusiones- produce importantes consecuencias, puesto que determina todo un sistema de jerarquías para la interpretación e integración de la ley. Así, reconocer autonomía al derecho notarial significaría admitir que el se gobierna con sus propias leyes; vale decir, que es un sistema acabado de normas, capaz de bastarse a sí mismo, en principio. Lógico sería concluir, que, aquellos casos no previstos expresamente en el derecho positivo notarial deben resolverse buscándoles solución dentro de una misma disciplina, mediante la aplicación de las diversas fórmulas interpretativas

(57) *Ibidem*, p. 101.

que el derecho positivo correspondiente a la doctrina hubiese señalado. El derecho sería, en tal caso, un sistema cerrado, del que sólo podría salirse el intérprete cuando no halláse dentro de él solución alguna posible, ni siquiera extraída de los principios generales que le dieran fundamento; sólo cuando el intérprete hubiese comprobado la absoluta insuficiencia del derecho especial, podría recurrir a las normas afines del ordenamiento jurídico general..."

Para ejemplificar lo anterior podemos mencionar lo siguiente: respecto a la propiedad del protocolo notarial, no se encuentra una solución en el derecho notarial, lo cual ante la imposibilidad de este derecho, se puede recurrir al derecho administrativo que nos puede brindar una explicación.

Es un error que al hablar de lo que es el Notario y lo que hace, se trata de explicar con base a otras ramas jurídicas, como es el caso, que es muy frecuente que la mayoría de las personas lo encuadren dentro del Derecho Administrativo; por ejemplo explican la función notarial como un servicio público, pero lo tratan con los principios y conceptos de este último derecho, lo cual ocasiona que se lleguen a conclusiones y efectos muy diferentes a como si lo trataran en el derecho notarial.

En la actualidad se cuentan con los suficientes trabajos, ensayos, métodos, normas, principios y conceptos del derecho notarial para interpretar y resolver cuestiones que se refieran a las funciones del

Notario y de los instrumentos que éste realiza; es por eso que en el último capítulo estudiaremos la función notarial como un servicio público analizado por la rama autónoma del derecho notarial.

Otra de las consecuencias relevantes que se derivan de la autonomía que tratamos en este capítulo, pero enfocado a la naturaleza de la función notarial es que podemos considerar como un principio y además como un concepto propio del Derecho Notarial la noción del Servicio Público de la función notarial.

Primero; dicha noción entendida como un principio, se considera como un punto de partida, como una proposición básica que nos sirve para la explicación, interpretación y resolución de otras cuestiones que se desprenden de la función del Notario.

Segundo: entendido como un concepto propio, lo podemos comprender como una figura determinada por el derecho notarial, con significado y alcances limitados. Vemos como ciertos conceptos o figuras que se originan en una rama del derecho y posteriormente pasan a otras sufriendo una radical transformación; tales figuras adquieren su propia sustantividad y significado, pero esto sin perder la noción común que tienen dentro del marco general del derecho unitario del mismo.

Así pues, se puede ejemplificar la idea anterior de la siguiente manera: en el derecho civil, se originó el concepto de propiedad y

servidumbre y posteriormente pasaron al derecho administrativo variando su significado y alcances, sin embargo, dichas figuras consideradas en una u otra rama comparten elementos comunes que las caracterizan dentro del ámbito general del derecho. Jorge Olivera Toro (58) al hablar de la autonomía del derecho administrativo, nos da a entender que varias figuras no son exclusivas de la rama del derecho en donde se originaron, sino que con una gran unidad lógica sirven para todo el derecho. Algo similar sucede con el concepto y figura del servicio público; nace en el derecho administrativo y posteriormente debido a las necesidades de adecuarse a la realidad y lograr fines concretos como es el de regular y obtener un buen servicio de la función notarial, pasa esa figura al derecho notarial, incorporándose a éste y adquiriendo sustantividad propia.

La legislación en varias ocasiones es insuficiente para explicar y resolver los problemas que se presentan relativos a la función notarial, es por eso que la doctrina realiza su labor, resolviendo problemas con trabajos, ensayos y teorías, explicando de manera frecuente fenómenos que no son resueltos por las leyes. Así pues, vemos como la doctrina se vuelve creadora del derecho positivo. En nuestro caso concreto podemos decir que la legislación del Distrito Federal por sí sola no es suficiente para explicar la naturaleza de la función notarial, es por ello que debe resolverse esta cuestión con la doctrina conjuntamente con información

(58) OLIVERA, Toro Jorge. *Manual de Derecho Administrativo*. Edior Argentina, 1976. p. 116.

de tipo histórico; motivo por el cual el propósito de la presente tesis es contribuir para el mejor entendimiento y comprensión de lo que es el Notario, de la actividad que desempeña, el valor de lo que hace y el régimen jurídico que se le aplica.

Finalmente, de las ideas antes expuestas, se desprende que el considerar o no al derecho notarial como una rama del derecho notarial jurídico aplicable al Notario, lo cual muestra la importancia que esto representa.

CAPITULO VI.

**EL NOTARIO COMO PROFESIONISTA
INVESTIDO DE FE PUBLICA,
ES SERVIDOR PUBLICO?**

A) TEORIAS QUE EXPLICAN LA FUNCION NOTARIAL.

En esta primera parte del capítulo estudiaremos y comentaremos diversas teorías que tratan de explicar la naturaleza de la función notarial. Como se verá más adelante, estas teorías no dan conclusiones definitivas, ni seguras, ni proporcionan de manera definitiva una explicación de lo que es el Notario y la función notarial en el Distrito Federal (y tampoco en los Estados de la República Mexicana), ya que consideramos que no abarcan todos los aspectos de dicha función y sólo se ocupan de un sólo sector de la realidad. En los capítulos que preceden se analizó entre otros, el origen del notariado y su evolución, la fé pública los acontecimientos que motivaron la intervención, coordinación, vigilancia y apoyo del Poder Público en la prestación de este servicio, sirviendo dicho análisis para comprender que tales teorías no hacen una síntesis que abarque todos los aspectos de la función, lo que ocasiona que no se pueda determinar con precisión qué es el Notario y cuál es la naturaleza de su función.

Ha sido muy debatido cuál es la naturaleza de la función notarial y por consiguiente si el Notario es o no funcionario público (entendido como un servidor público). Esto ha ocasionado que se elaboren una diversidad de teorías que tratan de aclarar esta situación, siendo las más relevantes las siguientes:

1) Teoría del Servicio Público.

- 2) Teoría de la Función Legitimadora.
- 3) Teoría de la Jurisdicción Voluntaria.
- 4) Teoría de la Fé Pública.
- 5) Teoría de la Forma.
- 6) Otras posturas.

A continuación explicaremos dichas teorías siguiendo la exposición de ideas que hacen José Castán Tobeñas (59) y Enrique Giménez Arnau (60), mencionando las partes más importantes a nuestra manera de ver, e indicando aquello en lo que no estamos de acuerdo.

1) Respecto a la Teoría del Servicio Público se sostiene que la función notarial está dentro y forma parte de la administración o Poder Ejecutivo del Estado, con la misión de colaborar en la realización pacífica del derecho. En virtud de que no encaja la esfera del poder Legislativo o del Poder Judicial, se llega a concluir a través de un procedimiento de exclusión que dicha función queda incluida dentro del Poder Ejecutivo, indicando que la función de este último poder es la de

(59) CASTÁN, Tobeñas José. *Función Notarial y Elaboración del Derecho*. Instituto Editorial Anes S.A. España, 1946. p. 40.

(60) GIMÉNEZ, Arnau Enrique. *Las Instituciones de la Derecho Notarial*. Op. cit. p. 62.

realizar el derecho y la función notarial no es otra cosa que la de dar realidad efectiva al derecho privado. De estas consideraciones se deriva que se diga que la actividad notarial se considere como uno de los servicios públicos que el poder administrativo está llamado a realizar.

En esta tesis sostenemos que la función notarial es considerada como un servicio público, pero como se comenta en el capítulo quinto y séptimo, es un concepto que tiene significado y alcances diferentes al que se le da en el Derecho Administrativo, ya que el Servicio Público Notarial se explica y regula por la rama autónoma del Derecho Notarial. Tampoco estamos de acuerdo que se indique el Notario esté "dentro o forme parte de la Administración o Poder Administrativo", ya que como lo demostraremos no presta un trabajo a favor del Estado, ni cae dentro de los supuestos que señala la ley para considerarlo servicio público ni está encuadrado dentro de la organización administrativa.

2) La función notarial como función legitimadora ejercida por el que llaman Poder Certificante o Legitimador del Estado. Se parte de considerar insuficiente la clásica división de los poderes del Estado (legislativo, ejecutivo y judicial) e indican que el Estado tiene además de las potestades que le atribuye la división trimembre aludida, un poder certificante que en su mayor parte se confía al Notario o bien una función autorizante instrumental. Esta teoría se basa en el concepto de la justicia preventiva (a diferencia de la justicia reparadora de los jueces) y tiene su punto de partida en la necesidad social de dar a los derechos una corporalidad o visibilidad y una representación externa.

Sostienen los partidarios de esta teoría que la facultad judicial por sí sola no logra la categoría de poder estatal. Mencionan que forma parte de otro poder más amplio, el poder legitimador, que es aquel por medio del cual el Estado legitima los intereses privados de determinado carácter jurídico a las personas, las cosas y los actos". Se dice que este poder coexiste con los demás poderes del Estado, colaborando con ellos para lograr los fines del Estado, además que este poder legitimador es, en esencia, el que hace aplicación del derecho, aquel que tiene por objeto aplicar determinadamente el derecho, valorando de este modo ante el Estado intereses privados o una repulsión.

Considerando que esta teoría no es aplicable en nuestro sistema jurídico, ya que no podemos admitir la existencia de otro poder estatal. La teoría de la división de poderes se refiere a las modalidades que impone el ordenamiento de los órganos del Estado y a la distribución de las funciones del Estado entre esos órganos (61). Nuestra Constitución expresamente indica en su artículo 49 que el Poder Supremo de la Federación se divide para dicho ejercicio en Legislativo, Ejecutivo y Judicial, lo cual, jurídicamente se desprende que no es posible la existencia de otro Poder Estatal.

(61) *92677, Gabano Derecho Administrativo, Porrúa, México, 1989, 28va. Edición, p. 28.*

3) Otros consideran a la función notarial como una función de jurisdicción (voluntaria). Este concepto nos lo define Rafael de Pina(62) de la siguiente manera:

"JURISDICCION. Potestad para administrar justicia atribuída a los jueces, quienes ejercen aplicando las normas jurídicas generales y abstractas a los casos concretos que deben decir

...La jurisdicción puede definirse como la actividad del Estado encaminada a la actuación de derecho positivo mediante la aplicación de la norma general al caso concreto. La jurisdicción es una actividad pública destinada a mantener la eficacia de la legalidad establecida por el poder Legislativo...

JURISDICCION VOLUNTARIA. Especie de jurisdicción civil que es ejercida -de acuerdo con el criterio generalmente admitido- en relación con los actos en que por disposición de la ley, se requiere la intervención del Juez sin que esté promovida, ni se promueva cuestión alguna entre las partes determinadas. La mayoría de los tratadistas le niega el carácter de verdadera jurisdicción, afirmando que constituye una actividad administrativa encomendada a los jueces..."

(62) DE PINA, Ugo Rafael y De Pina Rafael. *Tratado de Derecho Positivo Mexicano*. 1984. 12a. Edición.

En esta teoría se menciona que la actuación notarial es función de justicia o función jurisdiccional, pues lleva consigo la facultad de aplicar las leyes y administrar justicia en los negocios civiles, con una especie de jurisdicción prorrogada, por conformidad de las partes para la declaración del derecho. Varios autores sostienen, que la función notarial, en cuanto función de legalización o legitimación, es función jurisdiccional: mediante ella se declara, por modo oficial y público, la validez del negocio, quedando subsumido el hecho dentro de la proposición general establecida en la norma jurídica. Sin embargo no se deja de advertir que ese proceso de subsunción o legalización realizado ante el Notario "queda en varios aspectos jurídicamente abierto, de suerte que en cualquier momento puede someterse al conocimiento del Juez, y es éste únicamente quien puede dar a su conclusión por voluntad del Estado, la fuerza de la cosa juzgada".

El centro de esta teoría está en el elemento común del Juez y el Notario que es la jurisdicción la cual la entiende como la aplicación o actuación del derecho. El concepto original de Jurisdicción es el que se dió anteriormente, pero con la distinción que contenciosa y voluntaria ha dado al concepto de lo jurisdiccional un ámbito extensísimo lo que ha provocado que varios autores incluyan a la función notarial dentro de este concepto.

Los partidarios de esta teoría suelen indicar que el proceso notarial atribuye a los actos jurídicos valor y fuerza de sentencia, sin que ello no deba ser entendido de cosa juzgada. Con su maestría y

profundidad menciona Nuñez Lagos (63) la diferenciación entre documento público y cosa juzgada. Menciona que:

"el documento público nos obliga juzgar conforme a él; la cosa juzgada obliga al Juez a no juzgar el mismo asunto; el documento público dá nacimiento a acciones pretencionales, la cosa juzgada extingue el derecho de acción del demandante, la escritura pública tiene la promesa por ley de una tutela jurisdiccional específica".

Consideramos preciso recordar que la declaración notarial está subordinada a la definitiva decisión judicial, en caso de contienda promovida por quien se crea postergado o perjudicado.

A nuestro modo de ver creemos que al hablar de función jurisdiccional se refiere a una actividad del Juez o Arbitro. Consideramos que la Ley por cuestiones históricas y jurídicas le ha conferido al Juez poderes de constatación, protección, tutela y de comprobación en determinados asuntos en donde carece todo litigio. Además en principio el término jurisdicción voluntaria es equívoco e inexacto. Javier Arredondo Galván (64) nos comenta al respecto

(63) CASTAÑ Tábaras José. *Práctica Notarial y Elaboración del Documento*. Op. cit. p. 24.

(64) ARREDONDO, Galván Francisco Javier. "La Intervención Notarial en el ámbito de la jurisdicción voluntaria o no contenciosa". Ponencia en el XX Congreso Internacional del Notariado Latinoamericano, 27 de abril a 2 de mayo de 1992. p. 5.

"...el término jurisdicción voluntaria es inexacto, pues los actos que en ella se realizan no son ni de tipo jurisdiccional, pues en ellos "no decide" el Juez una controversia entre partes, ni tampoco son actos voluntarios, pues las partes interesadas no acuden al Juez por su voluntad, sino para desahogarlos, por disposición de la Ley, los particulares "deben" acceder a la competencia judicial.

Los mal llamados "Actos de Jurisdicción Contenciosa", bien podrían ser atribuídas a las autoridades administrativas, porque no implican contienda en derecho, ni juicio, ni debate legal..."

Consideramos que por ciertos acontecimientos históricos se dice que la función notarial es una actividad de jurisdicción voluntaria. Dichos acontecimientos pueden ser por ejemplo, que en algunas culturas el Notario tenía que acudir con el Juez para darle forma y fuerza jurídica a los documentos que realizaba, o bien porque el Notario durante mucho tiempo estuvo encuadrado dentro del Poder Judicial. Es incorrecto aplicar el término "Jurisdicción voluntaria" a las funciones que realiza el Notario, ya que es un concepto del Derecho Procesal y se aplica a procedimientos o trámites en donde su fuente justificativa es la Ley y le confiere al Juez determinadas funciones tal vez por la idoneidad profesional de estas personas y por los medios que cuentan.

Como vimos en nuestro capítulo quinto el Derecho Notarial es autónomo y éste nos proporciona los principios y conceptos que nos sirven para explicar la función notarial y así podremos sostener la conclusión a la que llegó Sahanuja (65) que estima que

"la función notarial es autónoma -tiene forma y efectos peculiares- y no cabe incluirla dentro de la jurisdiccional".

4) Una de las más añejas concepciones de la función notarial es la Teoría de la fé pública o de la prueba preconstituida. Sostiene que la misión del Notario es dar fé a los actos que interviene, autentificarlos y establecer una presunción de veracidad sobre su autorización y una prueba de la existencia del acto documentado.

En tiempos actuales, autores prestigiosos aunque no limiten el ámbito de la actuación notarial a esta tarea de <<preconstruir la prueba>>, no vacilan en afirmar que entre las funciones encomendada al Notario <<La de más trascendencia pública, la que determina su existencia y es causa y origen de las demás, es aquella que consiste en investir 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...>>

(65) CASTAÑ. *Teoría de la Función Notarial y la Laboración del Derecho*. Op. cit. p. 22.

Como se comentó en nuestro capítulo segundo, la fé pública es un elemento diferente y que se relaciona con la función notarial, ya que lo caracteriza y le da valor, pero no toda actividad notarial es dación de fé. Volvemos a comentar que la fé pública es una consecuencia del documento y esta teoría lo único que hace es atender un solo aspecto de la realidad, ya que sólo analiza desde el punto de vista "prueba". Y los documentos del Notario no gozaban de fé pública, sino que esta característica surge en una etapa posterior al reconocerle valor a las funciones de esas personas y también por una necesidad de certeza en las relaciones jurídicas.

5) En la teoría de la Forma consideran a la función notarial como creadora de formas solemnes y públicas. En esta teoría se señala que forma y prueba tiene una esfera común, pero no son términos equivalentes, porque el ámbito de la prueba es mucho más reducido. Lo que es <<solemne>> prueba; pero la prueba no puede entrañar solemnidad o formalidad de carácter público. Por ende será más expresivo y ofrecerá más amplitud de horizontes, considerar a la función notarial como creadora de formas solemnes y públicas para los actos acogidos a su amparo, pues la fehcencia es condición inseparable de la formalidad; y agregan que una de las funciones que la forma cumple, precisamente por su carácter externo y material, por su visibilidad, es la de facilitar ulteriormente la prueba de negocio jurídico, las formas escritas se revelan como de una superioridad indudable, ya que la forma oral sólo recibe aptitud probatoria de la

intervención de los testigos, pero sin que ello impida que la escritura pueda ser también forma de ser o de valer.

Sería ocioso seguir desarrollando esta teoría ya que estamos de acuerdo con Enrique Giménez Arnau (66) cuando indica que

"... la función notarial no puede quedar reducida al problema de la forma..."

Es importante hacer referencia a esta teoría ya varios escritores hablan de crear una rama autónoma de "Derecho de las Formas" en donde se incluye dentro de ella la función notarial. Consideramos que es más enriquecedor hablar de Derecho Notarial que estudia la función del Notario y de la Teoría General del Instrumento Público, lo cual abarca todos los aspectos relacionados con la actividad del Notario, uno de ellos el de la forma pública notarial.

Finalmente es muy importante comentar algunas posiciones que sostienen algunos autores, principalmente administrativistas, sobre la función notarial, lo cual podemos considerar que propiamente no constituyen teorías o doctrinas; sin embargo, es una buena aportación que hacen al estudio de dicha función.

(66) GIMÉNEZ, Arnau Enrique. *Sustituciones de Derecho Notarial*. Op. cit. p. 69.

Principalmente son dos las posiciones: una en donde se menciona que: la actividad del Notario es un ejercicio privado de funciones públicas; y otra que indica que es una actividad profesional con trascendencia pública.

Respecto a la primera posición se sostiene:

"por lo que se refiere a la relación jurídica, la función notarial es una función social. Con relación al documento es una función pública, pero de ejercicio privado".

También se comenta que es "dudosa" la "naturaleza funcionarial" de los Notarios que "desempeñan su función de modo similar a profesionales libres" y en cuanto a su responsabilidad "por no estar integrados en la organización gubernamental no imputan su actividad dañosa a la Administración como los concesionarios, los contratistas administrativos y en general los profesionales libres que ejerciten privadamente funciones públicas".

En el caso de la postura que sostiene que la función notarial es una actividad profesional con trascendencia pública se menciona que:

"la denominada función pública del Notario no es, puramente una función que corresponda al Estado y que éste delega a determinados profesionales, sino que, más bien, es una actividad profesional con trascendencia pública de modo que quien la

ejercita, por razón de ejercitarla legalmente, asume ipso-jure de una función pública, sin que sea posible hablar de un fenómeno de transferencia, concesión o delegación de funciones. El estado reglamenta y tutela esa actividad, que como dice la doctrina italiana, implica el ejercicio de una función pública en base al desempeño mismo de una profesión".

En esta posición otros indican que todas las profesiones liberales incluso la de Abogado o de Médico, son en efecto "parapúblicas" es decir, tienen un marcado interés público, que se acentúa en el caso del Notario.

Como vemos estas dos posiciones que acabamos de estudiar son en esencia lo mismo ya que se infiere que la función la realiza un particular con características públicas; lo único en que difieren es de donde se origina dicha función. Consideramos que estas ideas son insuficientes para aclararnos cuál es la naturaleza de la función notarial, ya que sólo se limitan a hacer referencia del Notario, principalmente cuando se ocupan de algún tema, como es el caso de los administrativistas, siendo sólo datos, lo que aportan y no un estudio profundo y serio que pueda considerarse una teoría.

Finalmente queremos indicar que son muy importantes las teorías que explican la función notarial, ya que al saber que naturaleza tiene dicha función sabemos que es el Notario, y por ende que régimen jurídico se le aplica. Consideramos que las teorías que acabamos de

analizar no nos proporcionan de manera completa y satisfactoria una explicación de la naturaleza de la función notarial y que nos sirve para poder determinar que es el Notario, motivo por el cual hemos elaborado una teoría que llamamos "el servicio público de la función notarial regulado por la rama autónoma del Derecho Notarial" que sostenemos en nuestro último capítulo. De nuestra teoría se desprende que el Notario es un particular, un profesional del Derecho y no un funcionario, empleado o servidor público. En los incisos que siguen de este capítulo expondremos los puntos que sirven tanto para sostener esta afirmación, como para fijar las bases de la Teoría que hemos elaborado.

B) ANTECEDENTES DE LA FUNCION NOTARIAL.

En virtud de que se ha hecho una reseña histórica en nuestros capítulos primero y cuarto sólo nos limitaremos a resaltar los aspectos más importantes que nos sirven para sostener que el Notario debe ser considerado como un profesional del Derecho y no un servidor público, y estos son los siguientes:

- En todas las culturas y pueblos civilizados existen personas que podemos considerar como precedentes de la Institución Notarial (por ejemplo -entre aztecas existían el tlacuilo, en Roma, el tabellion, el tabularii, etc.) Como se pudo apreciar en el capítulo primero, el Notariado surge espontáneamente de la sociedad como producto de una necesidad de hacer constar los pactos y los hechos más importantes que

sucedían entre las personas y fue posteriormente cuando interviene el Poder Público para reglamentar y vigilar esta profesión, imprimiéndole fé pública a los documentos que el Notario elabora. Lo único que hace el Poder Público es reconocer el especial valor de las funciones del Notario, que primero fue de hecho y posteriormente de derecho.

- El Notariado en algunos lugares evolucionó más hacia las operaciones privadas que hacia la administración pública, como fue el caso del Notario en México.

- El Notariado siempre debe tener una independencia de organización y de decisión, incompatible a toda sumisión, nombramiento a plazo y libre remoción de parte del Gobierno, para que así se garantice su imparcialidad, preparación y su vocación de servicio. Es por ello que varias leyes traten de lograr esta finalidad, como puede ser las que establecen normas que impiden que el Notario sea remunerado por el Erario Público o las que sólo les confieren a la Autoridad Pública limitadas facultades para la organización, inspección y vigilancia del Notariado.

- La calificación de "Funcionario Público" es de origen histórico. Se originó con la Ley del 25 Ventoso del año XI del Estado Francés de 1802 en cuyo artículo primero indica que los Notarios son "Funcionarios Públicos". La Ley del Notariado de España de 1862 se basa en la Ley del 25 Ventoso copiando su artículo primero. Posteriormente la Ley de Notarios y Actuarios del Distrito Federal de

1867 se inspira en la Ley Española, definiendo al Notario como funcionario público y las leyes posteriores del Notariado del D.F. así como de los Estados de la República Mexicana se limitaban a calificarlo de esa manera.

- En un principio sólo había normas aisladas que regulaban la función notarial, como fueron por ejemplo las novelas 45, 48 y 76 de Justiniano, la Constitución XXV del Emperador León VI del Imperio Romano de Oriente, también algunas normas del Fuero Juzgo, del Ordenamiento de Alcalá, del Fuero Real de las Siete Partidas, etc.; pero después se crean una diversidad de normas que regulan la función notarial en forma sistemática y metódica, con unidad de criterio y de contexto, como fue la ley Orgánica del Notariado y del Oficio de Escribano de 1865. La Ley Orgánica de Notarios y Actuarios del D.F. de 1867, la Ley del Notariado para el Distrito y Territorios Federales de 1901 y como es actualmente la Ley del Notariado para el Distrito Federal de 1980.

- La forma organizativa de los Notarios en el Distrito Federal siempre ha sido en Colegio Profesional, propia de particulares que ejercen una profesión, y no de servidores públicos cuya forma de asociación es a través de Sindicatos.

- Siempre se ha cuidado que el Notario no pierda sus características de honorabilidad, de capacidad técnica e intelectual, sin embargo, la trascendencia pública que tiene su función y de ciertos

hechos históricos como fueron la existencia de los oficios públicos vendibles y renunciables, la venta de protocolos, etc. hacen que la función notarial se considere como pública y posteriormente también como un servicio público, confiándole la ley a la Autoridad Administrativa atribuciones para organizar, coordinar y vigilar la actividad del Notario.

C) CONSIDERACIONES DOCTRINALES Y PRACTICAS.

El Notario en el Distrito Federal no es un Servidor Público (en el entendido de lo que hoy consideramos como servidor público). Durante la vigencia de la Ley de 1945, se indicó que el Notario era un profesional del derecho pero seguía calificándolo de funcionario público. El artículo de dicha ley decía a la letra:

"...El Notario a la vez que funcionario público, es un profesional del derecho que ilustra a las partes en materia jurídica y tiene el deber de explicarles el valor y las consecuencias legales de los actos que vayan a otorgar..."

Al hablar de un profesional libre se hace referencia a aquella persona prestadora de una obra intelectual efectuada en un régimen de autonomía técnica y jerárquica frente al cliente con amplia discrecionalidad (bajo el aspecto de la técnica profesional) y con organización de trabajo propia. Tales características no son aplicables a los servidores o empleados públicos. El Notario en cambio, encaja

perfectamente en las características antes mencionadas. También consideramos que no es posible que una persona pueda ser un profesional y a su vez sea un servidor público; o se actúa en un determinado momento como profesional o bien como un servidor público pero no los dos a su vez.

En la Ley Reglamentada del Artículo 5o. Constitucional relativo al ejercicio de profesiones en el Distrito Federal (publicada en el "Diario Oficial" de 26 de mayo de 1945) en su Artículo 2o. hace una lista de profesiones de entre las cuales figura la del Notario.

Afortunadamente quedó abrogada la Ley del Notariado para el Distrito Federal y Territorios promulgada el 31 de diciembre de 1945 y con ella queda derogado el artículo once que comentamos. Sin embargo, en la actualidad muchas leyes de las entidades de la República Mexicana sigue esta postura (como se puede apreciar en el cuadro sinóptico que obra en las propuestas de esta tesis), y lo más sorprendente es que las leyes del Notariado recientes de algunos Estados como es el caso del Estado de Jalisco y de Chihuahua, sostienen esta situación, como se puede observar en los artículos que a continuación transcribimos:

El artículo primero de la Ley del Notariado del Estado de Jalisco dice:

"...Notario es el profesional del derecho y funcionario público, investido por delegación del Estado, a través del titular del Poder Ejecutivo, de la capacidad de dar fé para hacer constar actos, negocios o hechos jurídicos, revistiéndoles de solemnidad y formas legales..."

Respecto de la Ley del Notariado del Estado de Chihuahua en su artículo catorce se menciona:

"...Notarios a su vez que funcionarios públicos son profesionales del Derecho y tienen la misión de..."

Pensamos que una de las razones que nos pudo haber contribuido para la consideración del Notario como profesional y funcionario público fue la legislación española, ya que en el Reglamento de la Ley Orgánica del Notariado de 1935 señala que "Los Notarios son a la vez profesionales del Derecho y funcionarios públicos, correspondiendo a este doble carácter la organización del Notariado".

Como antes se comentó, la Ley del Notariado para el Distrito Federal de 1980 volvió a calificar al Notario como funcionario público y no fue sino hasta enero de 1986 cuando se reformó dicha ley indicando en el artículo 10 que el Notario es un profesional del Derecho investido de fé pública. Esta reforma no significa que antes de enero de 1986 tuviere la calidad de funcionario público y después de esa fecha fuera un profesional del Derecho.

En varias ocasiones la doctrina ha insistido en mencionar que el problema del Notario no es un problema de definición legal (Nota 2), limitándose a dar una serie de datos para señalar si és o no "funcionario público". En nuestro sistema jurídico ya no existen los funcionarios públicos y sería un error decir que la persona que realiza un servicio público sea un servidor público o aquella que realiza una función pública sea un funcionario público. En la actualidad muchas actividades se consideran de orden público, por ejemplo el transporte de carga (67), el servicio público de banca y crédito, de educación, etc.; esto independientemente de el que lo realice sea o no servidor público primero debemos de analizar sus características y después checar si se ubica en los supuestos que señala la ley para determinar si realmente tienen o no esa calidad.

El Notario analizado desde el punto de vista Ley, no se desprende que sea un servidor público; a los que se les denomina de esa forma son aquellos que encajan en el título cuarto denominado "De las responsabilidades de los Servidores Públicos" de la Constitución General o en la Ley Federal de Responsabilidades de los servidores públicos, o en la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, o

Nota 2. Varios autores concuerdan en citar al procesalista Eduardo Contreras que nos enseña que "el problema de la condición del escribano público no es un problema de definición legal. Frente al legislador, en sus definiciones denominadas así, pero bien sabemos que no es misión del legislador dar definiciones, sino establecer normas, es decir, proposiciones hipotéticas de una conducta jurídica. El escribano público será funcionario público si la ley lo asigna en el conjunto de las interrelaciones humanas, la condición jurídica que corresponde a los demás funcionarios públicos, su estatus jurídico. No será funcionario público, aunque la ley lo denomine así, si en el cúmulo de sus deberes y derechos no tiene condición de tal".

(67) Reglamento de Tránsito para el Distrito Federal.

bien en la Ley de las Entidades Paraestatales y su reglamento.

El citado artículo 108 Constitucional dice:

"Para los efectos de las responsabilidades a que alude este título se reputarán como servidores públicos a los representantes de elección popular, a los miembros de los poderes Judicial Federal y Judicial del Distrito Federal, a los funcionarios y empleados y, en general, a toda persona que desempeñe un empleo, cargo o comisión de cualquier naturaleza en la administración pública federal o en el Distrito Federal, quienes serán responsables por los actos u omisiones en que incurran en el desempeño de sus respectivas funciones".

Pensamos que el Notario no entra en este supuesto ya que, no es alguna de las personas que enumera este artículo ni tampoco desempeña un empleo, cargo o comisión de cualquier naturaleza en la administración pública federal o en el Distrito Federal. De esta disposición se infiere que la persona que se considera servidor público forzosamente debe formar parte de la Organización Administrativa, de la cual el Notario no forma parte.

El artículo segundo de la Ley Federal de responsabilidades de los servidores públicos remite al artículo 108 Constitucional y agrega que además se consideran Servidores Públicos aquellas personas que

manejen o apliquen recursos económicos federales, cosa que no hace el Notario Público.

Como dijimos tampoco se puede considerar que el Notario forma parte de la Organización Administrativa. La doctrina y la Ley han establecido la forma como los órganos se ordenen para dar unidad a la Administración Pública. Dichos órganos se clasifican en centralizados, desconcentrados, descentralizados y empresas de participación estatal.

La centralización administrativa es la forma de organización administrativa en la cual, las unidades, los órganos de la Administración Pública, se ordenan y acomodan articulándose bajo un orden jerárquico a partir del presidente, con el objeto de unificar las decisiones, el mando, la acción y la ejecución. La relación jerárquica implica una serie de poderes que son: 1) de decisión, 2) de nombramiento, 3) de mando, 4) de revisión, 5) de vigilancia, 6) disciplinaria y 7) para resolver conflictos de competencia. Tales poderes no existen sobre el Notario, como se podrá observar en los siguientes párrafos. Además es preciso indicar que el Notario no se encuentra ubicado en ninguna relación jerárquica de tipo gubernativo. Nadie está por encima ni debajo de él.

1) El poder de decisión es la facultad o potestad de señalar un contenido a la actividad de la Administración Pública, puede abarcar desde una orientación hasta cuestiones de mero trámite. El Notario lo único a que está obligado es a cumplir con los requisitos técnicos que

establece el ordenamiento jurídico y apegarse a éste, pero de ahí en fuera nadie le indica como debe de organizarse y como elaborar sus documentos.

2) Respecto del poder de nombramiento, vemos como la expedición y otorgamiento de la patente de Notario es un acto administrativo obligatorio, ya que la persona que reúne los requisitos que establece la ley como son, ser mexicano por nacimiento en pleno ejercicio de sus derechos, tener veinticinco años cumplidos y no más de setenta, tener buena conducta, ser Licenciado en Derecho, acreditar cuando menos tres años de práctica profesional a partir del examen de Licenciatura, comprobar que por lo menos ocho meses ininterrumpidos y anteriores a la solicitud del examen, haber realizado prácticas notariales, bajo la dirección y responsabilidad de un Notario del Distrito Federal, no haber sido condenado por sentencia ejecutoriada por delito intencional y principalmente que haya aprobado un examen para obtener la patente de aspirante y haber resultado triunfador en el examen de oposición que se haya convocado para otorgar la patente de Notario al aspirante que haya obtenido la mayor calificación y que haya obtenido más de 70 puntos sobre 100.

3) El poder de mando es la facultad de ordenar a los inferiores la realización de los actos jurídicos o materiales. La orden trae como consecuencia la obligación de obedecer por parte del funcionario inferior. Como antes señalábamos el Notario no se encuentra sujeto a

ninguna relación jerárquica de tipo burocrática, razón por la cual nadie puede ordenar al Notario a que realice algún acto.

4) El poder de revisión es la facultad administrativa que tienen los superiores para revisar el trabajo de los inferiores; se puede ejercitar a través de actos materiales, o de disposiciones jurídicas y trae como consecuencia encontrar fallas que puedan llegar a la revocación, modificación o confirmación de esos actos. Como se analizará más adelante la autoridad administrativa sólo tiene facultades de inspección, de vigilancia y disciplinarias en los casos que expresamente se prevén en la Ley del Notariado, no pudiendo en consecuencia modificar, revocar o confirmar los actos realizados por el Notario.

5) El poder de vigilancia se origina por falta de cumplimiento en los deberes del servidor público que le impone su cargo, lo cual da nacimiento a la responsabilidad del autor, que puede ser de tipo civil, penal o administrativo, esta última tiene lugar con motivo de cualquier falta cometida por el empleado en el desempeño de sus funciones pudiendo ser concomitante con la civil o la penal. En el caso del Notariado en el D.F. sólo incurre en responsabilidad administrativa cuando viola la Ley del Notariado, o su reglamento (si es que se expide) o de otras leyes, siempre que se cause algún perjuicio al particular que haya solicitado el servicio del Notario.

6) El poder disciplinario es consecuencia de los poderes de vigilancia y de revisión de este poder deriva una serie de medidas como consecuencia de las faltas, incumplimientos, ilícitos administrativos, cuyas sanciones van desde la llamada de atención verbal, apercibimiento, suspensión, hasta el cese del nombramiento cuando la gravedad de la falta así lo amerite. Al Notario responsable del incumplimiento de sus obligaciones derivadas de la ley del Notariado sin perjuicio de su responsabilidad civil o penal que sean aplicables sólo en determinados casos que enumera la ley se hace acreedor de las siguientes sanciones: a) Amonestaciones por escrito; b) Multa de uno a diez meses de salario mínimo general para el Distrito Federal; c) Suspensión del cargo hasta por un año y d) Separación definitiva. (véase artículo 126 de la Ley del Notariado para el Distrito Federal).

7) Con relación al poder para resolver conflictos de competencia la Autoridad Administrativa que en este caso es el Departamento del Distrito Federal no tiene ninguna facultad de decidir cuando en caso de duda le corresponde intervenir al Notario y cuando a otro servidor público o fedatario.

De lo anterior se desprende que el Notario no se encuentra ubicado en ninguna relación jerárquica en la organización administrativa centralizada, El Ejecutivo Federal y el Departamento del Distrito Federal sólo tienen las facultades que expresamente le confieren las leyes principalmente de inspección, vigilancia y disciplinarias impuestas en ciertos casos.

La desconcentración consiste en la delegación de ciertas facultades de autoridad que hace el titular de alguna dependencia en favor de órganos que le están subordinados, jerárquicamente. Su fundamento jurídico lo encontramos en el artículo 17 de la Ley de la Administración Pública Federal.

Tampoco en este tipo de órganos se puede encuadrar al Notario, que como antes se dijo ni es un órgano administrativo, ni está jerárquicamente subordinado.

La descentralización administrativa en términos generales consiste en confiar algunas actividades administrativas a órganos que guardan con la Administración centralizada una relación diversa de la jerarquía pero sin que deje de existir respecto de ellas las facultades indispensables para conservar la unidad de poder. Estos organismos son entidades creadas por la Ley o por decreto del Congreso de la Unión o por decreto del Ejecutivo. Además de hablar de los organismos descentralizados implica que existan una serie de facultades de la Administración Pública en cuanto a su organización, funcionamiento, y control de dichos órganos.

No existe algún fundamento jurídico en la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal o en la Ley Federal de las Entidades Paraestatales y su reglamento, para sostener que el Notario es un órgano descentralizado, además no se crea ni por ley, ni por decreto y

no está sujeto a las normas de funcionamiento, organización y control que establecen dichas leyes.

Recientemente se ha argumentado que el Notario es un organismo descentralizado por colaboración, basándose tal opinión en autores administrativistas que indican que dichos órganos vienen a ser una de las formas del ejercicio privado de las funciones públicas. Gabino Fraga (68) menciona que ante la imposibilidad de crear en todos los casos necesarios organismos especializados que recargarían considerablemente la tarea y los presupuestos, se impone o autoriza a organizaciones privadas su colaboración, haciéndolas participar en la función administrativa. Nos señala dos elementos que son los que distinguen a estos órganos:

"...1o. el ejercicio de una función pública, es decir, de una actividad desarrollada en interés del Estado; 2o. el ejercicio de dicha actividad en nombre propio de la organización privada..."

Y agrega:

"...Así que, para conservar dicha unidad, el Estado se reserva las facultades necesarias para garantizarla, a saber: la autorización de instituciones admitidas a colaborar y el ejercicio del control y vigilancia necesaria para mantener la colaboración dentro de los límites legales..."

(68) *1992A. Gabino Fraga. Derecho Administrativo. Op. cit. p.p. 208-217.*

No estamos de acuerdo en que existen los llamados Organos Descentralizados por Colaboración, ya que no tienen fundamento en nuestro sistema jurídico (Nota 3) e implicaría que dicho órgano estuviera encuadrado en la Administración Pública y formara parte de ésta. Al no existir en nuestro ordenamiento legal dicha figura no puede servir para explicar al Notario en el Distrito Federal y a la función que desempeña.

En México, el Notario sin ser empleado del Fisco y sin recibir remuneración, le es un eficaz colaborador en la aplicación de las Leyes del Impuesto al Valor Agregado, Sobre la Renta, Adquisición de Bienes Inmuebles, Hacienda del Departamento del Distrito Federal y de otras identidades federativas, especialmente cuando se hace constar en un instrumento público la adquisición de un bien inmueble.

La actividad fiscal del Notario tiene doble carácter: liquidador y enterador de impuestos. Bernardo Pérez Fernández del Castillo (69) nos explica en forma clara estas ideas de la siguiente manera:

Nota 3. Se se busca con detenimiento en la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal y en la Ley Federal de Entidades Personales y su reglamento no existe alguna norma que nos sirva de fundamento para sostener que el Notario es un órgano descentralizado por colaboración. Tampoco en trabajos de carácter doctrinal se menciona que existan tales órganos en nuestro sistema, en este caso ponemos como ejemplo una tesis que hace un estudio completo de dichos órganos, este trabajo se titula Origen y Naturaleza de los Organismos Descentralizados de Monterrey. Teyuna Martínez (Monterrey, Nuevo León, Universidad de Monterrey. División de Ciencias Jurídicas, abril de 1981). Asimismo que esta figura es tomada de otros sistemas jurídicos (69) PEREZ, Bernardo del Castillo. Apuntes para la historia del Notariado en México. Op. cit. p. 82.

"...Como Liquidador, tiene la obligación de cuantificar, dentro del plazo a que se refiere cada ley y en las formas oficiales la cantidad de dinero que por conceptos de impuestos hay que pagar. Aún en el caso de que la operación esté exenta, existe el deber de llenar estas formas y presentarlas.

Como Enterador de Impuestos, realiza el pago cuando ha sido debidamente expensado por sus clientes, de no ser así, no autoriza la escritura en forma definitiva.

La falta puntual de estas obligaciones a cargo del Notario, trae como consecuencia la responsabilidad consistente en el pago de multas y recargos...

Es pertinente aclarar que el Notario no tiene el carácter de retenedor, aunque algunas leyes equivocadamente así lo mencionan. De opinarse de que es retenedor, el recibo que expidiese al cliente sería suficiente para acreditar el pago de los impuestos..."

De lo escrito se demuestra que el Notario no forma parte, ni es empleado del Fisco, su obligación se deriva de las Leyes Fiscales siendo acorde con los principios que se derivan del primer Congreso Internacional del Notariado Latino, celebrado en el mes de octubre de 1948 en Buenos Aires, en donde se indicaba la vinculación de la función notarial con el Derecho Tributario debe circunscribirse al control y

fiscalización de los impuestos y a la prestación o negación de la función pública notarial al contribuyente.

Y por último en este inciso, queremos comentar que implica una serie de efectos considerar o no al Notario como servidor o funcionario público de entre los cuales podemos mencionar los siguientes:

En el caso de tutela pueden excusarse de ejercer el cargo las personas que acrediten ser empleados o funcionarios públicos, esto con base al artículo 511 del Código Civil para el Distrito Federal, fracción primera. El Notario en el supuesto que se considere funcionario público se puede excusar con fundamento en el artículo citado. Algo similar ocurre con el cargo de Albacea, ya que puede excusarse a la persona que compruebe ser empleado o funcionario público, con fundamento en el artículo 1698, fracción primera del último ordenamiento citado.

Con relación a la Ley Federal de los servidores públicos, el Notario no se puede encuadrar en su artículo segundo como antes lo analizamos ni tampoco encaja en los supuestos previstos en ese ordenamiento legal ya que de lo contrario estaría sujeto a todas las consecuencias que de ello se derivan.

Otro de los efectos de considerar o no al Notario como funcionario es el de la responsabilidad subsidiaria del Estado que se establece en el artículo 1928 del Código Civil para el Distrito Federal y que a la letra dice:

"...El Estado tiene la obligación de responder de los daños causados por sus funcionarios en el ejercicio de las funciones que les están encomendadas. Esta responsabilidad es subsidiaria y sólo podrá hacerse efectiva contra el Estado cuando el funcionario directamente responsable no tenga bienes o los que tenga no sean suficientes para responder del daño causado..."

Vemos como el Notario al ser un profesional libre responde personalmente de los daños y perjuicios que causare en ejercicio de sus funciones con todo su patrimonio y al no tener el carácter de servidor o funcionario público, el Estado no tiene la obligación de responder en forma subsidiaria en los términos del artículo citado.

En materia penal también tiene trascendencia de que el Notario no sea considerado como servidor público ya que de lo contrario se le podría aplicar los títulos décimo y décimo primero del Código Penal para el Distrito Federal, titulados respectivamente como "Delitos cometidos por servidores públicos y delitos cometidos contra la administración de justicia". Por dar algunos ejemplos podemos citar los siguientes: si se le considera servidor público podría cometer el delito de ejercicio indebido de servicio público en el supuesto de la pérdida del protocolo ya que en artículo 214 del Código Penal se establece:

"...Comete el delito de ejercicio indebido de ejercicio público, el servidor público que:

V. Teniendo la obligación por razones de empleo, cargo o comisión, de custodiar, vigilar, proteger y dar seguridad a personas, lugares, instalaciones y objetos, incumpliendo su deber, en cualquier forma propicie daño a las personas o a los lugares, instalaciones u objetos o pérdida o sustracción de objetos que se encuentren bajo su cuidado...

Al infractor de las fracciones III, IV o V, se le impondrán de dos a siete años de prisión, multa de treinta a trescientas veces el salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal en el momento de cometer el delito y destitución o inhabilitación de dos a siete años para desempeñar otro empleo cargo o comisión públicos".

Otro artículo que podría aplicárseles sería el de abuso de autoridad.

El artículo 215 establece:

"...Cometen el delito de abuso de autoridad los servidores públicos que incurran en algunas de las infracciones siguientes:

III. Cuando indebidamente retarde o niegue a los particulares la protección o servicio que tenga obligación de otorgarles...

Al que cometa el delito de abuso de autoridad se le impondrán de uno a ocho años de prisión, multa desde treinta a trescientas veces el salario mínimo vigente en el Distrito Federal y destitución e inhabilitación de uno a ocho años de desempeñar otro empleo, cargo o comisión públicos..."

Respecto a los delitos cometidos contra la administración de justicia en el artículo 225 del Código Penal se establece:

"...Son delitos contra la administración de justicia cometidos por servidores públicos los siguientes:

I. Conocer de los negocios para los cuales tengan impedimento legal o abstenerse de conocer de los que les corresponda, sin tener impedimento legal para ello;

II. Desempeñar algún otro empleo oficial o un puesto o cargo particular que la ley les prohíba;

III. Litigar por sí o por interposita persona, cuando la ley les prohíba el ejercicio de su profesión...

A quien cometa los delitos previstos en las fracciones I, II, III... y de cien a trescientos días multa... además de la pena correspondiente, el agente será privado de su cargo e inhabilitado para el desempeño de uno nuevo, por el lapso de diez años.

Cabe señalar que la ley del Notariado prohíbe al Notario ejercer todo empleo, cargo o comisión públicos o privados, el desempeño de mandato judicial, la profesión de abogado, en asuntos en que haya contienda y ser comerciante, agente de cambio o ministro de cualquier culto religioso, pudiendo ejercer dichas actividades sólo en ciertos casos que autoriza la misma ley (véase artículo 17 de la Ley del Notariado para el Distrito Federal). En el supuesto que se le considerara al Notario como servidor público, en el caso de que desempeñara un empleo cargo o comisión y a la vez su función notarial además de hacerse acreedor de las sanciones que le impone la Ley del Notariado se le podría aplicar el artículo 225 del Código Penal.

Pensamos que el Notario del Distrito Federal no puede tener problemas de este tipo, ya que aquí se le considera como un profesional del derecho y no como un funcionario o servidor público. Lo peligroso se puede presentar en algún Estado de la República Mexicana en donde su ley del Notariado considere al Notario como funcionario público y además existan leyes penales que se titulen "Delitos cometidos por funcionarios públicos" ya que en este caso se les podría aplicar las penas que establecen dichas leyes.

No se puede limitar la función notarial a la actividad documental, es cierto que ésta se puede considerar como el centro, sin embargo existen otras que distinguen y caracterizan a la función notarial como es la obligación del Notario de interpretar y asesorar a los clientes. Para aclarar lo anterior podemos dar el siguiente ejemplo:

unas personas van a la Notaría a solicitar la constitución de una sociedad y no se realiza ésta, ya que el Notario les aconseja que no sería necesario dicha sociedad, sino que ese asunto podría ser regulado mediante un contrato de asociación en participación. Esto también es función notarial.

También se puede hablar de una función notarial que se presta en forma conjunta, no de manera individual y este es el caso de la función notarial que se realiza a través del Colegio de Notarios. La ley del Notariado sin perjuicio de lo que establezcan otras leyes, señala cuales son las obligaciones que tiene esta corporación y éstas se indican en sus artículos 151 y 152, que a la letra dicen:

"...Art. 151. El Colegio de Notarios para el Distrito Federal agrupará a todos los notarios que ejerzan sus funciones en esta entidad y regulará su organización y funcionamiento conforme a esta ley, a la ley reglamentaria de los artículos 4o. y 5o. Constitucionales relativo al ejercicio de profesiones en el Distrito Federal y, a sus propios estatutos.

...Art. 152. El Consejo del Colegio de Notarios tendrá las funciones siguientes:

I. Colaborar con el Departamento del Distrito Federal, como órgano de opinión, en los asuntos notariales;

II. Formular y proponer, al Jefe del Departamento del Distrito Federal, las reformas a las leyes y reglamentos referentes al ejercicio de sus funciones;

III. Denunciar, ante el Departamento del Distrito Federal, las violaciones a esta ley y a sus reglamentos;

IV. Estudiar y resolver las consultas que le formule el Departamento del Distrito Federal y los Notarios, sobre asuntos relativos al ejercicio de sus funciones, y

V. Las demás que le confiere esta Ley y sus reglamentos..."

Como antes ya se analizó el Colegio de Notarios es una corporación de carácter privado y no un órgano gubernamental teniendo sólo las obligaciones que le impone la Ley, como son las que se acaban de citar y también estas funciones se consideran como la prestación del servicio público notarial.

En este capítulo se han desarrollado las más importantes teorías que explican a la función notarial, y como se pudo observar caen en el error de explicarla desde un sólo aspecto (Forma o fé pública), o visto sólo en base a ciertos acontecimientos históricos (Teoría de la Jurisdicción voluntaria o la del Servicio Público).

Es muy frecuente encontrarnos trabajos en donde se sostiene que el Notario es funcionario público, llegando a conclusiones equívocas en virtud de que parten de bases erróneas como pueden ser aquellos que sostienen que es funcionario porque realiza una función pública o la que se basa en la ley para calificarlo de esa manera. Por citar algunos de los trabajos a que hemos hecho referencia, podemos mencionar los siguientes:

En cuanto a revistas tenemos el artículo "el Notario es un funcionario público" de Alfonso Velázquez Estrada (70) en donde se indica:

"...Si el Estado tiene a su cargo funciones exclusivas denominadas públicas y un agente es titular de un órgano estatal investido de una función pública es, obviamente, **FUNCIONARIO PUBLICO...**

...Bien podríamos concluir que a la luz de la legislación vigente en el Estado de México, la función notarial es de carácter público, pues el titular de la misma por mandato Constitucional es el Gobernador del Estado, el titular del Poder Ejecutivo; criterio legislativo que se reitera en la ley Orgánica del notariado vigente, al establecer que la **FUNCION NOTARIAL ES DE CARACTER PUBLICO, FORMAL Y MATERIALMENTE ADMINISTRATIVA...**

(70) Véase Velázquez Estrada Alfonso "El Notario es un funcionario público". *Revista de la Facultad de Jurisprudencia, México*, abril de 1981, Año 22, No. 5, pp. 132-136.

...Es formalmente administrativa la función notarial porque corresponde su ejercicio originalmente al titular de la misma: El Poder Ejecutivo, quien con fundamento en el artículo 218 fracción XVI de la Constitución Local, está facultado para delegarla a través del nombramiento de Notario con arreglo a las Leyes de la materia, invistiendo así a un profesional del derecho de una función del Estado: LA FIDEI DATIO, que adquiere por consecuencia un aspecto, que reunido a los que haremos referencia, podríamos sostener que le otorgan el carácter de funcionario público...

...En base a lo expuesto, pensamos que el Notario considerado como funcionario público está sujeto al estatuto jurídico que a todo funcionario corresponde con carácter general: jerarquización, responsabilidad del Estado por sus actos, imposición de sanciones disciplinarias por el órgano superior jerárquico; estatuto en el que se encuentran inmersos los deberes de dedicación, discreción, el de residencia, el deber de prestar fianza y el de dignidad..."

En cuanto a tesis encontramos la Ignacio Morales Lechuga (71) en donde concluye:

(71) MORALES, Ignacio *Historia de la Función Notarial De Palma Argentina*, 1977, p. 50.

"...El Notario es un verdadero Funcionario Público, pues ejerce su función en virtud de una designación especial, tiene una competencia claramente señalada en la Ley y representa al Estado en virtud de la delegación conferida por éste.

No se puede perder de vista el hecho de que es el Notario funcionario público y profesional del Derecho..."

Otro trabajo que sostiene que el Notario es funcionario público y que tiene relevancia en virtud de que se realizó en 1991, es la de Ricardo Alonso Valdés Ramírez titulada "La función Notarial y Seguridad Jurídica"(72) en donde se sostiene que:

"...El Notario Público, es el Profesional del Derecho, que investido de Fé Pública por el Estado, legitima los Actos Jurídicos, celebrados entre particulares y el Estado, a la par es un Funcionario Público con características propias, en virtud de que sus ingresos (Honorarios), no se los paga el Estado, sino, los particulares o el mismo Estado al solicitar sus servicios".

Como ya indicamos nuestro propósito fundamental es dar una teoría que explique la función notarial y sus características y así poder sostener que el Notario es un profesional del derecho y no un empleado, funcionario o servidor público, motivo por el cual se hace en este

(72) ALONSO, Valdés Ramírez Ricardo *Función Notarial y Seguridad Jurídica*. E. de A. Argentina, 1991. p. 55.

trabajo un estudio histórico, doctrinal, legal y fáctico, que nos ayude a sostener nuestros argumentos.

Las consideraciones y resoluciones que se han establecido en los diversos congresos de la Unión Internacional del Notariado Latino nos proporcionan muchos datos y elementos que nos ayudan a aclarar y elaborar una serie de principios y conceptos con respecto a la función notarial. A continuación haremos una relación de las recomendaciones y resoluciones citadas en nuestro capítulo tercero relacionadas con el tema que nos ocupa.

Se observa como en dichos congresos se comienza por definir que es el Notario, enfatizando que "es un profesional del derecho encargado de una función pública", y también determina la relación que tiene con el Derecho Fiscal, indicando que sólo debe limitarse al control y fiscalización de los impuestos, y a la prestación o negación del servicio al contribuyente.

En estos congresos también se hace referencia a los requisitos que debe tener el Notario así como el contenido de su función, (véase en el segundo congreso en donde se indica que además de la capacidad técnica e intelectual, debe gozar de una independencia incompatible con los nombramientos a plazo y a la sumisión, al arbitrio gubernativo, por lo cual debe ser inmovible pudiendo ser removido sólo en los casos que establezca la ley; en cuanto al contenido de la función del Notario se señala en el octavo congreso en 1965 que el término "Jurisdicción

voluntaria" no satisface por ser equívoco, lo que ocasiona que no deba aplicarse a la función notarial.

En cuanto a los Colegios de Notarios, en el noveno congreso con mucho acierto se indicó que

"El Notario como corporación, debe estructurarse en forma que asegure la vigencia de los principios en que se sustenta la institución notarial, y que para cumplir estos objetivos los colegios deben funcionar como personas de Derecho Público (o corporaciones de Derecho Público o establecimientos de utilidad pública), en los que el Estado deriva algunos de sus atributos, sin que por ello se deba considerar parte de la Administración Pública sino organismos que, entre sus funciones, tiene la de coadyuvar con los poderes públicos en la consecución de sus fines".

También en estos congresos se destaca que la función del Notario no se reduce a realizar documentos, sino que también abarca sus funciones de asesoramiento, de consejo y sociales que lo caracteriza (véase el número dos romano y el tres romano letra b, del Tercer congreso de 1954). Sin embargo, la importancia que representa el documento notarial ha dado motivo a que en varios congresos se estudie, (véase por ejemplo en el tercer congreso el inciso a del punto tres romano o el número nueve del séptimo congreso).

Y por último, respecto a estos congresos es muy importante mencionar que se habla de una rama autónoma del Derecho Notarial, en donde se infiere que su objeto de estudio es la función notarial y el Instrumento Público Notarial. (Véase el número uno romano del tercer congreso en 1954).

Otras de las consideraciones que podemos mencionar, son aquellas situaciones de hecho que se presentan y nos sirven para demostrar que el Notario no es un empleado, servidor o funcionario público, y estas son las siguientes:

1) Una de las modalidades de la función notarial es que el Notario puede actuar aisladamente o bien asociarse con otro por el tiempo que estimen conveniente pudiendo actuar inidistintamente en un mismo protocolo (véase artículo 38 de la Ley del Notariado para el D.F.).

2) El Notario no actúa de oficio sino a petición de la parte interesada, y además la amplitud de la actuación del Notario depende de la voluntad del que se puede encargarle solamente una parte o un aspecto de la totalidad de un asunto.

3) Existe por parte de los interesados una libertad para elegir al Notario, es por ello que el Notario tiene una clientela particular.

4) El Notario no recibe sueldo alguno con cargo a algún presupuesto de Egresos Gubernativos sino que son remunerados directamente por los clientes que solicitan sus servicios.

5) El Notario tiene una libre independencia para ejercer su oficio, sólo con sujeción a las reglas de técnica que le establece la ley; el Gobierno no le otorga medio o material alguno para realizar su actividad y sólo se reduce a señalarle el espacio territorial en donde se puede realizar su oficio. El Notario elige su oficina, sus instrumentos de trabajo, contrata a sus empleados, etc., todo aquello a su cargo.

6) Uno de los motivos que inspiran confianza a las personas, con relación al Notario es que éste no pertenece a la organización burocrática del Estado, y que al ser un profesional existe una libre competencia con otros de su misma clase, lo cual garantiza la calidad del servicio de la función Notarial.

CAPITULO VII.

***EL SERVICIO PUBLICO DE LA
FUNCION NOTARIAL. (COMO
CONCESION ESTATAL)***

En este capítulo aportamos una teoría que sostiene que la prestación de la actividad notarial, es una función pública y a la vez un servicio público, en donde la titularidad corresponde al Poder Público y la ejecutividad a un particular, a un profesional del derecho que es el Notario. Este último no es ni un funcionario público, ni un servidor público, no puede encuadrarse dentro de la organización burocrática ni forma parte del Poder Ejecutivo.

Como se demostró en esta tesis primero surgen personas que realizan determinadas actividades, como fue redactar documentos, poner notas y sellos, elaborar la lista de impuestos, realizar una serie de actos para darle forma y fuerza legal a los documentos que ante ellos se presentaban (Vg. llevar el instrumento ante el juez o bien ponerle un sello autorizado), guardar y reproducir documentos etc. El valor que fueron teniendo las funciones de estas personas en la sociedad y en los tribunales, provocó que el derecho le imprimiera fé pública a los documentos que realizaban, confiriéndoles valor probatorio pleno.

La reunión de varias de las mencionadas funciones en una misma persona, es lo que actualmente es el Notario, que como antes se indicó, es aquel profesional del Derecho con cualidades de honorabilidad, imparcialidad, preparación y capacitación que realiza una función pública; escucha a las partes, interpreta su voluntad, las asesora, examina la legalidad de los títulos y la legitimación de las partes, redacta los documentos que solicitan, que puedan o deban

hacerse constar en una escritura o acta notarial, elaborándolos tanto en su forma como en su contenido, les da forma legal, los lee, los explica, los autentica, (es decir los autoriza imprimiéndoles la fé pública), los reproduce, los inscribe en el Registro Público necesario; conserva los originales de las escrituras o actas en los libros autorizados por el Estado llamados protocolos, para después de un tiempo mandarlos para su guarda definitiva a la autoridad correspondiente.

Como se puede observar en este trabajo, el Notario ha sufrido una larga evolución, y éste en México es un profesional del derecho que evolucionó más hacia las operaciones privadas que hacia la Administración Pública.

En virtud de que las funciones del Notario fueron de trascendencia en la vida de la sociedad y debido a ciertos hechos históricos como fue la existencia de los oficios públicos vendibles y renunciables, la sucesión de las Notarías o la venta de los protocolos, ocasionó que se fueran expidiendo normas que regularan su función hasta el grado que fueran consideradas de orden público, es decir, que esto significó y actualmente implica que el Notario no puede organizar su actividad ni realizar la creación del instrumento público sin apearse a los preceptos que imperativamente le enumera la Ley. Ni el Notario, ni las partes de la relación jurídica, pueden renunciar a que se llenen algunas de las formalidades impuestas por la ley, esto en virtud de que además de proteger los intereses de las partes y del Notario,

también protegen a terceras partes, es decir, a cualquier persona que no haya intervenido en dicha relación jurídica.

Es importante señalar que en virtud de que la actividad Notarial es una función pública, sólo existen Notarios públicos, no hay, ni pueden existir Notarios privados, e incluso la Ley del Notariado para el Distrito Federal sólo habla de "Notario" sin agregar lo "Público".

Los términos funcionarios públicos y la función pública son equívocos y admiten muy diversos sentidos algunos de los cuales pueden alcanzar inexplicable amplitud. La función pública no es una realidad estática sino que está dotada de gran movilidad, estamos precisamente en unos tiempos de rápida expansión de la función pública, como consecuencia de la constante ampliación del campo de lo público. Por otro lado, existe una pluralidad de conceptos de funcionario público que en vano se pretendería reconducir a unidad.

Concretamente el problema de la función pública en relación a la actividad notarial, era que antes en el Distrito Federal se cometía el error de afirmar que el hecho, de que el Notario realizara una función pública le confería la calidad de funcionario público, lo cual este último concepto se entendía como aquel que se aplicaba a una persona que realizaba un trabajo personal a favor del Estado, encuadrándose en su organización burocrática o bien forme parte del Poder Administrativo. Para aclarar esta situación citaremos a un gran maestro de Derecho

Administrativo que es Jorge Olivera Toro (73) que en 1976 nos explicaba lo siguiente:

"...El concepto de funcionario es variable en el tiempo y en los diferentes países. Se le matiza con diversas denominaciones. No hay pues, una definición única de funcionario público... En México existe una verdadera anarquía terminológica en su legislación y conceptos variables en la jurisprudencia... por nuestra parte consideramos que, el funcionario, es la persona que desempeña una actividad pública, debiendo estar comprendido en los cuadros del personal de la administración, pero su principal característica es la de tener una responsabilidad pública y, por tanto está sujeto en forma inmediata a la opinión del pueblo, en el ejercicio de la función que desempeña con carácter de autoridad..."

En la legislación positiva mexicana encontramos una gran confusión terminológica, lo cual agudiza el problema de la determinación conceptual. Así la Constitución General de la República, hace referencia a funcionarios y empleados (artículo 110); funcionarios y empleados (artículo 111); servidores públicos (artículo 123) y cargos de confianza (artículo 123)..."

(73) OLIVERA, Toro Jorge *Manual de Derecho Administrativo*. Op. cit. p. 392.

Consideramos que actualmente en el Distrito Federal no se puede hablar de funcionarios públicos y menos en el sentido a que se refería Jorge Olivera Toro en ese entonces, lo que existe ahora son servidores públicos (que son aquellos que indica el artículo 108 de la Constitución general de la República y en el artículo segundo de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos) o bien personas que realizan funciones públicas, según sea el caso.

Pensamos que la desmesurada extensión del concepto funcionario público dió motivo a que se substituyera por el de Servidor Público por eso vemos que se modificó el título cuarto de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos que antes decía "De las Responsabilidades de los Funcionarios Públicos" para quedar "De las Responsabilidades de los Servidores Públicos", y su Ley reglamentaria también habla de Servidores. En el Código Penal se presentó el mismo caso con el título "Delitos cometidos por los Funcionarios Públicos" para modificarlo en los mismos términos.

Lo más conveniente es que actualmente en el Distrito Federal ya no se utilice el término Funcionario Público, para evitar confusiones y menos decir que el que realice funciones públicas es funcionario público.

Sentimos que el verdadero problema se presenta en los Estados de la República en donde el concepto de Funcionario Público no está bien delimitado y definido y además existan instituciones que se

apliquen a "funcionarios públicos". En esta tesis se demuestra que el hecho de que una ley califique al Notario de esa manera, no determina que se le deba considerar como tal. Con todos los argumentos que se exponen en este trabajo se puede demostrar que es el Notario y sostener que no es ni un empleado, servidor o funcionario público.

Como antes señalamos, la función notarial además de ser considerada como una función pública es considerada un servicio público.

Siguiendo las palabras de Luis Carral y de Teresa (74) podemos afirmar lo siguiente:

"...Es sabido que el Derecho Administrativo comprende la organización de todos los servicios públicos del Estado. Sin embargo, hay dos de ellos que históricamente al menos han quedado fuera del Derecho Administrativo y son los servicios de "Justicia" y "Fé Pública". El servicio de justicia pertenece al Derecho Procesal y el segundo, a la Legislación Notarial. Aunque la organización de ambos servicios es competencia del Derecho Administrativo no son aplicables ni a la Justicia ni a la Fé Pública Notarial. Hay un hecho incontestable: El acto Notarial no es un acto administrativo, pues no está sujeto a ningún régimen de disciplina jerárquica, ni a recurso administrativo.

(74) CARRAL, y de Teresa Luis. *Derecho Notarial y Derecho Procesal Op. cit. p. 20.*

Tiene un régimen especial (que es el de la formación de la forma y la preconstitución de la prueba) que queda fuera del Derecho Administrativo. El acto de gobierno que designa al Notario es indudablemente un acto administrativo, pero lo es porque es acto del gobierno y no del Notario. Tenemos así un primer hecho incuestionable: la función pública notarial no se regula por el Derecho de la Administración..."

A) NOCION DE SERVICIO PUBLICO.

En cuanto al concepto de servicio público se puede comentar que es uno de los conceptos más discutidos y menos precisos en sus perfiles y en su determinación notarial y objetiva.(75)

No hay tampoco un concepto único de servicio y hay muchas definiciones de éste y también depende del lugar y el momento determinado, ya que lo que se considera en una época en otra no. Sin embargo en la mayoría de los conceptos de servicio público coinciden en indicar, que los caracteres más importantes son:

1. Una actividad técnica, encaminada a una finalidad.
2. Esa finalidad es la satisfacción de necesidades de interés general que regula el Derecho Público, pero que, en opinión de

(75) *ACOSTA, Ramon Miguel. Teoría General del Derecho Administrativo Mexicano Op. cit. p. 617.*

algunos tratadistas, no hay inconveniente en que se de Derecho Privado.

3. La actividad puede ser realizada por el Estado o por los particulares (mediante concesión).

4. El régimen jurídico que garantiza la satisfacción constante y adecuada de las necesidades de interés general; régimen jurídico, que es derecho público (Principios de regularidad, uniformidad, adecuación e igualdad).

Uno de los motivos para que una actividad se considere como un servicio público es que el Estado se reserve la titularidad de determinada función con prohibición del libre ejercicio de la misma por los particulares, y además que se organice, regule y vigile por medio del derecho y de la Autoridad Pública, teniendo esta última una serie de facultades pero limitadas solamente a lograr una buena prestación de tal servicio a la sociedad.

El Estado puede prestar el servicio de una manera directa o indirecta a través de organismos descentralizados, empresas de participación estatal o de particulares. La calidad de titular del servicio público es independiente de su ejecutabilidad es decir de conjunto de actos cuya producción se materializa la actividad del servicio público.

Dicha ejecutabilidad puede concederse pero ello no se traduce en su enajenación. El servicio público se concede no se vende.(76)

En síntesis en relación al servicio público es una actividad de interés general de la cual es titular el Estado y en forma directa o indirecta satisface necesidades colectivas de una manera regular, continúa y uniforme.

B) CONCEPTO DE FUNCIONARIO.

En el caso del D.F. y en general de México, la trascendencia e importancia de la función notarial en la sociedad y ciertos hechos históricos ocasionó que dicha actividad se considerara como una función pública y después también como un servicio público en donde la Autoridad Pública no realiza directamente la función, sino únicamente provoca su organización y sólo ve necesario su control, es por ello que nada más tiene el Poder Público las facultades necesarias para coordinar y vigilar la continúa y regular prestación del servicio público notarial.

Como se analizó con anterioridad, la actividad del Notario no sólo se limita a la dación de fé o a la cuestión de la forma, el servicio público de la función notarial comprende muchos más, entre otras la de asesorar y aconsejar a las personas que soliciten sus servicios,

(76) OLIVERA, Tomo primer Manual de Derecho Administrativo. Op. cit. p. 75.

conservar durante algún tiempo los originales de las escrituras y de las actas, sacar copias autorizadas, servir como órgano de apoyo y de opinión a las autoridades públicas a través del Colegio de Notarios (Función Notarial Colectiva), etc.

Es muy importante reiterar que existen una serie de doctrinas y de normas jurídicas que tienen como objeto de estudio a la función del Notario y la Teoría General del Instrumento Público Notarial, y tienen como finalidad lograr seguridad y un buen servicio en la prestación del servicio público notarial, es decir que existe la rama autónoma del Derecho Notarial. De esta consideración se desprende que al tratar de resolver alguna cuestión relacionada con el Notario, primero se debe buscar explicación en la disciplina especial del Derecho Notarial, y sólo cuando se haya comprobado la absoluta deficiencia de éste se tiene que recurrir a las normas del ordenamiento jurídico general. También se deriva que la noción del Servicio Público de la Función Notarial, que es un principio y un concepto propio del Derecho Notarial, debiendo ser explicada dicha noción por esta rama del Derecho Notarial, es la relación que existe entre ésta con otras ramas del Derecho, como es el Derecho Registral.

Jorge Ríos Helling (77) al explicar el principio registral de la legalidad nos puede ejemplificar la relación del Derecho Notarial con el Registral y en general con las demás ramas, de la siguiente forma:

(77) RÍOS, Helling Jorge. "Alicación del Derecho Registral con el Derecho Notarial y otras disciplinas jurídicas" en *Cursos de Introducción de Derecho Registral*, Instituto Mexicano de Derecho Registral A.C. México, 1991. 1a. Edición.

...Corresponde al Principio de Legalidad ser el vínculo quizá más importante entre el Derecho Notarial y el Derecho Registral; y consiste en: "la función atribuida al personal del Registro para examinar cada uno de los documentos que se presentan para su inscripción y determinar no sólo si es de los documentos susceptibles de inscripción... Sino también si el acto que contiene satisface los requisitos de FORMA y de FONDO exigidos por cualquier ley" cabe aquí recordar alguna de las ideas vertidas a lo largo de esta exposición: el Notario como hacedor de instrumentos debe apegarse a la forma como lo debe hacer (Derecho Notarial), y más aún cuidar de respetar el orden jurídico general dependiendo de la naturaleza del acto en cuestión; de aquí que al ser necesario analizar o calificar los requisitos de forma y de fondo de un instrumento por parte del registrador, con esta función (Derecho Registral) tanto con el Derecho Notarial (Forma) como con el resto de las disciplinas jurídicas (Fondo)..."

El Estado y la sociedad son los principales interesados en que el Notario siga teniendo las características y funciones que hasta ahora ha venido teniendo, encomendándole la elaboración de los contratos más importantes que se realizan entre los particulares.

Las características de honorabilidad, imparcialidad y de capacitación técnica e intelectual y los requisitos que establece la ley, no se pueden cambiar, ya que de lo contrario se perjudicarían a la

sociedad y al mismo Estado; esto podemos ejemplificarlo con lo siguiente:

La substitución del arancel por un sueldo como sistema de retribución del Notario, encarecía grandemente el servicio notarial ya que los particulares tendrían que buscar y pagar asesoría que les es imprescindible y que la administración no puede ni debe darles.

Los asuntos encomendados al servicio público notarial por razones históricas y de conveniencia social y jurídica no se pueden desempeñar directamente por el poder público, ni por otros fedatarios, ya que no debe olvidarse que una de las razones más poderosas por las que la ley exige en ocasiones de la escritura pública radica precisamente en la actividad de consejo, de índole privada del Notario.

El Notario no puede ostentarse como abogado de ninguna persona, empresa, autoridad pública, del fisco, etc., sino pierde su característica de imparcialidad.

C) REQUISITOS PARA SER NOTARIO PUBLICO.

Para el normal desempeño profesional del Notario debe de gozar de la independencia necesaria. La excesiva injerencia administrativa podría limitar su función social. El Estado tiene interés de proteger esta independencia que asegure el cumplimiento de esa función social y debe por tanto acordar al Notario el máximo de facultades posibles.

(véase el tercer Congreso de la Unión del Notariado Latino). De esta consideración se desprende que sólo tiene la Autoridad Administrativa las facultades que expresamente le confiere la Ley, siendo en el Distrito Federal la Ley del Notariado y la Ley Orgánica del Departamento del Distrito Federal las que determinan las funciones que corresponden al Ejecutivo, al Departamento del D.F. y sus dependencias en su relación con la función notarial, y éstas son las siguientes:

1. Al Ejecutivo de la Unión:

Al Estado corresponde la función notarial. La vigilancia del cumplimiento de la Ley del Notariado, depende del poder Ejecutivo (Art. 2o.) "El Ejecutivo de la Unión, por conducto del jefe del Departamento del Distrito Federal autorizará la creación y funcionamiento de las notarías" (Art. 3o.). Este expedirá los reglamentos, decretos, acuerdos, ordenes, circulares y demás disposiciones para el cumplimiento de la ley. "Dictará las medidas que estime pertinentes para el exacto cumplimiento de esta ley y para la eficaz prestación del servicio público del notariado" (Art. 4o.)

2. Al Jefe del Departamento del Distrito Federal.

Por delegación el titular del Departamento del Distrito Federal ejerce la vigilancia del cumplimiento de la Ley del Notariado (Art. 2o.), puede crear y poner en funcionamiento las notarías (Art. 3o.).

Preside el jurado de los exámenes de aspirantes y de oposición (Art. 19) en el que da a conocer el nombre de la persona triunfadora (ART. 24).

Por acuerdo del Ejecutivo de la Unión expide las patentes de aspirante y de notario (Art. 25).

A él corresponde autorizar los libros del protocolo (Art. 46); facultad actualmente delegada en el Jefe de la Oficina de Asuntos Jurídicos y Notariales de la Dirección General Jurídica y de Estudios Legislativos del Departamento del Distrito Federal.

Nombra y remueve libremente a los inspectores de notarías (Art. 113).

Califica las infracciones cometidas por el notario y dicta la resolución correspondiente, en casos que no sean amonestación, sanción económica y separación hasta por un año (Art. 124). Emite resolución en el recurso de inconformidad y revocación (Arts. 128 y 132).

Hace la declaración de la cancelación definitiva de la patente de notario.

3. Al Departamento del Distrito Federal.

Corresponde al Departamento requerir a los notarios para el cumplimiento de los servicios públicos notariales (Art. 8o.).

Concentra la información de las operaciones y actas notariales y las procesa (Art. 9o.).

Publica la convocatoria para presentar el examen de oposición (Art. 11). Comunica y determina el día, hora y lugar de celebración de los exámenes de aspirante y de notario (Arts. 15, 20, 21 y 22). Solicita las constancias para comprobar los requisitos que deben reunir quienes deseen ser aspirantes al notariado y notarios (Art. 16). Expide y registra las patentes de aspirante y de notario (Arts. 25 y 26). Publica la apertura de la notaría y el inicio de funciones del nuevo notario (Art. 28 frac. V).

Concede licencia (Art. 107) y declara vacante la notaría si vencido su termino el notario no se presenta a laborar (ART. 109).

Designa dos médicos cuando el notario tenga incapacidad física que le impida desempeñar su función (Art. 112).

Se auxilia de inspectores de notarías (Art. 113) e impone sanciones administrativas (Art. 125). Le corresponde comprobar que el notario no desempeña personalmente sus funciones (Art. 133, frac. IV).

En caso de demanda de interdicción contra algún notario, el juez del conocimiento debe comunicarlo al Departamento del Distrito Federal (Art. 135). En caso de fallecimiento de algún notario debe notificársele (Art. 137).

Cuando proceda, acepta y cancela la garantía constituida por el notario (Arts. 144 y 145).

4. A la Dirección General Jurídica de Estudios Legislativos.

Esta Dirección es una dependencia del Departamento del Distrito Federal.

Conforme al artículo 37, fracción IX del Reglamento Interior del Departamento del Distrito Federal, a la Dirección General Jurídica y de Estudios Legislativos corresponde:

Coordinar y vigilar el cumplimiento de las disposiciones legales en materia de notariado, legislación y exhortos.

La Dirección recibe las solicitudes para presentar examen de aspirante al notariado (Art. 13, frac. V); en ella se registra el sello y la firma del notario (Art. 38, frac. III). Registra los convenios o las designaciones de suplencia (Art. 37); aprueba los convenios de asociación y su disolución (Art. 38). Se le notifica la pérdida o alteración del sello y autoriza la obtención de uno nuevo (Art. 41).

Ordena visitas generales por lo menos una vez al año (Art. 115). Notifica al notario con 5 días de anticipación la realización de la visita a su notaría (Art. 116).

Cuando se trata de visitas especiales recibe las constancias y el resultado de la inspección (Art. 122) e informa al notario dicho resultado y le señala fecha para audiencia (Art. 123). Califica y dicta resolución por las infracciones cometidas por el notario, tratándose de amonestación, sanciones económicas y separación hasta por un año. Cuando de la visita se desprenda la comisión de un delito, formula la denuncia de hechos (Art. 124).

Ante ella se suscitan los recursos; ordena la ampliación de diligencias y actuaciones en la tramitación del recurso.

Oye en defensa al presunto responsable cuando haya causa de revocación de la patente de notario (Art. 134).

Recibe las comunicaciones del Archivo General de Notarías, denunciando el incumplimiento a la ley y sus reglamentos (Art. 150).

El Director es miembro del jurado del examen de aspirante y de oposición (Art. 19). Sella junto con el Presidente del Consejo del Colegio de Notarios, los sobres que contienen los temas para los exámenes (Art. 20).

Antes se mencionó que al hablar de un servicio público implica que existen principio de regularidad, uniformidad, adecuación e igualdad. El de regularidad significa que este servicio se debe prestar en forma continua sin interrupciones; el de uniformidad, se refiere a que este servicio está a la orden de quien quiera servirse de él; el de adecuación, significa que tal servicio se debe adaptar a las circunstancias sociales y jurídicas de la época y; el de igualdad significa que todas las personas se deben considerar iguales ante él.

También aquí se puede indicar que en virtud de esto se pueden justificar varias de las facultades de la autoridad pública.

En síntesis, se puede decir que la Actividad notarial es considerada una función pública y a la vez un servicio público ya que es de interés general, satisface necesidades básicas y fundamentales de la sociedad, se presta de manera regular, uniforme y en forma adecuada, adaptándose a las necesidades sociales es el titular del Poder Público, el cual concede la prestación a un particular, un profesional del derecho que es el Notario, en consideración a sus características, gozando la Autoridad Pública sólo de ciertas facultades limitadas principalmente a la iniciativa, coordinación y vigilancia de la función notarial.

Finalmente queremos concluir con las palabras que nos menciona Othón Pérez Fernández del Castillo (78):

(78) *PCRSJ, Ferrnández del Castillo Othón. Derecho Notarial. (Plan de Estudios en la especialidad en Derecho Notarial) Revista de Derecho Notarial Asociación Nacional del Notariado Mexicano A.C. México, abril de 1983. Año XXIII, No. 85.*

...El Notario es un profesional de tradición y porvenir, sus antecedentes se remontan a 4000 años y su actuación se proyecta al siglo XXI. Ha taladrado los siglos y se ha conservado permanentemente a pesar de la crisis, la mutación, los cambios y la evolución de la historia..."

CONCLUSIONES.

PRIMERA. En todas las culturas y pueblos civilizados encontramos personas que podemos considerar precedentes de la Institución Notarial. El Notariado surge espontáneamente de la sociedad y no es un servicio que haya sido creado por el Poder Público, sino una función que por la trascendencia que representa tuvo que ser regulada por el Derecho y la Autoridad Pública.

SEGUNDA. La reunión de una serie de funciones en una misma persona es lo que hoy conocemos como el Notario, en efecto éste será encargado de aconsejar y asesorar a las personas que requieran de sus servicios, de elaborar en cuanto a su forma y contenido los documentos que les soliciten, que puedan o deban hacerse constar en un Instrumento Notarial, él conserva los originales, y expide copias autorizadas de ellos y los inscribe en el Registro Público correspondiente. La función notarial no sólo se realiza de manera individual sino que el Notario conjuntamente con otros de su misma clase son un muy importante órgano de apoyo, de opinión y de consulta de las autoridades públicas, colaborando en gran medida en la formación del Derecho.

TERCERA. El Notario del Distrito Federal y en general el de México pertenecen al Sistema Latino, los cuales tienen sus antecedentes en el Imperio Romano, en el Derecho Francés y en el Español, cuya evolución y funciones son las que se exponen en el desarrollo de este trabajo.

CUARTA. Los Notarios no se encuentran aislados ya que están organizados en sus respectivos Colegios o Asociaciones y también a nivel internacional en la "Unión Internacional del Notariado Latino" en donde se aportan diversas recomendaciones y principios basados en concienzudos estudios, que sirven de guía para la elaboración y formación del Derecho Notarial. Cualquier norma que se expida y vaya en contra del sentido de dichos principios, estaría desvirtuando la esencia misma de la función notarial, una de esas normas pueden ser aquellas que califican al Notario como "Funcionario Público".

QUINTA. El Notario no es un "Puro Fedatario"; su función pública no sólo consiste en la documentación o en la dación de fé, sino que abarca muchas más. La fé pública es un efecto que la ley confiere a ciertos documentos. La Autoridad Pública no delega la "Fé Pública" sino la Función Notarial y una consecuencia de ello es que los documentos que realice el Notario hacen prueba plena.

SEXTA. Como se pudo apreciar el estudiar el documento notarial es estudiar al Notario y vemos como no se puede explicar su función sin hacer referencia a todos los efectos del Instrumento Notarial, como son: la forma de escritura pública, prueba, eficacia probatoria, documento público, plena fé, autenticidad, etc. Es importante recordar que la Actividad del Notario en un principio se explicó por otras ramas del Derecho como es el Civil (que lo estudia a la luz de la prueba); ahora existe la rama autónoma del Derecho Notarial que nos brinda principios, normas y conceptos propios para explicar la naturaleza de la

función notarial y todos los fenómenos que se presentan con relación a ésta.

SEPTIMA. Hay varias teorías que explican la función notarial vistas desde un sólo aspecto (Vg. forma, prueba, fé pública, etc.), o en consideración a ciertos hechos históricos (por ejemplo la Teoría de la Jurisdicción Voluntaria, del Servicio Público, etc.) En esta tesis se analiza desde todos los puntos de vista: históricos, doctrinales, legales, fácticos y aportamos varios argumentos para sostener lo que es el Notario, y que a la vez nos sirven para elaborar una teoría que explique dicha función abarcando todos los aspectos.

OCTAVA. El Derecho Notarial no sólo puede entenderse como una mera recopilación de normas y teorías, sino como una rama autónoma del Derecho cuyo objeto de estudio es la función del Notario y el Instrumento Público Notarial, se componen de un conjunto de doctrinas y de normas jurídicas estructuradas de una forma sistemática y metódica con unidad de criterio y contexto, se rige por principios, conceptos y normas propias cuya finalidad es lograr que haya un buen servicio y seguridad en las prestación de la función del Notario. De esta consideración se desprenden varias consecuencias, una de ellas en cuanto al tema que nos ocupa, es que primero, cualquier cuestión relacionada con la función notarial primeramente se debe buscar la solución en esta rama especial del derecho y sólo ante la absoluta deficiencia se recurre a las demás normas del derecho, y

segundo la noción de servicio público de la función notarial es un principio y un concepto propio del Derecho Notarial.

NOVENA. La calificación de "Funcionario Público" es de origen histórico, surge en la Ley del 25 Ventoso del Estado Francés de 1802 pasa a la Ley de Notarios Español de 1862 y llega a la Ley de Notarios y Actuarios del Distrito Federal de 1867. Varias de las leyes del Notariado de los Estados de la República se inspiraron en la Ley del D.F. calificando al Notario de esa forma, subsistiendo hasta la fecha en muchas de ellas la denominación de "Funcionario Público", como se puede observar en el cuadro sinóptico que se expone en la parte de propuestas, e inclusive en algunas de las leyes que se expidieron recientemente como son las del Estado de Jalisco y Chihuahua insisten en calificarlo de esa manera.

DECIMA. El término "Funcionario Público" es equívoco y admite diversos sentidos algunos de los cuales pueden alcanzar inexplicable amplitud. Durante mucho tiempo en el Distrito Federal y actualmente en algunos Estados de la República al Notario se le ha aplicado este término, lo cual ocasiona una serie de consecuencias tanto teóricas como prácticas.

DECIMA PRIMERA. La función notarial es pública, es decir, de orden público, esto significa que el Notario al organizar su actividad y al crear el Instrumento notarial debe cumplir con los requisitos que imperativamente le impone la Ley; ni él, ni los terceros, ni las partes

que se someten a la relación jurídica pueden renunciar a las formalidades que le enumera la Ley. Dichos requisitos se imponen para proteger tanto los intereses de las partes y del Notario como también de terceras personas.

DECIMA SEGUNDA. La actividad notarial a la vez de función pública se considera como servicio público esto quiere decir que se considera como una función de interés general que satisface necesidades básicas y fundamentales de la sociedad y que se presta de una manera regular, uniforme, contnua, y en forma adecuada a las necesidades sociales, bajo un régimen especial. También por la trascendencia de dicha función y por ciertos acontecimientos históricos el titular del servicio es el Estado y la ejecutividad se le concede al Notario, que es un particular, un profesional del derecho investido de fé pública, que realiza su actividad con autonomía e imparcialidad y sin más límites que los que le establece la Ley.

La legislación le confiere a la Autoridad Pública sólo limitadas facultades con respecto a la función notarial principalmente de iniciativa coordinación y vigilancia, ya que el Estado es el primer interesado en que el Notario no pierda sus características con que cuenta, mismas que son las que se indican en los Congresos de la Unión Internacional del Notariado Latino.

DECIMA TERCERA. El estudio hecho en este trabajo se delimitó al Distrito Federal pero, en virtud de que los Estados de la República

tienen antecedentes comunes, una evolución similar y muchas características iguales a las del Distrito, los argumentos de esta tesis se pueden utilizar para la elaboración y formación de su Derecho Notarial. Es importante mencionar que varios estudios y la Ley del Notariado del Distrito Federal han servido de modelo para la elaboración de algunas leyes de las Entidades de la República Mexicana.

DECIMA CUARTA. En virtud de que el Distrito Federal y los Estados de la República Mexicana tienen antecedentes comunes y una evolución similar propongo que los argumentos que se exponen en la presente tesis se tomen en consideración para que en todas las legislaciones de donde se mencionen que el Notario es un Servidor o Funcionario Público, se reformen con el objeto de quedar en los siguiente términos:

"El Notario es el Licenciado en Derecho investido de fé pública, autorizado para hacer constar a petición de parte, todos los actos y hechos que conforme a las leyes puedan o deban hacerse constar en una escritura o acta notarial".

Y además se supriman o reformen aquellos artículos donde se califique al Notario como "funcionario"; "servidor" o "empleado público".

Es muy importante mencionar que consideramos que las propuestas de reforma a que hemos hecho referencia no implican un cambio de forma o estilo, sino de fondo y trascendencia.

A continuación presentamos un cuadro sinóptico en donde se muestra en que legislaciones de las Entidades de la República Mexicana, se considera al Notario como un profesional del derecho, en donde como un servidor o funcionario público y en cuales se menciona que a la vez de funcionario público es un profesional del derecho.

CUADRO SINOPTICO

ENTIDAD	FECHA DE SU LEY DEL NOTARIADO	PROFESIONAL DEL DERECHO	SERVIDOR O FUNCIONARIO PUBLICO	POSICION MIXTA
Aguascalientes	1/VI/80	*		
B. California S.	31/XII/77	*		
B. California N	30/IX/65		*	
Campeche	9/X/44		*	
Colima	4/I/64			*
Coahuila	6/II/79	*		
Chiapas	15/II/90			*
Chihuahua	20/XII/91			*
D. F.	8/I/80	*		
Durango	20/VI/74		*	
Guanajuato	8/I/59		*	
Guerrero	30/XI/65	*		
Hidalgo	18/V/92		*	
Jalisco	8/X/91			*
México	11/X/72	*		
Michoacán	4/VII/74	*		
Morelos	3/VI/83	*		
Nayarit	1/X/76		*	
Nvo. León	26/XII/83	*		
Oaxaca	31/III/53		*	
Puebla	5/XI/68			*
Queretaro	28/X/76			*
Quintana Roo	25/XI/76	*		
Sn. Luis Potosí	24/XII/67		*	
Sinaloa	1/VII/69	*		
Sonora	4/VI/70		*	
Tabasco	10/XI/76	*		
Tamaulipas	18/I/69		*	
Tlaxcala	5/I/83			*
Veracruz	1/VI/1905		*	
Yucatán	4/VII/77		*	
Zacatecas	7/X/46		*	

Nota: Esta información fue obtenida en el departamento de compilación de leyes de la Suprema Corte de la Nación. Se tomaron en consideración las reformas que ha habido de tales leyes hasta el mes de octubre de 1992, sin embargo es preciso mencionar que sólo de los Estados de Nayarit, Oaxaca y Sn. Luis Potosí, no se tiene bien actualizada la información.

BIBLIOGRAFIA.

LEYES

Ley Orgánica de la Administración Federal.

Publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 29 de diciembre de 1976.

Ley Federal de las Entidades Paraestatales.

Publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 14 de mayo de 1986.

Reglamento de la Ley Federal de las Entidades Paraestatales.

Publicada en Diario Oficial de la Federación el día 26 de enero de 1990.

Ley del Notariado para el Distrito Federal.

Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 8 de enero de 1980.

Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos.

Publicada en el Diario Oficial de la Federación del día 31 de diciembre de 1982.

Reglamento de Tránsito para el Distrito Federal.

Ley Reglamentaria del Artículo 5o. Constitucional Relativo al Ejercicio de las Profesiones en el Distrito Federal.

Publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 26 de mayo de 1945.

Leyes Notariales de los Estados.
Revista de Derecho Notarial.
Asociación Nacional del Notariado Mexicano A.C.
México, noviembre de 1980 a noviembre de 1981.
Edición Especial. Seis tomos.
Años XXIV y XXV.

BIBLIOGRAFIA DOCTRINAL.

ACOSTA, Romero Miguel.
Teoría General del Derecho Administrativo.
Porrúa. México, 1986.
7a. Edición.
750 p.

ALONSO, Valdés Ramírez Ricardo.
Función Notarial y Seguridad Jurídica.
Ediar. Argentina, 1991.

ALLENDE, Ignacio.
La Institución Notarial y el Derecho.
Abeledo-Perrot. Argentina, 1968.

BAÑUELOS, Sánchez Froylan.
Derecho Notarial. Interpretación, Práctica y Jurisprudencia.
Cárdenas Editor y Distribuidor. México, 1977.

1a. Edición.

935 p.

BAUTISTA, Pondé Eduardo.

Tríptico Notarial.

Ediciones Depalma. Argentina, 1977.

369 p.

BELLEVER, Cano Antonio.

Principios de Régimen Notarial Comparado.

Librería General de Victoriano Suárez. España, 1953.

301 p.

CARRAL, y de Teresa Luis.

Derecho Notarial y Derecho Registral.

Porrúa. México, 1985.

7a. Edición.

266 p.

CASTAN, Tobeñas José.

Función Notarial y elaboración Notarial del Derecho.

Instituto Editorial Reus S.A. España, 1946.

224 p.

FRAGA, Gabino.

Derecho Administrativo.

Porrúa. México, 1989.

28va. Edición.

506 p.

GIMENEZ, Arnaú Enrique.

Instituciones de Derecho Notarial.

Edit. Revista de Derecho Privado. España, 1957.

323 p.

Derecho Notarial.

Ediciones Universidad de Navarra. Pamplona, 1976.

2a. Edición.

882 p.

LARRAUD, Rufino.

Curso de Derecho Notarial.

Depalma. Argentina, 1966.

898 p.

MORALES, Lechuga Ignacio.

Naturaleza de la Función Notarial.

Depalma. Argentina, 1977.

350 p.

NERI, Argentino.

Tratado teórico y práctico del Derecho Notarial.

Depalma. Argentina. 1970.

670 p.

NUÑEZ, Lagos Rafael.

Estudios de Derecho Notarial.

Ediar. Argentina, 1976.

PEREZ, Fernández del Castillo Bernardo.

Apuntes para la Historia del Notariado en México.

Porrúa. México, 1985.

1a. Edición.

DICCIONARIOS.

DE PINA, Vara Rafael y De Pina Rafael.

Diccionario de Derecho.

Porrúa. México, 1984.

12a. Edición.

516 p.

Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM.

Diccionario Jurídico Mexicano.

Porrúa. México, 1991.

4a. Edición. Tomo IV.

DOCUMENTOS.

ARREDONDO, Galván Francisco Xavier.

Ponencia: "La intervención notarial en el ámbito de la jurisdicción voluntaria o no contenciosa"

XX Congreso Internacional del Notariado Latino.

Colombia, 27 de abril a 2 de mayo de 1992.

La Exposición de motivos de:

- La Ley del Notariado para el Distrito y Territorios Federales de 1901, de 1932 y de 1945.
- La Ley del Notariado para el Distrito Federal de 1980 y la de sus reformas publicadas el 13 de enero de 1986.

DAMERS, Gilles.

"Palabras pronunciadas en el Acto de Inauguración para conmemorar el 200 Aniversario de la Fundación del Colegio de Escribanos de México".

México, 18 de junio de 1992.

"Resoluciones de los congresos Internacionales del Notariado Latino".

Revista de Derecho Notarial.

Asociación Nacional del Notariado Mexicano A.C.

México, diciembre de 1985.

Año XXIX, No. 93.

REVISTAS.

MORALES, Díaz Francisco de P.

"Algunos aspectos del Instrumento Público Notarial".

Revista de Derecho Notarial.

Asociación Nacional del Notariado Mexicano A.C.

México, marzo de 1981.

Año XXV, No. 80.

"Historia del Notariado"

Revista de Derecho Notarial.

Asociación Nacional del Notariado Mexicano A.C.

México, 1978.

Año XXII, No. 71.

PEREZ, Fernández del Castillo Bernardo.

"Responsabilidad Fiscal del Notario"

Revista de Derecho Notarial

Asociación Nacional del Notariado Mexicano A.C.

México, abril de 1983.

Año. XXVII, No. 85.

RIOS, Hellig Jorge.

"Relación del Derecho Registral con el Derecho Notarial y otras disciplinas jurídicas".

Curso Introductorio de Derecho Registral.

Instituto Mexicano de Derecho Registral A.C.

México, 1991.

1a. Edición.

RODRIGUEZ, Adrados Antonio.

"Sobre las consecuencias de una funcionarización de los Notarios"

Revista de Derecho Notarial.

Asociación Nacional del Notariado Mexicano A.C.

México, marzo de 1981.

Año XXV, No. 80.

VAZQUEZ, Pérez Francisco y Monroy Estrada Mario.

"Antecedentes, evolución histórica, estado actual y tendencias del Notariado en cada Entidad de la Federación".

Revista de Derecho Notarial Mexicano.

México, diciembre de 1962.

Año VI, No. XIX.

VELAZQUEZ, Estrada Alfonso.

"El Notario es un funcionario público".

Revista de la Facultad de Jurisprudencia.

México, abril de 1981.

Año II, No. 5

ZUNO, Chaviria Luis Eduardo.

"Evolución del Derecho Notarial D.F. de la Revolución a la actualidad".

Obra Jurídica Mexicana.

Procuraduría General de la República.

México, 1987.

Tomo III.