

00 781 12
24.
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

DIVISION DE ESTUDIOS DE POSGRADO

**"APLICACION INTERNACIONAL DEL DERECHO NOTARIAL
DENTRO DEL MARCO DEL TRATADO DE LIBRE COMERCIO"
(ANALISIS COMPARATIVO DE LOS SISTEMAS NOTARIALES
LATINO Y ANGLOSAJON)**

**TESIS QUE PARA OBTENER EL GRADO DE DOCTOR EN
DERECHO PRESENTA:**

LIC. ALEJANDRO DE LA FUENTE ALONSO.

TUTOR: DR. JUAN LUIS GONZALEZ ALCANTARA Y CARRANCA

CIUDAD UNIVERSITARIA, NOVIEMBRE DE 1996

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas

Tesis Digitales

Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©

PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta 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.

TÍTULO DE LA TESIS:

APLICACIÓN INTERNACIONAL DEL DERECHO NOTARIAL DENTRO DEL MARCO DEL TRATADO DE LIBRE COMERCIO (ANÁLISIS COMPARATIVO DE LOS SISTEMAS LATINO Y ANGLONAJÓN).

GRADO Y NOMBRE DEL ASESOR O DIRECTOR DE TESIS:

DOCTOR EN DERECHO JUAN LUIS GONZÁLEZ ALCANTARA Y CARRANCA.

INSTITUCIÓN DE ADSCRIPCIÓN DEL ASESOR O DIRECTOR DE TESIS:

PROFESOR DEL SISTEMA DE UNIVERSIDAD ABIERTA DE LA FAC. DE DERECHO DE LA U.N.A.M.
MAQUETTE C. DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL.

RESUMEN DE LA TESIS. (Favor de escribir el resumen de su tesis a máquina en 25 renglones a un espacio como máximo, sin salir del extensión de este cuadro.)

De conformidad con lo dispuesto en el texto oficial del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, en apartados específicos, como lo es el capítulo VII, comercio transfronterizo de servicios, en relación con el de comercio de bienes, los actos jurídicos que se llevan a cabo entre los países signatarios por medio de empresas, sean nacionales o de una parte, a efecto de que tengan perfecta validez, se deberán constituir con la intervención de fedatarios públicos, aclarando que dentro de esta denominación se encuentran los corredores públicos y los notarios, con tar sólo restricciones en el campo notarial, respecto de calidades personales, pero no así en el de los corredores públicos, a quienes se les ha dado facultades legales que intervienen en la esfera competencial de los notarios, con la firme determinación de crear una supuesta agilidad comercial que se equiparan al derecho anglosajón, y específicamente al notary public americano. Lo anterior provoca una confusión tanto en los legos como en peritos que sin ser peritos en derecho si tienen intervención en actividades comerciales, en virtud de la sinonimia que los conceptos notario público y notary public conllevan. Como hipótesis principal de la investigación se plantea el principio rector del derecho notarial latino, en decir que la seguridad jurídica, deberá prevalecer. Frente a la que rige el sistema anglosajón, el que en busca de una supuesta agilidad jurídica y económica, deja a un lado la seguridad jurídica y pone en peligro la firmeza de las relaciones comerciales internacionales que se especifican en el texto del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, y que se llevan a cabo en nuestro país. El tipo de investigación seleccionada fue la de construcción de un estado del conocimiento por medio de investigación documental, analizar doctrina tanto nacional como extranjera y conclusiones obtenidas de convenciones internacionales especializadas en la materia, en los dos sistemas de tradición legal en que se centra el estudio dividiéndose el estudio en cuatro capítulos y un apartado final de conclusiones.

LOS DATOS ASENTADOS EN ESTE DOCUMENTO CONCUERDAN FIELMENTE CON LOS REALES Y QUEDO ENTERADO QUE EN CASO DE CUALQUIER DISCREPANCIA QUEDARA SUSPENDIDO EL TRAMITE DEL EXAMEN.

FECHA DE SOLICITUD _____

FIRMA DEL ALUMNO _____

Acompaña los siguientes documentos:

- Nomenclamiento del jurado del examen de grado
- Aprobación del trabajo escrito por cada miembro del jurado.
- Copia de la última revisión de estudios

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
DIRECCION GENERAL DE ADMINISTRACION ESCOLAR
UNIDAD DE ADMINISTRACION DEL POSGRADO
SOLICITUD DE REGISTRO PARA EXAMEN DE GRADO

DATOS GENERALES

No. de cuenta 94800380 No. de expediente 7141021
Nombre DE LA FLORETE ALONSO ALFONSO
Apellido paterno Materno Nombre(s)
Dirección JAGO HOBOLOMO 43-6 COL. GRANADA DEL. MIGUEL HIDALGO C.P. 11520
Calle y número Colonia Población o ciudad/Delegación Estado C.P.
Teléfono Particular 2 03 68 18 Teléfono Trabajo 6 26 59 11 EXT 5711
Nacionalidad MEXICANA ☐ Sexo F ☐ M ☒ X
Lugar de nacimiento MINATITLAN, VER. ☐ Fecha de nacimiento 07-12-69
Dirección de Origen JAGO HOBOLOMO 43-6 COL. GRANADA DEL. MIGUEL HIDALGO C.P. 11520
Calle y número Población o ciudad país código postal

ESTUDIOS ANTECEDENTES

Licenciatura
Plan de estudios ESCOLARIZADO
Institución UNIVERSIDAD VERAGUENSE Escuela o Facultad FAC. DE DERECHO País MEXICO
Fecha del examen profesional (día/mes/año) 09-10-92
Estudios de posgrado
Nivel y plan de estudios ESPECIALIDAD
Institución DIV. DE EST. DE POSGRADO Escuela o Facultad FAC. DE DERECHO UNAM País MEXICO
Fecha de examen de grado o especialización (día/mes/año) _____
Nivel y plan de estudios MAESTRIA
Institución DIV. DE EST. DE POSGRADO Escuela o Facultad FAC. DE DERECHO UNAM País MEXICO
Fecha de examen de grado o especialización (día/mes/año) _____
Solicita examen de grado en: EXTRAMURNO
Facultad o Escuela: DIV. DE EST. DE POSGRADO DE LA FAC. DE DERECHO DE LA U.N.A.M.
Plan de Estudios: _____
Promedio indicado en la última revisión de estudios _____
Año y semestre de ingreso 06-1
Año y semestre en que cursó su última asignatura o terminó los requisitos del plan de estudios (doctorado) 07-1
Cursó posgrado con beca Si ☐ No ☒ Otorgada por _____
Realizó Tesis: Si ☒ No ☐
Le otorgaron beca para realización de tesis: Si ☐ No ☒ Otorgada por _____

LIC. ALEJANDRO DE LA PUENTE ALONSO.

SUMMARY OF THE GRADE TESIS

In the North America Trade Agreement text, there are some special parts, like the chapter XII, international traffic of services the legal acts between the parts or the signed countries, for business relationships, must be signed in front of a public officer to be worth, because they have powers of states entrust to them, and we can find the brokers, and the notaries public; and actually only there are restrictions in the notary field, for personal requisites to become a broker there aren't. They have legal liabilities that are not natural, because they are commercial intermediaries, and no lawyers. They are looking for the fast of the common law and the american notary public. That provoke to become confuse the person who are not law experts, but have comercial activities, because the terms notario público and notary public are similars. The principal Hypothesis of this investigation is the legal security like the rule of law of the latin notarial system of law, is better than the comercial fast, because it's don't have security and it's dangerous for the international business that are specified in the North America Free Trade Agreement, and are producing effects in our country. The selected investigation was the construction of a State of knowledge, whit the analysis of local and foreign doctrin, and conclusions of international meetings in notarial law, in the diferents systems of law. The investigation is conformed in four chapter and one of conclusions. There are the personal ideas of the investigation, looking for the security in the comercial traffic.

México, D.F. a 10 de octubre de 1997.

PROLOGO.

A manera de prólogo, me permito manifestar que una de las principales preocupaciones como profesional, es la superación en todos los aspectos, razón por la cual, el tema escogido para la elaboración de la tesis del grado académico de Doctor en Derecho, es propio de la especialidad cursada en la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho, por lo que me ha llamado poderosamente la atención; aunado a lo anterior, la literatura existente sobre la materia es muy limitada, por lo que enfocaré los esfuerzos intelectuales necesarios para llevar a cabo una investigación en el campo del Derecho Notarial, sin que exista actualmente gran número de interesados en el desarrollo de dicho campo, como se desprende del registro de temas de investigación en trámite en nuestra Universidad, lo que hace que conserve su carácter de novedoso en íntima relación con que día a día se incrementan las relaciones internacionales de bienes y servicios y que considero necesitan para ser efectivas un binomio que se puede denominar de seguridad jurídica y agilidad comercial, más no laxitud legal.

La justificación del tema o proyecto de investigación planteado, se da por si solo, ya que en un estudio comparativo de instituciones jurídicas en diferentes tradiciones legales siempre es importante, aunado a que el desconocimiento de la materia notarial como consecuencia de su escasa literatura le ha restado importancia, al no ser claras las consecuencias de esta actividad en relación con las actividades de los particulares.

De tal forma considero al Derecho Notarial como parte protagónica del desenvolvimiento jurídico general, constituyéndose en un factor de cambio en los sistemas legales establecidos, coadyuvando en su adecuación al ritmo social.

INTRODUCCION.

Como introducción al trabajo de investigación elaborado y que me he permitido titular "APLICACION INTERNACIONAL DEL DERECHO NOTARIAL DENTRO DEL MARCO DEL TRATADO DE LIBRE COMERCIO" (ANALISIS COMPARATIVO DE LOS SISTEMAS NOTARIALES LATINO Y ANGLOSAJON), manifiesto que :

De conformidad con lo dispuesto en el texto oficial del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, en apartados específicos como lo es el capítulo XII. comercio transfronterizo de servicios, en relación con el de comercio de bienes, los actos jurídicos que se lleven a cabo entre los países signantes por medio de empresas, sean nacionales o de una parte, a efecto de que tengan perfecta validez se deberán constituir con la intervención de fedatarios públicos, aclarando que dentro de esta denominación se cuentan a los Corredores Públicos y los Notarios, con tan sólo restricciones en el campo notarial, respecto de calidades personales, pero no así en el de los Corredores Públicos, a quienes se les han dado facultades legales que intervienen en la esfera competencial de los Notarios, con la firme determinación de crear una supuesta agilidad comercial que se equiparan al Derecho anglosajón, y específicamente el Notary Public americano. Lo que provoca una confusión tanto en los legos como en personas que sin ser peritos en derecho si tienen intervención en actividades jurídicas comerciales en virtud de la sinonimia que los conceptos Notario Público y Notary Public conllevan.

Como hipótesis principal de la investigación se plantea que el principio rector del Derecho Notarial Latino (seguridad jurídica), deberá prevalecer frente a la que rige al sistema anglosajón, el que en busca de una supuesta agilidad jurídica y economicidad deja a un lado la seguridad jurídica y pone en peligro la firmeza de las relaciones comerciales internacionales que se especifican en el texto del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, y que se llevan a cabo en nuestro país.

De tal manera, bajo el principio de implicación general se manifestarían las hipótesis de la siguiente manera:

Si se aplica el Derecho Notarial de tipo anglosajón en las operaciones comerciales internacionales, dentro del marco del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, entonces se pierde la seguridad jurídica de las mismas.

Si se aplica el Derecho Notarial de tipo latino en las operaciones comerciales internacionales, dentro del marco del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, entonces prevalecerá la seguridad de las mismas.

Si se comparan los principios de seguridad jurídica y de agilidad y rapidez de certificación de los sistemas notariales latino y anglosajón, entonces entenderemos la importancia de hacer hincapié en que a pesar de la similitud de vocablos las tradiciones jurídicas mantienen diferencias esenciales.

El tipo de investigación seleccionada es de construcción de un estado del conocimiento por medio de investigación documental, al analizar doctrina tanto nacional como extranjera y conclusiones obtenidas de convenciones de carácter internacional especializadas en la materia, en los dos tradiciones legales en que se centra el estudio, los sistemas latino y anglosajón.

De tal manera, se ha dividido la presente investigación en cuatro capítulos que contendrán en forma esquemática el desarrollo de la sistematización del Derecho en general, y en apartados específicos, la ubicación del Derecho Notarial y Civil a través de la historia; un segundo apartado o capítulo en el que se indican y especificarán los conceptos básicos del Derecho Notarial y su naturaleza haciendo hincapié en el instrumento público, como creación jurídica de tal disciplina; un tercer capítulo en el que se expondrá la forma de aplicación internacional del sistema notarial haciendo referencia a los dos grandes bloques de aplicación y desarrollo del mismo en el mundo, además de un estudio comparativo de los sistemas notariales citados y los problemas que especulativamente se podrían generar por la aplicación de tradiciones jurídicas extranjeras dentro de nuestro ámbito legal.

En la investigación se consultaron obras de diversas tradiciones jurídicas y países en calidad de bibliografía, las que estructuradas en fichas y resúmenes vinieron a conformar el corpus teórico de ella.

Relativo a la importancia del tema para nuestra realidad jurídica social, resulta procedente señalar que dentro de la producción jurídica nacional, cualquier tipo de obra del carácter que se pretende obtener, es decir, un estudio comparativo entre instituciones legales de diferentes países o tradiciones, siempre resulta importante. Ciertamente es que se deberán analizar en el transcurso del desarrollo de la investigación, sin embargo, al no constituir el centro de ésta, no se tratarán en apartado específico, sino que formarán parte de puntos esenciales del tema investigado, el Derecho Notarial.

Por último, sobre problemas de aplicación concretos en los cuales un negocio o asunto jurídico sea válido en un país y no surta efectos o sea ilegal en otro de éstos, debo señalar que los ejemplos siempre se darán en forma especulativa en trabajos teóricos como el que se pretende integrar, por tanto, pueden ser en un momento dado interpretados tan sólo como posibles y no reales, finalizando la presente exposición con la señalización que las conclusiones o propuestas que se pueden dar como resultados del presente trabajo serán consecuencia de lo investigado, y si llegado el momento resulta con alguna inclinación ya sea tradicionalista o de cualquier otro tipo, y ésta, no se considera aceptable por los versados en materia comercial en virtud de la lentitud que la seguridad jurídica de tipo notarial puede llegar a acarrear, y por lo práctico de otras medidas de solución de controversias como lo es el arbitraje, por ejemplo.

También es cierto que la propuesta presentada, es una producción intelectual sin carácter vinculativo, ya que la función de todo investigador es analizar la situación existente en su entorno, la realidad social y emitir opiniones fundadas sobre la misma, la que se constituye en una propuesta a fin de ser analizada, criticada y mejorada por los que tengan interés en conocerla y no es la finalidad del jurista imponer su voluntad o doctrina a los demás o buscar formas más ágiles y prácticas de resolver conflictos, sino estudiar y proponer medidas y criterios legales para evitarlos.

CAPITULO PRIMERO.

UBICACION DEL DERECHO NOTARIAL DENTRO DE LA SISTEMATIZACION DEL DERECHO .

SUMARIO

1.1.- Principios generales de clasificación del Derecho y su sistematización a través de la historia. 1.2.- Ubicación del Derecho Notarial dentro de la clasificación general del Derecho. 1.3.- Sistematización del Derecho Civil. 1.3.1.- Evolución de la sistematización del Derecho Civil a través de la historia 1.3.2.- Ubicación del Derecho Notarial en la sistematización del Derecho Civil. 1.4.- Los actos del Derecho Mercantil y sus obligaciones .

1.1.- Principios generales de clasificación del Derecho y su sistematización a través de la historia.

Resulta necesario aclarar al iniciar la redacción de este capítulo que no es la finalidad del presente trabajo elaborar un tratado sobre el tema de la sistematización de la ciencia del Derecho, del Derecho Civil, del Derecho mercantil o del notarial en particular, sin embargo, resulta necesario hacer unas breves referencias sobre ello, como introducción al trabajo de investigación que se presenta, de tal manera procederé a la exposición con lo siguiente:

"El hombre, como ser espiritual, se manifiesta de dos modos: en el conocer, con sus consecuencias, el pensar, y en el querer con sus consecuencias, el obrar, el problema de estas dos actividades

humanas es el gran problema de la filosofía que está aún por resolver."¹ Así pues se puede afirmar que desde los tiempos de Roma, el hombre ha buscado el sentido de su existencia, al utilizar la bifurcación de conducta y conocimiento.

En el desarrollo del conocimiento, el hombre ha perseguido de todos los modos el acercamiento a la verdad, sin embargo, se ha llegado a distinguir lo que es la verdad objetiva y la verdad absoluta; en razón de lo anterior, la formulación de la necesidad de explicar lo que lo rodea se ha hecho por conducto de un principio ordenador que lleva al conocimiento y que según se modifique éste, cambiará la forma de explicar lo existente y por tanto la realidad, hasta el punto de que se ha llegado a determinar el avance de la ciencia por el método científico.

Por otro lado, lo que se ha llegado a considerar como la verdad absoluta es la tarea exclusiva de la filosofía, la búsqueda de la explicación inmutable y que no depende de la aplicación de método alguno, sino que se obtiene por medio de la reflexión y la crítica sin tomar en cuenta la experiencia de las cosas, esta verdad se encuentra al nivel de la conciencia.

*"La ciencia aspira pues sólo a un conocimiento contingente y perfectible; la filosofía aspira a un conocimiento absoluto y definitivo."*²

Así, debemos entender que la ciencia es un conocimiento ordenado, lo que quiere decir que la ordenación de este

¹.- BALLVE, FAUSTINO. Esquema de Metodología, Ediciones Botas. México, D.F., 1956 p. 14.

².- Ibidem. p. 16.

conocimiento ordenado, lo que quiere decir que no se guía por el objeto del propio conocimiento, sino por el modo de considerarlo, o sea por el método. Este es un procedimiento ordenado y debe distinguirse de los métodos o formas auxiliares del pensamiento, comunes a todas las ciencias y que de acuerdo a aquella en que se apliquen se han denominado inductivo, deductivo, analítico, etc., pero en este caso debemos entenderlo como el enfoque de los hechos de la realidad desde el punto de vista de su trascendencia jurídica.

Dentro de la actividad científica pueden perseguirse dos propósitos diferentes: o bien ordenar unitaria y exhaustivamente todas las cosas o cuestiones que pueden enfocarse por el método que caracteriza la rama científica en cuestión, en cuyo caso se hace teoría, o bien encontrarse el mecanismo que permita transformar los conocimientos teóricos en utilidad práctica y entonces se hace técnica. Mientras que la teoría tiene carácter general, la técnica debemos considerarla con uno especial.

La práctica por su parte, es la resolución de casos concretos, para ello es necesario usar la técnica en forma de liga entre la teoría y la práctica, si una disciplina jurídica se individualiza por un método también se hace necesario que tenga para ello un sistema. Ésta es la forma de clasificar a una materia del conocimiento de forma que comprenda todos los detalles del método adoptado, cada concepto, la jerarquía y lugar que le corresponde dentro del conjunto armónico de la exposición y en este caso en específico de la ciencia jurídica.

"La ciencia jurídica, con su método propio, tiene como todas

las ciencia especulativas, un entronque filosófico que le articulaba a la unidad de la conciencia, abarca problemas teóricos, técnicos y prácticos y también el de su propia vida."¹

La vida en sociedad hace necesaria la existencia de principios y reglas de convivencia entre los hombres, estas reglas a que se hace mención se le ha denominado Derecho.

En forma general el Derecho se ha manifestado como imperativos dotados de fuerza o poder coercitivo, ya que se trata de imponer la voluntad del Estado como legítimo representante de la sociedad ante las diferentes voluntades individuales, ésto se explica cuando tomemos en cuenta que lo que es un Derecho para uno, se trasluce como una obligación para otro, en el entendido que ese otro citado bien puede ser una persona o la colectividad. La norma jurídica presupone pues, que no sólo existe una relación de entrelazamiento sino de ligamiento entre los que se encuentran en convivencia pacífica y regular dentro de un mismo ordenamiento legal.

No debemos dejar de citar, que también existen ciertas normas que funcionan como límites de las actividades de los seres humanos, para regularlas dentro de un marco aceptable de convivencia, y que se denominan convencionalismos sociales, si bien es cierto, éstos obligan, lo hacen en una forma subconsciente, ya que no cuentan con esa fuerza de obligatoriedad concedida por el Estado a las normas jurídicas, lo que también conocemos como fuerza coercitiva.

"El conocimiento humano se exterioriza en forma de juicio o

¹.- Ibidem p. 18.

sea de aplicación de un predicado a un sujeto. El juicio puede ser analítico o sintético. Es analítico cuando el predicado se saca del sujeto mismo. Es sintético cuando el predicado no esta contenido en el sujeto sino en nosotros que al juzgar se lo adjudicamos. El concepto del Derecho entraña un juicio sintético ya que la norma no es necesariamente ligante ni autárquica ni inviolable. La unidad de la voluntad normativa con estos atributos hecha por nosotros sintéticamente, ha dado a la luz la norma jurídica, el Derecho."⁴

Las categorías del Derecho son conceptuales, lógicas o temporales. Las primeras, a su vez son primarias o derivadas.

Las categorías conceptuales primarias emanan de los elementos del concepto mismo a saber.

La norma implica un sujeto y un objeto. El primero, que hacen suya la voluntad jurídica aparece como fe en sí. El segundo sometién dose a la voluntad jurídica actúa de medio para aquel fin.

"El concepto del Derecho real como un vínculo jurídico entre una persona, sujeto activo, y una cosa, objeto del Derecho es enteramente falsa.

Toda relación jurídica se resuelve en facultades y deberes; por ende una cosa no puede formar parte de ella sino la obligación de entregar aquella. Por otra parte, la relación jurídica no se establece entre los hombres como tales en su totalidad, sino como voluntades jurídicas concretas y determinadas

⁴.- Ibidem. p. 34.

en el lugar y en el tiempo para una encadenación de ellos en relación con medios y fines en un caso concreto".⁵

Objeto del Derecho es, en este sentido lógico, lo que vulgarmente, en el Derecho positivo, se acostumbra a llamar sujeto pasivo, expresión inadmisible por la lógica, ya que no conoce la relación sujeto-sujeto sino sólo la relación sujeto-objeto. Pero esta claro que el hombre como objeto del Derecho no lo es en su totalidad personal, sino sólo en cuanto le es exigible una prestación respecto de los propios objetos.

El nexu jurídico implica un fundamento jurídico en virtud del cual los diversos contenidos volitivos individuales se ordenan en relación de medios y fines. Ésta constituye la relación jurídica. La autarquía de la norma jurídica implica su soberanía en virtud de la cual las voluntades individuales ordenadas por ella quedan, con respecto a la misma, en relación de sujeción.

De tal manera, la inviolabilidad del Derecho implica dos situaciones posibles, la legalidad y la ilegalidad de los actos volitivos individuales en su relación con la norma jurídica autárquicamente ligante.

"Pensar jurídicamente es individualizar un contenido volitivo como voluntad jurídica. Esto se hace con ayuda del concepto y de las categorías del Derecho e implica una doble labor: metódica y sistemática. Metódica en cuanto al contenido volitivo en cuestión es reconocido como voluntad jurídica. Sistemática en cuanto esta

⁵.- Ibidem. p. 36.

determinada voluntad jurídica se coloca en el lugar que le corresponde en el orden jurídico. Lo primero se hace por medio del concepto jurídico; lo segundo en el precepto y la construcción jurídica".⁶

Concepto es la fijación de las características uniformes, que agrupan y dan individualidad colectiva a determinados fenómenos jurídicos, se manifiestan por la definición. Por otro lado, Juicio Jurídico es el reconocimiento de la pertenencia de un fenómeno legal a una determinada especie de ellos con la ayuda del concepto jurídico.

Así como el concepto jurídico se manifiesta por la definición, la norma jurídica se manifiesta por el precepto jurídico. Este precepto tiene la forma de un juicio hipotético o sea de una premisa mayor.

No hay prelación temporal ni lógica entre el concepto y el precepto jurídico. Son la misma cosa en forma diferente, adecuada a diversas necesidades: el concepto al conocimiento, el precepto a la aplicación.

Construcción jurídica es la ordenación de la materia jurídica en forma orgánica y unitaria. Esta construcción es necesaria para la unidad de la ciencia del Derecho y de la vida jurídica. La construcción para fines de conocimiento constituye la sistemática jurídica, y cuando esta construcción es para fines de aplicación o sea para la efectividad del Derecho se le denomina técnica

⁶.- Ibidem. p. 40.

jurídica.

Esta distinción no es, sin embargo, siempre fácil por la sencilla razón de que el conocimiento y la vida del Derecho corren paralelamente y se interfieren mutuamente. La ciencia del Derecho no es el estudio de un Derecho imaginario, sino del que nace de las necesidades sociales y es ordenado por la ciencia, y hay que tomar en cuenta que en la formación del Derecho no influyen solamente las necesidades sociales, sino también los pensamientos relativos al Derecho que existen en el lugar y en el tiempo, pensamientos que no se refieren exclusivamente a los principios de justicia que deben informarlo sino también a su propia organización.

El problema de la convivencia humana es, por tanto, el problema de la coordinación de fines, toda sociedad, tiene una parte de sus componentes que puede perseguirlos y otra no, queda ésta reducida a la categoría de simple medio para los fines de aquellos.

*"El criterio de valoración del Derecho desde el punto de vista ideal, se transforma en la premisa de que la justicia es la voluntad jurídica encaminada a lograr la convivencia de libertades dentro de la comunidad jurídica."*⁷

Como representante de la doctrina de la razón de Estado se ha designado principalmente a Maquiavelo, para quien el hombre es naturalmente malo, hay que hacerlo bueno por medio de las leyes y éstas son justas en cuanto mantienen el orden dentro del Estado.

⁷.- Ibidem. p. 49.

La razón humana como base de la justicia del Derecho fue invocada principalmente por Kant y Fichte con resultados contradictorios. Para el primero el Derecho es el conjunto de condiciones bajo las cuales el arbitrio de uno se coordina con el de otro según una ley general de libertad, solución que ha informado la democracia liberal. El segundo, en cambio, parte o cree partir igualmente de la razón, llegó a una solución nacionalista en su Estado Comercial Cerrado.

En la tendencia jusnaturalista existen tres tendencias o corrientes según se busque la justicia del Derecho en la naturaleza de las cosas, en la naturaleza del hombre o en la naturaleza del Derecho mismo. El representante de la primera corriente lo es Baruch Spinoza, que busca la unidad de la naturaleza en la sustancia, que se manifiesta de diversos modos y por tanto depende de cada uno y sus peculiaridades, se aprecia diferente en cuanto a resultados y por ende se debe hacer un estudio detallado sobre la justicia del contenido de cada uno de ellos. El fundador del Derecho natural basado en la naturaleza del hombre fue Hugo Grocio, que descubre en él el *apetitus sociaetatis* y la facultad de descubrir y seguir lo más útil por encima de los impulsos materiales. Y por su parte Manuel Kant pretendió fundar la justicia en la naturaleza del Derecho mismo, sin embargo, al tratar de fundir en uno sólo el concepto y la idea del Derecho no logró fijar claramente ninguno de los dos.

Derecho válido es pues, Derecho vigente y Derecho vigente es el que efectivamente se observa por parte de la colectividad o se hace observar por el Estado, lo anterior independientemente de reunir todos los atributos conceptuales del Derecho y todas las

condiciones de legalidad, de conformidad con la doctrina jurídica existente.

Por otro lado, el problema de la vigencia del Derecho no tiene nada que ver con el de su justificación y aun menos con el de la justicia, y esto sin embargo, es lo que algunos autores hacen cuando señalan que las normas son válidas cuando exigen un poder intrínsecamente obligatorio.

El^o criterio del poder público encierra una petición de principio porque este sólo lo es en cuanto se basa en el Derecho: el poder sin Derecho podría ser todo lo eficaz que se quiera; pero jamás será poder en el sentido jurídico de la palabra sino fuerza bruta y sus dictados no serán Derecho sino arbitrariedad.

El criterio del consenso de los obligados, aunque sea tácito y pasivo manifestado por la no resistencia al opresor pugna con la individualización del Derecho, una de cuyas características conceptuales es precisamente la autarquía independiente de la voluntad de los obligados.

El Derecho es un imperativo de la necesidad, nace y se desarrolla en la misma medida en que nacen y se desarrollan las necesidades y los problemas de la convivencia humana, en todos los casos llega el momento en que los juristas, los legisladores se dieron cuenta de que había un grupo de preceptos jurídicos que se referían a las mismas o emparentadas relaciones jurídicas, pero que carecían de unidad y armonía y frecuentemente se contradecían. Para hacer de ellos un cuerpo orgánico y armónico se inventó la institución jurídica a la cual, expresa o tácitamente se fijaron

principios generales que se desarrollaron en los preceptos jurídicos relativos, que conservan algunos de los existentes, modifican otros, y llenan las lagunas existentes dentro del campo de la doctrina jurídica con preceptos nuevos.

Ficción jurídica es una figura del lenguaje jurídico que no responde, en apariencia, a ninguna de las categorías o conceptos fundamentales del Derecho y por lo tanto parece inventada o imaginada.

En verdad, la ficción jurídica no es tal invento de la imaginación sino una fórmula técnica para expresar un ente jurídico real cuya regulación, en otro caso, sería larga y engorrosa y, por medio de la ficción, encuentra una expresión clara y breve y una reglamentación igualmente clara y fácil. La ficción jurídica por antonomasia es la persona jurídica o colectiva.

En virtud de que entramos al campo de las personas jurídicas, tenemos la de Estado como una de las más importantes dentro del desarrollo de la ciencia del Derecho; la palabra Estado nació a finales de la Edad Media como denominación del estado de cosas que había que conservar. Es pues, un puro concepto político conservador. De tal manera, Delito contra el Estado era toda tentativa desde abajo de modificar el orden establecido por las fuerzas e intereses predominantes. Con el advenimiento de la democracia, la palabra Estado, desapareció y fue substituida por la de Nación, bajo la cual se entiende el pueblo organizado, con la transformación entonces del concepto de lo que se entendía por Estado a ser el de Gobierno.

Hans Kelsen parte de la idea de que el Estado es una persona jurídica creada por el Derecho; pero como, para él la persona en el Derecho tanto individual como colectiva o jurídica, no se identifica con la persona humana, ni con un grupo de personas, sino que es una construcción jurídica normativa y no una sustancia distinta del orden jurídico.

*"De antiguo vienen encareciendo los cultivadores de la filosofía y de la metodología científica la importancia que para el trabajo de espíritu tienen las clasificaciones."*⁸ No cabe duda de que si no existiera la sistematización del Derecho en sus diversas ramas y sub ramas, todo investigador o estudioso de la ciencia del Derecho se perdería irremediabilmente en lo complicado e intrincado del desarrollo jurídico de los pueblos.

*"La necesidad de la clasificación y del empleo de la lógica para la investigación y aplicación del Derecho, esta por encima de los criterios que separan y matizan a las diversas escuelas de la filosofía jurídica."*⁹, por ello la lógica tiene muchas aplicaciones en el Derecho como ayuda en el análisis y clasificación de la materia jurídica, sin embargo, no hay que dejar a un lado que lo importante de la actividad del científico del Derecho es el estudio y solución de los problemas sociales existentes en su entorno, en una búsqueda constante de adecuación del ordenamiento legal a la realidad que vive la sociedad en que se desarrolla.

"El Derecho dejaría de existir si se le reduce en su

⁸.- CASTAN TOBEÑAS, JOSE. Revista general de legislación y jurisprudencia, Año CII No. 4 abril de 1954.

Madrid España. p. 27.

⁹.- Ibidem. p. 410.

elaboración científica o en su aplicación práctica a un juego de esquemas abstractos sin referencia a las realidades concretas."¹⁰ Por tanto, el jurista no trata de aplicar un rigor matemático o aplicación lógica de principios constantes, sino que se trata de la aplicación en la esfera práctica de una realidad que tiene como contenido principios humanos, morales y sociales que no se pueden desconocer y se deben moderar en bien del desarrollo de la sociedad.

Los jurisconsultos romanos poco dados a las abstracciones supieron ordenar el material jurídico y crear un sistema de Derecho Civil que ha perdurado hasta nuestros días.

El sistema legal no es simplemente la formulación de un precepto, sino que implica necesariamente el enlazamiento de un hecho con la norma, que constituye un silogismo, ya que el hecho en sentido de fenómeno natural o voluntario hace las veces de premisa menor; la norma de premisa mayor, y por su parte la aplicación de la norma o resultado jurídico hace las veces de conclusión; sin embargo, el Derecho Notarial, si bien se observa, se dirige hacia el supuesto de hechos previstos por la norma, ya que el Notario se encarga de autenticar hechos, sean simples o naturales o producto de una relación jurídica, cuando de lo que se da fe es de varios hechos que concurren a una finalidad que es la creación de un negocio jurídico, pero que por complejo que éste pueda ser constituye en sí un hecho, aunque sea un hecho calificado legalmente, pero que no por serlo deja de tener el carácter de supuesto de hecho previsto por la norma, para que el precepto

¹⁰.- Ibidem. p. 412.

contenido en ésta pueda tener aplicación.

Se han confundido y no deben confundirse las presunciones legales con las ficciones jurídicas, ambas son formas abreviadas de solución de un problema jurídico; pero mientras la ficción cubre una realidad, un ente, la presunción cubre una regla de Derecho, una norma.

Así como la teoría jurídica es la ordenación unitaria y orgánica de lo jurídico a base del concepto del Derecho, la práctica es el manejo del Derecho vivo con fines de aplicación. La práctica jurídica abarca dos aspectos: el precepto jurídico y el juicio jurídico.

El sistema legal determinado, es decir, un orden jurídico es un conjunto de preceptos jurídicos que al aplicarse se convierten en legislación, que cuente por tanto con las características de ser general, coercitivo y obligatorio para todos los que se encuentran dentro de su ámbito de aplicación.

La aplicación del Derecho es el juicio jurídico, la jurisprudencia. Su necesidad surge cuando se plantea un caso individual determinado que clama por su precepto jurídico del mismo modo que también es un caso determinado, pero social a resolver el que incita a la labor legislativa. Por esto la práctica jurídica en general y muy especialmente la aplicación del Derecho se ha llamado también casuística .

La legislación, incitada por un problema social que requiere solución jurídica, consiste en expresarlo en términos generales

1:

e hipotéticos que forma la premisa mayor. La jurisprudencia o práctica del juicio jurídico, consiste en subsumir un caso individual al precepto que le es aplicable. Esta subsunción se hace en búsqueda de la premisa mayor dentro de la cual quepa el caso individual a juzgar.

La legislación en su sentido lato de creación del Derecho cualquiera que sea su forma y su órgano material, es el último momento del proceso político y constituye una simbiosis y a veces también una síntesis de los anhelos que en ella han jugado un papel muy importante ya que tiene como fin último la convivencia pacífica de los individuos dentro de una sociedad determinada.

Quando nos encontramos con una norma autárquicamente entrelazada e inviolable que además vive efectivamente en el mundo, dentro de la sociedad y no esta solo en la mente o en el papel sino que funciona hemos de decir que tal norma es una norma jurídica eficaz dentro de un sistema social determinado, ya que cumple con su función de regulación de las interrelaciones entre los integrantes de la sociedad.

Existe imposibilidad para establecer una teoría general de las fuentes del Derecho que sea aplicable a todos los órganos jurídicos históricos porque hay en la realidad infinitas posibilidades de creación del Derecho y lo único que puede hacer el jurista práctico es ceñirse a los preceptos positivos de lege data dentro de un orden jurídico determinado, como dato de hecho.

Es imposible resumir la evolución del Derecho a través del tiempo sin tener en cuenta también la del pensamiento jurídico y

viceversa. El Derecho material y contingente obedece en cada momento a diversas influencias, necesidades, intereses, creencias, y prejuicios sociales y también, en mayor o menor medida, a las corrientes del pensamiento sobre lo que el Derecho debe ser y como debe ser.

Aristóteles distingue entre la justicia distributiva que corresponde al legislador y la igualitaria que ha de impartir el juez y entre la justicia incorporada en las leyes según principios fundamentales y la equidad que se manifiesta en la práctica judicial basándose, no sólo en el Derecho legislado sino también en las circunstancias de cada caso. Los estoicos inician la distinción entre el Derecho legislado y el natural en búsqueda de una norma de juicio que comprenda el Derecho dentro de un orden general unitario del mundo y de la conducta, criterio que creen encontrar en la naturaleza.

Roma es la cuna del Derecho, pues todo el mecanismo lógico, sistemático y técnico del Derecho: conceptos, instituciones, ficciones, acciones, procedimientos, etc., proviene de Roma al extremo de que hasta la actualidad muy poco se ha añadido a él y lo único que se ha hecho es depurarlo, concretarlo y sistematizarlo, aún en aquellos países occidentales en los cuales apenas puede hablarse de una recepción del Derecho Romano, como los anglosajones o en aquellos como los germánicos, en los cuales la recepción se hizo con grandes resistencias y que, en la época romántica experimentaron una fuertísima reacción antiromanista.

En resumen, puede decirse que si Roma no nos legó nada en materia de filosofía y de ciencia del Derecho, nos legó en cambio

17
el Derecho mismo y la labor de la filosofía y de la ciencia jurídica actual que consiste fundamentalmente en ejercitar la reflexión sobre aquel legado.

La Edad Media vive bajo el signo de un Derecho universal natural de origen divino, el hombre lleva en la tierra una vida de tránsito en espera de la vida eterna, para alcanzarla ha de vivir según la voluntad de Dios. Lo anterior se plasma en el Derecho Canónico, que es de hecho la transcripción del Derecho natural y al cual deben adaptarse y aún recibir su sanción del Papa, los derechos profanos que son la aplicación del mismo Derecho canónico, en lo que éste no hace por si mismo a las condiciones de lugar y tiempo.

Es el doble ideal del respeto a la persona humana y de la universalidad del Derecho. Su formulación teórica culmina principalmente en la Civitas Dei de San Agustín y la Summa Theológica de Santo Tomás de Aquino, que son de las obras más importantes dentro de la producción jurídica universal.

El protestantismo parte de los mismos principios del catolicismo si bien, más por la fuerza de las cosas que por su propio deseo, contribuye a la emancipación del Derecho profano de la dependencia canónica y la diversificación del Derecho positivo en perjuicio de la idea de su universalidad.

Posterior a la Edad Media aparece lo que en el aspecto cultural se le denominó el renacimiento y en el legal la recepción del Derecho romano, el Derecho profano tuvo durante toda esta época un contenido predominante germánico pero su técnica fue la romana.

Al renacimiento sigue el humanismo y una versión del Derecho natural despojado de su base teológica. Posterior, el racionalismo iniciado por Descartes, se bifurca en dos ramas, una que puede calificarse en general de corriente empirista que no admite más Derecho que el positivo, ni más conceptos generales de lo jurídico que los que se derivan de la coincidencia de los hechos y de la regularidad de los fenómenos de la naturaleza y una segunda que en contraposición a la citada analiza más a fondo los principios doctrinarios del Derecho, que acude a las estructuras filosóficas para explicar la ciencia jurídica.

Desarrollados de esa manera los siglos XVII y XVIII, la época romántica que llena aproximadamente el segundo y tercer cuarto del siglo XIX, da nacimiento en Alemania a la llamada escuela histórica del Derecho que tiene repercusión general y casi mundial y una influencia indudable en la labor legislativa.

Durante los últimos siglos se han dado diversidad de corrientes doctrinarias del Derecho en las escuelas empirísticas, apriorísticas o las que se han centrado en la axiología del Derecho, sin embargo, después de las aportaciones hechas por juristas de la talla de Jhering y Stammler nada o casi nada se ha hecho por depurar el mecanismo que nos legaron los romanos, completarlo en razón de los progresos y nuevas necesidades científicas y prácticas y adaptarlo a la realidad actual, sino que se han buscado nuevas formas de explicar las relaciones de los individuos en la sociedad.

"La expresión adjetiva de Derecho Notarial, es la denominación de una disciplina jurídica con perfecta autonomía, con sus

problemas, técnica y dinámica propias, que permiten con relativa exactitud su definición. Todo, sin subestimar el carácter unitario, científico, orgánico, su terminología, así como la relación jurídico Notarial, que le es peculiar."¹¹

Con el sistema normativo notarial, el hecho se reviste de forma, se protege y se valora en el momento de producirse, por lo que es evidente que debe existir una rama del Derecho que enfoque desde un punto de vista peculiar todo lo que con el Notario y su actividad se relacione. De tal manera, podemos distinguir dos polos muy importantes de este Derecho, el de la organización y el de la función Notarial.

Mucho se ha cuestionado si el Derecho Notarial forma parte del Derecho Civil, porque su objeto de estudio son los contratos, los actos jurídicos y los diversos tipos de consentimientos dentro de las relaciones jurídicas, lo que se encuentra debidamente regulado dentro del campo del Derecho Civil, sin embargo, en la actualidad no se pone en duda si en verdad existe o no la autonomía del Derecho Notarial, ya que en la totalidad del campo científico del Derecho se considera que este género de Derecho es uno de carácter substantivo al que le corresponde un sujeto de Derecho propio, que se viene a constituir en la figura del Notario Público.

1.2.- Ubicación del Derecho Notarial dentro de la clasificación general del Derecho.

"El modernismo mal entendido descalifica lo tradicional por el

¹¹.- **ADOLFO PARDO, RUFINO.** Revista del Colegio de abogados y Notarios de Guatemala. Enero -Junio 1991. No. 33 p. 86.

solo hecho de ser histórico, y no son pocos los que reniegan de tradiciones porque no les corresponden directamente, cuando en definitiva si son trascendentes pertenecen a todos y no sólo espiritualmente necesarias, sino pragmáticamente insustituibles en determinadas organizaciones." ¹²

El enfoque del Derecho variara substancialmente según el expositor, y en forma específica, según la tendencia del mismo, ya sea jusnaturalista o alguna otra concepción legal, las leyes pueden ser arbitrarias, pero de acuerdo a sus partidarios siempre serán justas, de tal manera, para los naturalistas siempre son un producto de Dios, mientras que para los positivistas no puede ser, sino un producto del empirismo del propio hombre.

"Frente a las escuelas positivas, llámense histórica, económica, positiva del Derecho penal, etc., el Derecho natural ha resurgido como reivindicación contra la concepciones filosóficas de fondo político y en pro de lo esencial del sistema jurídico tradicional, que nace con el Derecho romano." ¹³

Derecho Notarial, es la denominación de una disciplina jurídica con perfecta autonomía, con sus problemas, técnica y dinámica propias, que permiten con relativa exactitud su definición.

"En Roma, el Derecho positivo tomó el nombre de Derecho Civil

¹² - ALLENDE, IGNACIO M.-La institución Notarial y el Derecho. Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires, Argentina. 1969 p. 38.

¹³ - Ibidem. p. 48.

*(jus civile), que comprendía también el público, el mercantil, el penal, etc., Con la división del trabajo, y en razón de las naturalezas y calidades diferentes de las normas, se han ido desglosando paulatinamente - parcializándose - ordenamientos jurídicos de las ramas madres del Derecho positivo, hecho de la pragmática fue consagrándose, en función a requerimientos metodológicos y didácticos."*¹⁴

Existen partidarios de la especialización del ordenamiento legal y los que manifiestan que éste es uno sólo y por tanto no tiene por qué hacerse divisiones y aún subdivisiones del mismo, ya que es la manifestación del control estatal sobre las actividades humanas y por tanto no merece mayor intento fallido de explicación.

Las acciones del Derecho romano que se referían a la propiedad y a la declaratoria de herederos se trataban de acciones de carácter civil, se podría decir que en nuestro tiempo aún es competencia de esta rama, sin embargo, no se trata de que no tenga intervención dentro del desarrollo, dentro del desenvolvimiento social; el Derecho Civil, sin duda alguna se considera una de las ramas del Derecho más importantes en las relaciones sociales, pero cierto es que, en la actualidad ya no se pone en duda si en verdad existe o no la autonomía del Derecho Notarial, ya que en la totalidad del campo científico del Derecho se considera que este género de Derecho es uno de carácter substantivo al que le corresponde un sujeto de Derecho propio, que se viene a constituir en la figura del Notario Público, quien se encuentra revestido de una delegación por parte del Estado que lo lleva a la aplicación

¹⁴.- Ibidem. p. 49.

en nombre del Estado de una fe pública a fin de brindar seguridad jurídica a las actividades de los particulares en forma pronta y eficaz.

Un dicho popular del medio notarial dice que, notaria abierta juzgado cerrado, lo anterior es en pocas palabras la función que desarrolla el Derecho Notarial, un Derecho preventivo y de seguridad de las actividades de los particulares, las que en íntima relación con la actividad registral proporcionan además de la seguridad jurídica, el debido control por parte del Estado de las actividades jurídicas de la sociedad.

Lo cierto, es que la premisa fundamental de todo Notario y el pilar de sus actuaciones y de toda la institución es la honorabilidad, el Notario en todos los tiempos, desde que existe como tal y que se le ha depositado la fe pública a su favor se ha distinguido por ser hombre de honor, desde que sus documentos sustituyeron a la moneda, hasta nuestros días en que dentro de la sociedad no se pone en duda su utilidad dentro del marco de nuestra concepción jurídica.

Por tanto, es procedente señalar que dentro de la sistematización del derecho se ubicó al notarial dentro del ordenamiento civil, sin que sea motivo de discusión en la actualidad si goza de autonomía o no.

"La evolución del Derecho exige nuevos esquemas, clasificaciones y estructuras, pero no siempre lo nuevo es evolución; por el contrario, muchas veces es sólo innovación de consecuencias negativas. Producida la innovación, por negativa, se

*produce el fenómeno de la innovación positiva tendiente a volver las cosas a su estado natural."*¹⁵

1.3.- Sistematización del Derecho Civil.

Por la importancia que implica el Derecho Civil dentro del desarrollo del Derecho en general y específicamente del Derecho Notarial, en este apartado procederemos a especificar las diversas sistematizaciones que del Derecho Civil se han hecho a través de la historia y posteriormente dentro de éstos la forma en que se ha visto involucrado el último.

La necesidad de las clasificaciones y en general del empleo de la lógica para la investigación y aplicación del Derecho, está por encima de los criterios que separan y matizan a las diversas escuelas, sino que se trata de la base de exposición de la ciencia jurídica en una parte de la historia de la humanidad.

En el desarrollo del pensamiento se han dado dos tendencias opuestas, la de los tradicionalistas quienes sostienen que existen ciertos principios básicos que son captados en forma intuitiva y de las que se derivan las reglas del Derecho por medio del razonamiento deductivo, no existen más que los datos empíricos y la experiencia, mientras que la segunda tendencia denomina del naturalismo, tratan de situar los principios del Derecho como un producto de una entidad superior, la cual le brinda al ser humano principios de regulación de su convivencia, sin que sea en forma alguna necesaria la aplicación de lógica para la abstracción de los

¹⁵.- Ibidem, p. 51.

mismos, éstos son en realidad dones divinos.

Cabe aclarar que el empleo de la lógica debe ser tomado como esencial pero en forma controlada y tomar en cuenta otros elementos, ya que el Derecho es ante todo una disciplina práctica, que el igual que el ser humano se ve influenciado por las exigencias morales y sociales a través del tiempo. En caso de una aplicación inatemperada de la lógica en la clasificación del Derecho, la elaboración o producto de la misma sería un conjunto de esquemas abstractos sin relación o referencia a la realidad existente.

*"El jurista tanto en la esfera de la práctica como en la de la teoría, ha de manejar una materia que tiene no sólo un destino, sino un contenido humano, moral y social; y el tratamiento a que se le someta no puede desconocer nunca esto."*¹⁶

Mediante la lógica, el jurista ejerce una función puramente teórica: simplemente conoce científicamente el Derecho. Pero la misión de la ciencia jurídica no es sólo teórica. Ni el jurista tiene como única tarea conocer sino obrar, y la ciencia tiene que servir para esta misión práctica, la de adecuar la legislación a la realidad existente, para regular en forma eficaz las relaciones de los individuos en la sociedad.

1.3.1.- Evolución de la sistematización del Derecho Civil a través de la historia.

¹⁶- HERNANDEZ, GIL, Metodología del Derecho, (Ordenación crítica de los principales direcciones metodológicas). Editorial Revista de Derecho Privado. 1945 Madrid, España. p. 126.

"La idea de construcción jurídica, desconocida casi a principios del siglo XIX y estudiada especialmente por Ihering ofrece no pocas dificultades y ha sido objeto de innumerables discusiones, puede decirse que la construcción tiene por cometido elaborar con la materia que la interpretación proporciona las nociones o conceptos jurídicos y, en un grado de mayor amplitud las figuras o instituciones jurídicas, consideradas como entidades unitarias con propios fines."¹⁷

Si tomamos en cuenta que el sistema es la organización de verdades entrelazadas entre si y unidas en un todo, pero que contiene claro todas las partes, de tal manera, es un conjunto de relaciones disciplinadas por un conjunto de reglas específicas y de principios generales.

"Algunos civilistas franceses destacan dos tipos de clasificación de las reglas jurídicas; la agrupación institucional, que toma por base las instituciones jurídicas, o sea aquellos conglomerados de actos típicos de la vida social que el Derecho y su ciencia conciben como un todo orgánico, y la agrupación puramente sistemática cuyas categorías, de un orden exclusivamente técnico, están creadas sólo por las necesidades de la actividad jurídica, sin afectar en nada una institución social."¹⁸

A pesar de lo anterior, sería ilógico tratar de dividir a la ciencia del Derecho en dos series independientes, con la separación de sus principios esenciales, la totalidad no puede ser dividida

¹⁷.- CASTAN TOBEÑAS, JOSE. La ordenación sistemática del Derecho Civil. Revista General de Legislación y Jurisprudencia. Año CII, No. 4. Madrid, España. 1954. p. 413.

¹⁸.- Ibidem. p. 416.

de esa manera, si bien es cierto podemos escoger el tipo de desarrollo que pretendemos utilizar, el principio es el mismo, sin embargo, podemos llegar a observar distinción entre un sistema de fondo o sustancial y un sistema de exposición o formal, entendiéndolo como el interior y la cubierta exterior del mismo Derecho.

La observación histórica al considerar el valor que se ha dado al sistema o a la sistematización en el orden legal muestra el sorprendente resultado de que, mientras hoy en las escuelas jurídicas se estima fundamental la cuestión sistemática, quedaba relegada al último lugar en los grandes movimientos jurídicos creadores: romano, intermedio y español.

Con la sistemática jurídica pasa algo similar que con la metodología del Derecho, mientras que la metodología nace a partir del siglo XIX, la sistemática sólo ha sido objeto de estudio en los últimos siglos y en especial a partir de la escuela histórica y del positivismo jurídico, claro, no interpretándose que los antiguos estudiosos del Derecho no sistematizasen o desconocieran los métodos.

Los estudiosos de la cultura y del orden legal romano han llegado a la conclusión de que no existieron grandes abstracciones dentro de su desarrollo, sin embargo, ordenaron su producción legal y crearon un sistema en Derecho Civil que nos ha llegado hasta nuestros días.

"Las escuelas de los glosadores y comentaristas fueron fundamentalmente exegéticas y no dieron gran consideración a las

ideas sistemáticas. Pero los postglosadores utilizan ya el método sistemático deductivo y especialmente la escuela francesa de los siglos XV y XVI."¹⁹

A principios del siglo XIX fue cuando se inicia la escuela histórica alemana, los métodos dogmáticos valoraron la consideración sistemática del Derecho se reduce a pura lógica jurídica que escala las cumbres del sistema a través del procedimiento inductivo-deductivo de la construcción de las instituciones. Desde entonces es difícil concebir al sistema jurídico sin separarlo de construcciones rígidas, producto de las citadas escuelas, las cuales constituyeron la jurisprudencia conceptualista.

Desde el punto de vista científico y didáctico, el sistema o la sistematización de los conceptos, hace más fácil y comprensible el estudio y asegura la visión total del objeto. Desde el punto de vista técnico o dogmático el sistema proporciona seguridad y facilidad a la aplicación del Derecho y además le da la flexibilidad necesaria para adaptarse a las necesidades de la vida social.

"La ordenación sistemática puramente legal o exegética que sigue un código civil artículo por artículo sobre el supuesto equivocado de que la ley es la única fuente de Derecho. Hay que considerarla no conveniente por muchas razones. En primer lugar, la ordenación de las leyes es, con mucha frecuencia defectuosa y

¹⁹.- Ibidem. p. 419.

*resulta anticuada: la vida jurídica -no regulada tan sólo por la ley- evoluciona y cambia el sentido de las normas y de las instituciones, aún permaneciendo intactos los textos legales. Sobre todo, el plan puramente legal deja siempre grandes vacíos, pues no permite recoger los principios fundamentales que dominan el Derecho Privado y cada una de sus instituciones."*²⁰

Para lograr una ordenación sistemática, se tiene que tomar en cuenta, además de los principios lógicos y filosóficos, lo que constituye su objeto y la finalidad que se pretende al ordenarlo. Por ello, en cada sistematización se aprecia una individualidad, es decir, el subjetivismo del que lo crea y un sistema de ordenación no resulta en todas las ocasiones aplicable para otro objeto de estudio u otro Derecho.

Dentro de la sistematización del Derecho Civil, se tomó como fundamento lo existente del Romano, de la escuela histórica y filosófica, buscando la adecuación a las necesidades de la sociedad, pero también han intervenido los nuevos conceptos relativo a si en verdad existe una división entre Derecho Privado y Público, si hay o no preponderancia entre uno y otro, elementos que promueven modificaciones entre los diversos sistemas de ordenación que dependen de la base que se tome como válida para iniciar el trabajo de sistematización.

"Tratar a fondo el sistema del Derecho Civil supondría adentrarnos en todos los problemas del ordenamiento científico de este sector del Derecho, en su unidad y en todas sus partes y

²⁰.- Ibidem. p. 423.

*desenvolvimientos. Un estudio completo de la ordenación sistemática del Derecho Civil requeriría así un análisis profundo del concepto de esa disciplina, que a su vez exigiría el planteamiento de la cuestión siempre ardua de la distinción entre el Derecho Público y el Privado y una indagación no menos espinosa del contenido del Derecho Civil con problemas básicos tan difíciles como la naturaleza del Derecho subjetivo y del deber jurídico y la obligación de los Derechos reales y los personales, la de la personalidad y sus Derechos, la del patrimonio, la de la sucesión mortis causa, la del Derecho de familia, por no citar más que los grandes y fundamentales instituciones que cobijan otros grupos normativos e institucionales más secundarios, pero que ofrecen no menos cuestiones sistemáticas."*²¹

De tal manera, encontramos en el desarrollo sistemático del Derecho Civil, el plan clásico o romano francés, éste es un ordenamiento concebido como el encadenamiento de instituciones de Derecho privado, con base en la ordenación del plan clásico de Gayo o romano francés, aquí la estructura se encuentra sostenida en tres objetos de conocimiento, que son, las personas, las cosas y las acciones, aquí encontramos que estos tres grandes apartados conllevan diferentes conceptos, como lo es, el de familia dentro del de personas o los principios de Derecho patrimonial dentro de las cosas, y los de Derechos de obligaciones dentro del de acciones.

Si bien es cierto el sistema de Gayo no fue el único existente en el Derecho Romano, ni tampoco el más antiguo si resultó uno de

²¹.- Ibidem. p. 426.

los más importantes, por lo práctico de su división y lo didáctico para la exposición del ius civile.

*"Se ha pretendido negar el valor histórico del sistema de Gayo en el Derecho Romano, aduciendo que este mismo jurisconsulto en otra obra suya de parecido género la Res quotidiane, adoptó una división diferente y que las instituciones de Florentino en donde debería esperarse encontrar el plan de Gayo, se ofrece también una clasificación distinta."*²²

No debemos olvidar que dentro de la cultura romana la base fundamental de todo su desenvolvimiento lo constituía el pater familias, por tanto es un núcleo indispensable en las instituciones existentes, si bien es cierto que al perder su fuerza y aparecer nuevas instituciones se necesitó modificar el sistema de clasificación, éste no cambió en forma sustancial, el ius civile mantuvo la fuerza y preeminencia del pater familias y añadió la fuerza del Estado.

De tal manera, podemos decir que la trilogía emitida por Gayo, en todos los sistemas en que se ha utilizado como es el Derecho Canónico, Mercantil, y Administrativo ha recibido alteraciones, las que han provocado los características distintivas de cada uno de los sistemas, por ejemplo, el Código Francés, en el momento de tomar como fundamento el sistema romano modificó la materia de las acciones por los modos de adquirir la propiedad.

"En pro del sistema romano francés, se alega su sencillez y

²².- Ibidem p. 429.

claridad, su tradición histórica, la correlación más o menos perfecta entre sus partes y los elementos de la relación jurídico civil puesto que si en ésta hay un sujeto, que es la persona (activa o pasivamente considerada) tendrá que haber también un conjunto de normas e instituciones que a ella se refieran y si la actividad de la persona se ejercita sobre las cosas, preciso es que haya normas que la regulen en relación con la naturaleza y condiciones de las cosas mismas . . . Pero en contra del mérito y valor intrínseco del plan romanofrancés, se aduce : 1.-Que la división tripartita no es completa, en cuanto no comprende todos los grupos que como instituciones autónomas se manifiestan en el desarrollo de la ciencia del Derecho Civil. 2.- Que la contraposición de tipo ingenuamente objetivo en que este plan aparece fundado resulta confusa y poco lógica. Así, si la clasificación se toma en el sentido de expresar los tres objetos del Derecho ofrece la incorrección de considerar a las personas como objeto del Derecho al mismo nivel que las cosas. . . 3.-Que el tratado de las personas agrupa instituciones de naturaleza diversas, cuales son la personalidad, la familia y las instituciones tutelares. 4.- Que no ofrece este plan criterio científico alguno para determinar la naturaleza de las obligaciones y el lugar que deben ocupar en el sistema, como lo demuestra el hecho de que unos las incluyen en las acciones y otros en las cosas. 5.- Que no se puede admitir el tercer miembro de la clasificación, relativo a las acciones, pues el Derecho Civil es sustantivo y las acciones son parte de un Derecho adjetivo que es el procesal. 6.- Que al carecer de una parte general imposibilita o dificulta la exposición de aquellas doctrinas que son comunes a varias instituciones, como la de los hechos jurídicos, limitándose cuanto más a recoger la de los modos de adquirir. 7.- Que desde el

*punto de vista didáctico establece un orden de materias que no va siempre de lo más simple a lo más complejo. Así las relaciones de familia que tienen un doble aspecto personal y patrimonial, se estudian antes que los Derechos de los bienes, las sucesiones antes que las obligaciones, etc."*²³

A partir de la época del renacimiento, existieron intentos de renovación de la sistemática del Derecho Civil Romano, ya que los glosadores y posglosadores que se sitúan dentro de la época de la Edad Media no tenían el menor interés en la sistemática, sólo se limitaban a comentar ley por ley lo ya existente, hasta la aparición de los humanistas se inició el proceso crítico de las instituciones de Justiniano.

De tal manera, existen nuevos sistemas de clasificación del sistema legal, fundamentados en la división del Derecho Sustantivo y el Adjetivo, del de las personas y el de los bienes, Privado y Público, los hubo también que trataron dentro de la rama del jusnaturalismo de hacer un todo entre Derecho y las obligaciones. De este ideal de innovación aparece uno de los principios esenciales del desarrollo del Derecho, la propuesta de Leibnitz, quien conceptúa el Derecho como justificación de las acciones humanas y centra el sistema sobre la cualidad moral matriz de la relación jurídica, lo que abrió la posibilidad de construir su ciencia.

"Las codificaciones civiles, a lo largo del siglo decimonono no logran dar un avance definitivo a la sistemática del Derecho

²³.- *Ibidem* p. 437.

privado; y ya pudimos ver que los códigos latinos más representativos, francés, italiano, español se atuvieron fundamentalmente a la clasificación de Gayo."²⁴

De tal manera, podemos citar por ejemplo, el plan moderno o alemán, lo que parece normal desde el momento en que es internacionalmente conocido como el país del filosofismo, también lo es de las sistematizaciones, producto de su natural genio formalista, con base en el sistema romano, aparece el sistema moderno alemán, producto de las abstracciones de los pandectistas, sobre los principios de la filosofía del Derecho, la sistemática de Kant, y los diversos sistemas de los jurisconsultos nacionales, con la distinción entre Derechos reales y de obligación, la independencia del Derecho de familia y el de sucesiones como derivado de la doctrina iusnaturalista del siglo XVIII.

Uno de los elementos más importantes dentro de la conformación del nuevo Derecho Civil fue Federico Carlos de Savigny, quien fundamentó desde un punto de vista racional y sobre todo lo divulgó con principios racionales y deductivos en la exposición de su sistema romano actual, parte él para la clasificación de las relaciones de Derecho del concepto de la relación, que no es otra cosa que no sea el dominio de la voluntad libre, que contempla las relaciones jurídicas producto de la voluntad libre del hombre y ofrecen a nuestra consideración esta voluntad que obra sobre la persona misma del individuo o sobre el mundo exterior. Si se toma en cuenta que la naturaleza social del hombre produce otro tipo de relaciones familiares que dan lugar al Derecho de familia,

²⁴.- Ibidem p. 447.

"encontrando como resultado tres objetos a los que les correspondientes esferas concéntricas en donde la voluntad puede ejercitar su acción: 1.-El yo, al cual pertenece el Derecho originario que existe fuera del dominio del Derecho positivo. 2.- El yo hecho más extenso por la familia, aquí el imperio de nuestra voluntad sólo entra en parte bajo el dominio del Derecho e donde forma el Derecho de la familia. 3.-El mundo exterior aquí la voluntad está exclusivamente regulada por el Derecho positivo en donde forma el Derecho de bienes que se subdivide en Derecho de las cosas y Derecho de las obligaciones."²⁵ Derivándose de este trabajo tres tipos esenciales de Derecho, el Derecho de familia, el Derecho de las cosas y el Derecho de obligaciones.

Resulta conveniente señalar que en este desarrollo, el Derecho de familia se relaciona con el Derecho de los bienes, que aparece a un lado del Derecho de familia puro, un Derecho de familia aplicado, lo que incluye el Derecho de sucesión como consecuencia de lo corto de la vida humana, y regula la suerte del patrimonio de una persona después de su muerte.

"Constituye el plan de Savigny un sistema de distribución de las materias del Derecho Civil, ventajoso desde el punto de vista práctico y didáctico, pues descansa sobre una graduación de las relaciones jurídicas más simples a las más complejas. Empieza con los Derechos reales que - en apariencia al menos - son la relación jurídica más sencilla, pues en ella no se destacaran más que un sujeto activo y una cosa sin ningún sujeto pasivo determinado en particular; sigue con los Derechos de obligación que presuponen

²⁵.- Ibidem p. 454.

siempre además del sujeto activo y el objeto, ese sujeto pasivo especial que se llama deudor, continúa con el Derecho de familia, que comprende situaciones complejas, en las que pueden ir mezcladas las dos relaciones jurídicas precedentes."²⁶

"Entre las variadísimas construcciones sistemáticas que nos salen al paso a través de la literatura posterior de Savigny pueden ser distinguidos, en primer lugar en tres grupos: el de aquellas que tienen carácter trasnacional entre el plan antiguo y el moderno o se derivan fundamentalmente de aquel, al margen de la influencia del sistema pandectístico; el de aquellas otras que, sin relación directa con el plan antiguo ni con el pandectístico moderno, quieren recoger su inspiración de las tradiciones germánicas, y el que toman por base el plan pandectístico o de Savigny, aún aportando a él determinadas innovaciones."²⁷

Cabe señalar que las construcciones de sistemas operan sobre un ordenamiento jurídico positivo, el cual muchas veces sobre todo en el Derecho moderno, ha sido ya objeto de una ordenación por el propio legislador, la ordenación que se adopta no es vinculativa, sino declarativa hasta el momento en que se adopta por el legislador y forma parte del orden lógico de los principios y da como consecuencia el ordenamiento didáctico de tratamiento de los conceptos y principios del Derecho en particular.

La base del Derecho Civil se encuentra en el título de los diversos capítulos que constituyen la infraestructura del Código correspondiente, y que tiene en cuenta que el concepto de persona

²⁶.- Ibidem. p. 459.

²⁷.- Ibidem p. 551.

es el más importante y en todos las ordenaciones sistemáticas es el primer capítulo de la exposición didáctica del ramo.

*"Un ordenamiento jurídico es un complejo de reglas y de principios jurídicos que, en determinado momento histórico, se aplica a la disciplina de un conjunto de relaciones jurídicas en un determinado pueblo. Y por consiguiente, puede tomarse como pauta fundamental para sus clasificaciones el elemento formal o el elemento material . Pero nos parece preferible utilizar a estos fines la idea de institución jurídica, que abraza ambos puntos de vista. Institución jurídica, en efecto, no es otra cosa que el complejo orgánico de las normas y de los principios que regulan una misma relación jurídica."*²⁸

Lo cierto es que, en este momento no es preocupación esencial del desarrollo del Derecho Civil su sistematización, sino la innovación de instituciones a efecto de que se modifiquen conceptos hasta ahora inmutables del propio Derecho, lo que como consecuencia traería en su momento la modificación de la didáctica del mismo.

1.3.2.- Ubicación del Derecho notarial en la sistematización del Derecho Civil.

En el punto anterior, se expuso en forma breve la sistematización del Derecho Civil a través de la historia, de tal manera se desprende que del ordenamiento creado dentro del desarrollo del Derecho Romano, no es posible encontrar un Derecho Notarial como tal, y mucho menos considerado como Derecho autónomo,

²⁸.- Ibidem p. 577.

ya que como se dijo, el Derecho Romano era un Derecho muy centrado en la personalidad del pater familias, máxima autoridad a nivel particular entre la sociedad romana, por tanto lo relativo a sucesiones modificación de patrimonio en vida o dación de fe de actos solemnes, se encontraban incorporados a los actos propios de la autoridad y de aquellos que podían disponer en el mundo jurídico de los Derechos que la propiedad podía brindar.

Por tanto, si tomamos en cuenta que este Derecho fue el que se encontró vigente durante muchos siglos hasta el final de la Edad Media, podemos afirmar que fue hasta la etapa del renacimiento cuando se consideró al Derecho derivado de las interacciones entre los particulares como parte importante y especial de la ciencia del Derecho, derivado del sistema de desarrollo social.

Si bien es cierto, que dentro del desarrollo del Derecho Notarial se citan en los antecedentes del mismo, a individuos incrustados dentro de los sistemas romano, egipcio, y otros contemporáneos, éstos reciben su calidad como artesanos y no como parte del sistema jurídico de su sociedad, en virtud de la función de escribanos o conocedores del arte del plasmado a nivel documento de los hechos sucedidos o dictados dentro de las funciones estatales; por tanto la afirmación vertida en el punto anterior no esta de ninguna manera en contradicción lo que por antecedentes del Derecho Notarial han manifestado los doctrinarios del mismo.

A partir de la diferenciación que se hace en la fase del renacimiento sobre Derecho público y privado, sobre Derecho familiar y sus derivados como lo son las sucesiones, se da la base

teórica del desarrollo del Derecho Notarial, aún y cuando no se le reconoció como Derecho autónomo hasta hace muy poco tiempo.

La aplicación de los principios defendidos en la exposición de la escuela alemana y filosófica del Derecho, en las que se toma en cuenta el desarrollo de la sociedad y las necesidades prácticas de su propia evolución, como una parte del engranaje que hace avanzar en la adecuación de las normas jurídicas en la creación de nuevas instituciones y sistematizaciones con fines didácticos de los principios rectores de la convivencia humana, a efecto de que el legislador lo plasme dentro del ordenamiento legal vigente en su ámbito territorial, resulta el impulso esencial para el desarrollo de la rama del Derecho que se constituye como base de nuestro trabajo de investigación.

De tal manera, fue en la escuela de Bolonia donde aparece integrado en el propio Derecho Civil, ese arte tan lejano que se asocia a la escritura compuesta de formalidades para que surta efectos legales dentro del ámbito del Derecho del Estado.

Una vez que se ha dado una calidad especial a los escribanos para que efectúen ciertas actividades especiales dentro del campo del Derecho en general, su actividad esencial es de auxiliares de las autoridades estatales y de consultores en materia civil y mercantil, se le ha dado importancia esencial en este punto al contrato como parte del rol fundamental de la convivencia del ser humano, que traspasa sus fronteras y que tiene como principal protagonista al comercio entre los pueblos.

Cabe señalar que como base esencial para la constitución de la

figura del notariado encontramos a Justiniano que otorga a los tabeliones o artistas de la escritura su función documentadora organizada, mientras que Rolandino le otorga en la escuela de Bolonia su relevancia y validez jurídica, aclarando que se encuentra comprendido dentro del marco del Derecho Civil.

La función social que hasta ahora ha desarrollado el Notario, tiene una importancia esencial en la existencia del Estado, si tomamos en cuenta lo que ha contribuido en el mantenimiento del orden social al otorgar seguridad jurídica a las actividades de los particulares, a fin de que el propio Estado tenga control del movimiento jurídico sucedido dentro de su jurisdicción.

1.4.- Los actos del Derecho Mercantil y sus obligaciones.

El acto jurídico es el instrumento ordinario a que recurren las personas para regir por si mismas sus intereses dentro de los límites de la ley, estos intereses pueden ser económicos o de cualquier índole.

Cuando no existe una real concordancia entre la voluntad interna y su declaración, es aquella la que tiene que prevalecer de acuerdo con el concepto esencial del acto o negocio jurídico y aun con las inconveniencias prácticas del comercio jurídico.

"El acto o negocio es asimismo, por definición, un acto lícito, o sea un acto objetivamente conforme al Derecho positivo, cuando entre sus elementos existe algo legalmente prohibido o contrario al orden público o a las buenas costumbres, esta ilicitud se comunica a todo el acto y éste en consecuencia carece

absolutamente de eficacia."²⁹

Se ha dicho que el Derecho Mercantil o comercial, es frente al derecho civil uno especial, porque del conjunto de relaciones privadas regula particularmente aquellas que constituyen la materia comercial.

"Existen dos sistemas para determinar los actos de comercio, el subjetivo y el objetivo, según el primero, será un acto mercantil, es decir, un acto de comercio, cuando lo ejecute un comerciante. La calidad mercantil del sujeto que los realiza otorga a los actos su carácter comercial. De acuerdo con el sistema objetivo, los actos son calificados de mercantiles en virtud de sus caracteres intrínsecos, cualquiera que sea el sujeto que los realice."³⁰

"Denomínase acto de comercio a la expresión de la voluntad humana susceptible de producir efectos jurídicos dentro del ámbito de la realidad reservada a la regulación de la legislación comercial."³¹

La teoría de los actos de la materia mercantil forma parte de la teoría de la delimitación del derecho, desde el medioevo ya se tenía la idea de que todos los actos que contuvieran principios especulativos se debían tener clasificados dentro del campo del

²⁹ - ORGAZ, ALFREDO. Enciclopedia Jurídica Omeba. Tomo II Editorial bibliográfica argentina. Buenos Aires, Argentina. 1980 p.384

³⁰ - DE PINA VARA, RAFAEL. Derecho Mercantil Mexicano, 18/a. Edición., Editorial Porrúa, México, D.F., 1985. p. 22.

³¹ - DE PINA VARA, RAFAEL. Diccionario de Derecho, Editorial Porrúa, México, D.F. 1995 p. 52.

derecho comercial, en 1807 el Código de Comercio Francés toma como punto de partida el acto especulativo de carácter objetivo, que coloca en un relieve particular la compraventa con fines de especulación, posteriormente, el Código de Comercio Alemán de 1897 aplica un sistema subjetivo para controlar la actividad de los comerciantes, sin tomar en cuenta la teoría de los actos de comercio, sino que toma como punto básico la persona del comerciante; también el nuevo Código Civil Italiano de 1942 reemplaza a las empresas comerciales y la teoría de los actos objetivos de comercio por un sistema subjetivo basado en la actividad comercial.

*"Los códigos aceptan la teoría de los actos de comercio, contienen en la mayor parte de los casos, una enumeración de los actos de comercio objetivos, a saber, aquellos considerados tales por el legislador, salvo casos excepcionales, independientemente de la calidad profesional de comerciante de quien los ejerce. Por el contrario, el ejercicio profesional de los mismos da dicha calidad, por lo menos, en el sentido de derecho comercial, cuyos conceptos no se identifican siempre con los desarrollados por el derecho fiscal."*³²

La expresión de acto de comercio, dentro de nuestro Derecho Mercantil, tiene el carácter de acto jurídico, de conformidad con el texto del artículo 75 del Código de Comercio vigente, el cual en veinticuatro fracciones nos otorga una amplia gama de actividad económica, la cual se exterioriza en hechos u operaciones, bajo el concepto de que la enumeración es ejemplificativa no limitativa,

³² - **GOLDSCHMIDT, ROBERTO**, Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo II Editorial bibliográfica argentina, Buenos Aires, Argentina. 1980 p. 361.

lo que da la posibilidad de aplicar en forma analógica este derecho a actividades que no se encuentren contempladas en la ley, de ahí se deriva que para nuestro ordenamiento legal se adopte un sistema mixto aunque predominantemente objetivo.

Lo anterior, sin perjuicio de que exista duda sobre la naturaleza del acto, se dilucide éste por arbitrio judicial, y en caso de que se declare la naturaleza mercantil, en caso de controversia, de conformidad con el texto del artículo 1050 del Código de Comercio, cuando conforme a las disposiciones mercantiles, para una de las partes que intervienen en un acto, éste tenga naturaleza comercial y para la otra tenga naturaleza civil la controversia que del mismo se derive se regirá conforme a las leyes mercantiles.

*"No resulta conveniente dificultar más la ya difícil delimitación entre la competencia civil y la comercial mediante la distinción introducida por la jurisprudencia entre los casos de responsabilidad contractual acerca de los cuales entiende la justicia comercial y los de responsabilidad extracontractual sometidos a la justicia civil, ya que en concreto podrán originarse serias dificultades para determinar el carácter contractual o extracontractual de la responsabilidad, se ha opuesto a la teoría de la comercialidad por conexión, en el sentido expuesto, la doctrina que no considera comercial la compra para vender si ésta constituye, únicamente el accesorio de una profesión civil."*³³

"Los regímenes legales con derecho privado diferenciado, como

³³.- Ibidem. p. 366.

*el de México, por mucho que reconozcan al Código Civil como fuente supletoria de las leyes mercantiles, tienen que admitir la existencia de una teoría general de las obligaciones mercantiles con características peculiares, al grado que algunas de sus manifestaciones no solo se apartan, sino que en ocasiones muestran tendencias opuestas a las del Derecho Civil."*³⁴

Conforme a nuestro sistema jurídico, son fuentes de las obligaciones mercantiles el contrato, la ley, la manifestación unilateral de voluntad, la responsabilidad objetiva, el enriquecimiento ilícito, la gestión de negocios ajenos y el acto ilícito, encontrándose sujetas, según sea el caso a modalidades de las obligaciones, a saber la condición, el plazo, la conjuntividad, la alternativa, la mancomunidad, la solidaridad y la indivisibilidad.

Por lo que respecta a la consensualidad mercantil, se hace necesario señalar que de conformidad con el Código de Comercio vigente en nuestro país, no se hace indispensable la formalidad documental, sin omitir el señalar que los comprobantes o facturas que por ellos se emiten, adquieren el carácter de elementos probatorios o en algunos casos simples documentos fiscales, sin que se constituyan en elementos esenciales de la contratación efectuada.

Por otro lado, si nos trasladamos al campo de la contratación entre ausentes, desde qué momento tenemos como manifestada la voluntad y aceptada la propuesta, desde el

³⁴.- **DÍAZ BRAVO, ARTURO**, Contratos Mercantiles, Colección textos jurídicos universitarios, Editorial Harla, México, D.F., 1983. p. 4.

momento en que ésta se da o desde el momento en que se puede hacer del conocimiento de los demás que ésta se dio en uno u otro sentido, a efecto de que dicha manifestación no se puede dudar, independientemente de que se tenga la necesidad de estudiar si en el momento en que ésta se dio, contaba con la capacidad suficiente para emitirla, de tal manera, nos damos cuenta que aún y cuando el principio de validez de los actos mercantiles se fundamenta en la consensualidad, en materia mercantil también nos encontramos sometidos a la probanza por medio de la prueba documental, entre otras.

- - - - -

CAPITULO SEGUNDO.

DERECHO NOTARIAL, CONCEPTOS Y NATURALEZA.

SUMARIO

2.1.- Conceptos básicos del Derecho Notarial. 2.1.1.- Concepto de Notario, Notariado y Derecho Notarial. 2.1.2.- Conceptos de fe, fe pública y fe pública notarial. 2.1.3.- Concepto de instrumento público. 2.1.4.- Concepto de función Notarial. 2.1.4.1.- Teorías que explican la función Notarial. 2.1.4.2.- Características de la función Notarial. 2.2.- Forma sui generis de prestación de un servicio por parte del Notario. 2.3.- El instrumento público como creación jurídica del Derecho Notarial mexicano. 2.4.- Características del Derecho Notarial mexicano.

2.1.- Conceptos básicos del Derecho Notarial.

Como preámbulo al análisis de los conceptos básicos del Derecho Notarial cito:

*"La formación del Derecho se explica por los procesos de sedimentación y desasimilación histórica o crecimiento para ramificación. El primero se da en las sociedades primitivas y consiste propiamente, en la acumulación de las leyes y de la costumbre jurídica en un solo cuerpo, sin tomarse en cuenta materia u objeto. Este fenómeno corresponde a las primeras fases o manifestaciones del Derecho"*³⁵

³⁵.- ADOLFO PARDO, RUFINO, Revista del Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala, Enero Junio 1991. No. 33 p. 165.

De esta manera, se ha dado un desarrollo dialéctico de la sociedad y su forma de resolver y regular las relaciones entre todos sus integrantes, que brinda cada vez más, con creaciones jurídicas, reglas de convivencia y seguridad jurídica, formas de solución de conflictos, dándose a través del tiempo diversas denominaciones a estas creaciones del intelecto humano, entre ellas las de Derecho y todas sus ramas como la Notarial.

El tema del Derecho Notarial y el de la función Notarial se ha tratado por diversos teóricos del Derecho, la mayoría de ellos se han centrado en el problema de dilucidar qué es lo que normalmente hace el Notario, en qué consiste realmente su actuación, para qué sirve y cuál es su relación con los otros poderes del Estado.

*"Cuando el hombre que ejerce el notariado no tiene amor por su profesión en vez de dignificar ésta, la envilece; y como en el pasado se han dado muchos casos de ineptos y de mercenarios de la profesión, se explican los retratos de los Notarios indignos mezquinos e ignorantes, presentados por maestros de la talla de Moliere, de Quevedo y de tantos otros, pero de un simple arte empírico que fue, el notariado se ha transformado en una ciencia que poseen y que viven profesionalmente juristas que dedican su vida y esfuerzos a superarse y a honrar esa profesión."*³⁶

El Derecho no es simplemente la formulación de un precepto, sino que implica necesariamente el enlazamiento de un hecho con la norma, que constituye un silogismo, ya que el hecho en sentido de

³⁶. - CARRAL Y DE TERESA, LUIS. Derecho Notarial y Derecho Registral Editorial Porrúa. Tercera edición. México, D.F., 1985.- p. 9

fenómeno natural o voluntario hace las veces de premisa menor; la norma de premisa mayor, y por su parte la aplicación de la norma o resultado jurídico hace las veces de conclusión; sin embargo, el Derecho Notarial, si bien se observa, se dirige hacia el supuesto de hechos previstos por la norma, ya que el Notario se encarga de autenticar hechos, sean simples o naturales o producto de una relación jurídica, cuando de lo que se da fe es de varios hechos que concurren a una finalidad que es la creación de un negocio jurídico, pero que por complejo que éste pueda ser constituye en sí un hecho, aunque sea un hecho calificado legalmente, pero que no por serlo deja de tener el carácter de supuesto de hecho previsto por la norma, para que el precepto contenido en ésta pueda tener aplicación .

*"La expresión adjetiva de Derecho Notarial, es la denominación de una disciplina jurídica con perfecta autonomía, con sus problemas, técnica y dinámica propias, que permiten con relativa exactitud su definición. Todo sin subestimar el carácter unitario, científico, orgánico, su terminología, así como la relación jurídico Notarial, que le es peculiar."*³⁷

Con el Derecho Notarial, el hecho se reviste de forma, se protege y se valora en el momento de producirse, por lo que es evidente que debe existir una rama del Derecho que enfoque desde un punto de vista peculiar todo lo que con el Notario y su actividad se relacione. De tal manera, podemos distinguir dos polos muy importantes de este Derecho, el de la organización Notarial y el de la función Notarial.

³⁷.- ADOLFO PARDO, RUFINO. Ob. Cit. p. 86.

De lo anteriormente expuesto se considera que la autonomía del Derecho Notarial conlleva el hecho de poseer una terminología, un sujeto y un objeto propios, que se traducen en una legislación específica que determina la forma de elaborar los documentos que le son propios, la calidad y valor de los mismos, así como los deberes y Derechos de los Notarios en el ejercicio de su función.

Sin embargo, y a pesar de su importancia, el Derecho Notarial es una de las disciplinas jurídicas, que mayor atraso en materia bibliográfica tiene y se puede considerar que realmente se desconoce en muchos ámbitos del campo jurídico, ya que lo que por regla general se llega a escribir sobre éste es en calidad de breves ensayos. Lo anterior es aplicable tanto en doctrina nacional como en doctrina extranjera, ya que comúnmente se aplican mayores esfuerzos en explicar y analizar actos y hechos que se ubican dentro del campo del Derecho Civil, sin otorgar especial atención al Derecho Notarial.

2.1.1.- Concepto de Notario, Notariado y Derecho Notarial.

"El Derecho Notarial comprende el estudio de las formas jurídicas y de la adecuación jurídica del contenido querido por las partes, y de su artífice, el Notario".³⁸

Así pues, es en este apartado donde vamos a dar a conocer diversos conceptos que se han dado alrededor de la figura del Notario con el señalamiento desde nuestro particular punto de

³⁸.- **MUSTAPICH, JOSÉ MARÍA**, Tratado Teórico Práctico de Derecho Notarial, Ediar Soc. Anon. Editores. Buenos Aires, Argentina. 1955 p. 16.

vista del más apegado a nuestra realidad, así como de la función que ejercitan y que recibe el nombre de actividad Notarial.

Legalmente se considera al Notario de la siguiente manera: "Notario es el licenciado en Derecho, investido de fe pública facultado para autenticar y dar forma en los términos de ley a los instrumentos en que se consignent los actos y hechos jurídicos".³⁹

Por su parte, la legislación vigente en varias entidades de la Federación, en esta materia señalan conceptos similares, por ejemplo: la Ley del Notariado del Estado de Veracruz, Llave, manifiesta; "Notario es el funcionario investido de fe pública autorizado para autenticar los actos y los hechos jurídicos a los que los interesados deban o quieran dar autenticidad conforme a las leyes".⁴⁰ Por su parte la legislación del Estado de Hidalgo en el decreto número 226 que contiene la ley del Notariado del Estado de Hidalgo, se señala : "Notario es un licenciado en Derecho investido de fe pública, autorizado mediante patente para autenticar los actos, hechos y circunstancias sobre los cuales da fe pública, así como para dar forma en los términos de la Ley a los instrumentos en que se consignent."⁴¹; y la Ley del Notariado para el Estado de Sonora señala: " el Notario es un funcionario público investido de fe pública para autenticar los actos y los hechos a los que los interesados deban o quieran dar autenticidad conforme a las leyes. "⁴²

³⁹.- LEY DEL NOTARIADO PARA EL D.F. Séptima Edición. Editorial Porrúa. México, D.F.. 1996 p.3.

⁴⁰.- LEY DEL NOTARIADO PARA EL ESTADO DE VERACRUZ, LLAVE. Compendio de Legislación Veracruzana. Tomo X, Editora de Gobierno. Xalapa, Veracruz México. 1995, p. 440.

⁴¹.- LEY DEL NOTARIADO PARA EL ESTADO DE HIDALGO. Periódico Oficial del Gobierno del Estado. Tomo CXXV, número 20, Pachuca de Soto, Hidalgo . 1992 p. 3.

⁴².- LEY DEL NOTARIADO PARA EL ESTADO DE SONORA. Editorial Porrúa. México, D.F. 1994. p. 3

*"El Notario tiene deberes jurídicos, Derechos y obligaciones que se consignan en el cuerpo legal correspondiente."*⁴³

Como podemos apreciar, las normas que rigen el desarrollo de la función Notarial tienen una similitud enorme en su concepción de lo que es un Notario, sin embargo, tienen su punto débil en la descripción de quién es como profesional el Notario, su naturaleza extrínseca, es decir, aquel conjunto de requisitos que tiene que cumplir todo aquel individuo que aspire a convertirse en un Notario, y que la doctrina nos ha dado a conocer y cuya concepción del individuo que cumple la función del Notariado es más completa.

Miguel Soberón Maneiro al referirse a los Notarios señala: *"El Notario es un magistrado, representante del poder público, obligado y capaz de recibir y dar forma a cuanta manifestación jurídica surja de la vida de relación contractual."*⁴⁴

Para demostrar lo aseverado en el párrafo inmediato anterior señalaré algunos preceptos de carácter doctrinal que nos van a dar la pauta a seguir en la conformación del concepto que reúna todos los elementos que constituyen a un Notario:

"Notario.- Antiguamente escribano, fedatario, posteriormente llevó este nombre en exclusiva el que actuaba en negocios eclesiásticos; en la actualidad es el funcionario público autorizado para dar fe de los testamentos, contratos y otros actos

⁴³ - ADOLFO PARDO, RUFINO, Ob Cit p 88.

⁴⁴ - M. JUSTO, ALBERTO, DICCIONARIO JURIDICO MEXICANO. Tomo III Editorial Porrúa. Cuarta edición. México, D.F., p. 2216.

extrajudiciales conforme a las leyes." ⁴⁵

Con el desarrollo histórico, es Mengual y Mengual quien en amplios términos da una concepción que abarca sus elementos esenciales: "Es el funcionario público que jerárquicamente organizado y obrando por delegación del poder del Estado y por lo mismo revestido de plena autoridad en el ejercicio de sus funciones, autentica las relaciones jurídicas normales creadas por la libre voluntad de las personas jurídicas dándoles carácter de verdad, de certeza y de permanencia, previo estudio, explicación y aplicación del Derecho positivo a cada uno de los actos jurídicos de carácter normal en los cuales interviene." ⁴⁶

Lo expuesto por los teóricos del Derecho de la Península Ibérica es que: "La ley del Notariado español en su artículo 1, define al Notario como el funcionario público autorizado para dar fe, conforme a las leyes de los contratos y demás actos extrajudiciales." ⁴⁷

Sin embargo, la concepción que más se acerca a nuestra realidad es la que expresa Gimenez Arnaud; "El Notario es un profesional del Derecho que ejerce una función pública, para robustecer con una presunción de verdad los actos en que interviene para colaborar en la formación correcta del negocio jurídico y para solemnizar y dar forma legal a los negocios jurídicos privados, cuya competencia sólo por razones históricas están sustraídos los

⁴⁵ - PALOMAR DE MIGUEL, JUAN, Diccionario para juristas, Mayo ediciones, México, D.F., 1981. p. 916.

⁴⁶ - MENGUAL Y MENGUAL, JOSE MARIA, Elementos de Derecho Notarial, Tomo II, volumen II. Librería Bosch, Barcelona España. 1932 p. 39.

⁴⁷ - SANAHUJA Y SOLER, JOSE MARIA, Tratado de Derecho Notarial, Tomo I, segunda edición, Bosch Casa editorial, Barcelona España. 1945 p. 243.

actos de la llamada jurisdicción voluntaria."⁴⁸

Aunada a la anterior, "el I Congreso Internacional del Notariado Latino celebrado en Buenos Aires Argentina en 1948, en una fórmula similar, decía 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 fe de su contenido. En su función está comprendida la autenticación de hechos."⁴⁹

Asimismo, en relación a la tarea del Notario el congreso ya citado en el Párrafo anterior señala: "Los cometidos o tarea del Notario son:

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

b) Tarea de redacción: redactando los instrumentos adecuados a tal fin.

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

d) Tarea de conservación: o custodia de los originales de los instrumentos .

⁴⁸- GIMENEZ ARNAUD, ENRIQUE, Introducción al Derecho Notarial. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid España. 1958. p. 13.

⁴⁹- BAÑUELOS SANCHEZ, FROYLAN, Derecho Notarial. (Interpretación, teoría, práctica y jurisprudencia). Cárdenas Editor y distribuidor. México, D.F., 1977 p.98.

e) Tarea de reproducción: expedir copias que den fe del contenido de los documentos."⁵⁰

Por su parte González Palomino decía que: "Los cuatro puntos cardinales del quehacer del Notario son:

- 1.- Redactar el instrumento público.
- 2.- Autorizar el instrumento público.
- 3.- Conservar el instrumento público; y
- 4.- Expedir copias del instrumento público."⁵¹

Respecto de conceptos, resulta aplicable el citar nuevamente al maestro Mengual y Mengual, quien define al Derecho Notarial en dos sentidos: en sentido positivo lo considera como un conjunto de normas jurídicas de carácter positivo que regulan el funcionamiento y organización de la institución Notarial en los distintos países, y en sentido doctrinal dice que es aquella rama científica del Derecho público que constituye un todo orgánico que sanciona en forma fehaciente las relaciones jurídicas voluntarias y extrajudiciales mediante la intervención de un funcionario que obra por delegación del poder público.

Por su parte el jurisconsulto Enrique Gimenez Arnaud, manifiesta en la referente a una definición de lo que considera

⁵⁰.- Ibidem. p. 98.

⁵¹.- GOMA SALCEDO, JOSE ENRIQUE.- DERECHO NOTARIAL. Editorial Dyxinson. Madrid España. 1992.
p. 53.

como Derecho Notarial, que es el conjunto de doctrinas o de normas jurídicas que regulan la organización de la función Notarial y la teoría formal del instrumento público.

La función del Notario, así como la del juez, tienen una importancia esencial en el desarrollo de la sociedad de nuestro tiempo, ya que tutela la aplicación y actuación de la ley con un estricto seguimiento al régimen jurídico para asegurar la paz pública, en una especie de regulación jurídica paralela a la judicial que otorga seguridad legal en los actos de los particulares con eficacia y eficiencia, al contener dentro de su actuación una personalidad multifacética en calidad de funcionario estatal, consejero y en algunas ocasiones hasta juez o árbitro voluntariamente elegido por las partes para la resolución de las controversias existentes. *"El Notario moderno es el heredero más directo del jurista romano. Su labor no es la del abogado, que interviene principalmente en el momento en que va a plantearse un litigio, sino la de un consejero de las familias y el modelador de los negocios jurídicos."*⁵²

Dentro de la corriente del Derecho Socialista cubano, Sergio Valiente Palacios, considera: *"El Derecho Notarial podemos definirlo como el conjunto de normas jurídicas que regulan la función Notarial y el de las partes, con vistas a la creación Formal y solemne de un instrumento público que adquiere fuerza legal en determinada relación"*⁵³, lo anterior significa una tradición de notariado latino dentro de la estructura jurídica

⁵².- CASTAN TOBEÑAS, JOSE.- Función Notarial y Elaboración notarial del Derecho. Instituto Editorial Reus. Madrid España 1946 p. 142.

⁵³.- VALIENTE PALACIOS, SERGIO.- Revista Jurídica. *La función notarial en Cuba*, Abril Junio 1987. No. 15 año V. La Habana. Cuba. p. 319 y 320.

cubana, señalándose como principios básicos de su ejercicio los principios de forma, de escritura, de inmediatez, de notoriedad, de unidad de actos, de matricidad y protocolo, de legalidad, de consentimiento, de representación y de fe pública o autenticidad y *"El Estado socialista reconoce la existencia del Notario como un funcionario público que realiza importantes funciones relacionadas con el cumplimiento de la legalidad socialista en la actividad extrajudicial de las personas naturales y jurídicas."*⁵⁴ De esta manera, dentro de su legislación positiva considera el Notario sólo como un encargado de elaborar instrumentos públicos, sino como un defensor de la legalidad socialista, es decir, un individuo cuya función es dirigir el desarrollo de la sociedad de acuerdo a los principios rectores emitidos por el partido comunista, por ello se exige para poder desempeñar tan importante función un conocimiento muy amplio de los principios marxistas-leninistas del Estado y del Derecho como mecanismo de regulación jurídica de la sociedad.

*"La intervención tan destacada que el Notario tiene en la modelación del negocio jurídico- en la construcción, se dice, de las relaciones jurídicas con validez interna y eficacia constitutiva - y el papel tan importante que el negocio jurídico desempeña en la dinámica de la creación del Derecho, podrían servir de base para reconocer la realidad de esa labor creadora."*⁵⁵

El Notariado como concepto jurídico general, por su parte, se debe considerar como aquella función de orden público que en primera instancia y originalmente se encuentra a cargo del Estado, y de acuerdo a diversas legislaciones, también se considera forma

⁵⁴ - *Ibidem.* p. 225.

⁵⁵ - CASTAN TOBEÑAS, JOSE.- Ob. Cit. p. 145.

parte del cúmulo de facultades y atribuciones del Ejecutivo de las Entidades Federativas, quien por delegación lo encomienda o deja en manos de profesionales del Derecho mediante una patente que para que ejerciten su función en forma delegada y previo cumplimiento de los requisitos que la propia ley le impone les expide en forma vitalicia.

Por su parte Froylán Bañuelos Sánchez, dice "Notariado es una institución en que el poder de la sociedad deposita la confianza pública para garantía de verdad, seguridad y perpetuidad de los contratos y actos de los ciudadanos." ⁵⁶

Atinadamente respecto del notariado el jurista Santiago Raúl Deimundo citado en la obra "Nuevos temas de Derecho Notarial" manifiesta: "responde a una realidad secular de honda raigambre en el pueblo. La sociedad le da vida como elemento proteccionista consistente en autenticar realidades mediante una función que le es propia e inherente: La Fe pública." ⁵⁷

Respecto a su ejercicio, éste se ha definido así: "Dicese de lo que está autorizado ante Notario o avalado con fe Notarial.- Carrera, profesión o ejercicio de la función Notarial" ⁵⁸

"El Notariado sucumbe tan sólo cuando se avasallan las libertades individuales y se eliminan o desvirtúa el Derecho de propiedad. Los hombres libres precisan del Notario para la mecánica

⁵⁶-BAÑUELOS SANCHEZ, FROYLAN, Ob. Cit. p.97.

⁵⁷- RUIBAL CORELLA, JUAN ANTONIO, Nuevos Temas de Derecho Notarial, Editorial Porrúa, México, D.F. 1995. p. 20.

⁵⁸- DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO QUILLET,.- Tomo Noveno, Editorial Cumbre S.A. Undécima edición, México, D.F., 1981 p. 170.

de sus relaciones jurídicas, como los enfermos del médico, como el puente del ingeniero."⁵⁹

"Derecho Notarial, es el conjunto de normas jurídicas de carácter positivo que regulan el funcionamiento y organización de la institución Notarial en los distintos países."⁶⁰

"Es pues, el Derecho Notarial una rama científica del Derecho público como luego veremos, es, además substantivo porque siendo eminentemente sancionador de Derechos y hasta originador de otros nuevos, regula con la intervención y autoridad del funcionario Notario, las relaciones jurídicas voluntariamente impuestas por los seres de Derecho."⁶¹

"Mediante el ejercicio del Derecho Notarial, el Notario fija la posición de las partes y distingue el consentir de lo consentido, o sea, el hecho y su resultado. La existencia y la validez del acto o del contrato, así como la unidad de tiempo y la unidad de consentimiento, conservan la intención y alcances del consentir y de lo consentido"⁶²

"El ilustre tratadista Fernández Casado, observa que 'la profesión Notarial es quizá, entre todas las sociales aquella cuyo ejercicio mayor moralidad demanda, si ha de responder al objeto de su establecimiento. Es en lo civil, lo que la cura de almas en lo espiritual; una fuerza directiva de las voluntades y de las

⁵⁹.- ALLENDE, IGNACIO M., La Institución Notarial y el Derecho, Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires, Argentina. 1969. p. 37.

⁶⁰.- BAÑUELOS SANCHEZ, FROYLAN, Ob. Cit. p. 79.

⁶¹.- Ibidem. p. 80.

⁶².- ADOLFO PARDO, RUFINO, Ob. Cit. p. 90.

conciencias, cuyo campo de acción no reconoce límites' "63

De esta manera analizados los conceptos que en el campo de la doctrina se han vertido, como una definición propia de lo que se debe considerar como Derecho Notarial podemos citar la siguiente:

El Derecho Notarial es el conjunto de normas jurídicas y doctrinas que regulan la organización de la función Notarial y la teoría formal del instrumento público, mediante su aplicación por parte de un profesional del Derecho investido de fe pública, el cual la obtiene por delegación del poder público.

Así en esta definición hacemos mención de la parte sustantiva y adjetiva que le da forma, la dualidad de la función Notarial, la cual regula al funcionario investido de fe pública y al documento elevado a público por efecto de esa misma fe.

De tal manera Froylán Bañuelos Sánchez, considera al Derecho Notarial dividido en dos ramas esenciales que guardan íntima relación entre si pero órbitas diferentes de acción, "Son estas dos esferas lo que nosotros llamamos Derecho Notarial Formal y Derecho Notarial Contractual. El primero afecta a la parte rituarial del Derecho, al formulismo que ha de emplearse al plasmar el Derecho estatal en la voluntad de las partes o en las necesidades y especialidades del servicio. El segundo, o sea el Notarial contractual, hace relación a los distintos negocios jurídicos que, representando un orden determinado del Derecho, han de ligar voluntades, dando lugar al acto o contrato de naturaleza

63.- CASTANTOBEÑAS, JOSE.- Ob. Cit. p. 164.

jurídica."⁶⁴

Como ya citamos, la definición del Notario se encuentra contenida en la ley, la cual determina la naturaleza o carácter del cargo de Notario, como el de funcionario público, pero funcionario público especial que ejerce una función compleja, por ser esta pública y privada a la vez, no jerarquizada, cuya actuación o trabajo no es fijado por la superioridad sino por los particulares y directamente retribuida por éstos.

De tal manera, podemos afirmar que el Derecho Notarial es un Derecho público, principalmente sustantivo aunque tiene ciertos elementos adjetivos de naturaleza positiva, generadora y autenticadora.

2.1.2.- Concepto de fe, fe pública y fe pública Notarial.

*"Fe es, por definición, "la creencia que se da a las cosas por la autoridad del que las dice o por la fama pública". Etimológicamente deriva de fides; indirectamente del griego (pheitheio), yo persuado."*⁶⁵

Ignacio M. Allende transcribe de la obra de Couture Concepto de la fe pública: *"Que el concepto que se tenga de la fe pública es el concepto que se tenga del Derecho Notarial. Esclarecer aquel es someter a examen y poner en cuestión esta importantísima rama del Derecho tan ligada a antiguas tradiciones y tan urgida hoy de*

⁶⁴.- BAÑUELOS SANCHEZ, FROYLAN, Ob. Cit. p.83.

⁶⁵.- Ibidem. p. 128.

*una autonomía que va conquistando por propio Derecho."*⁶⁶

Casi siempre cuando hablamos de fe, hacemos referencia a la acepción de simple creencia, en lo que no se ve, y esto siempre ligado a la cuestión religiosa, ya que el que tiene fe es el que ha recibido el don divino de considerar como ciertos los dogmas de carácter religioso. Así tenemos que *"Fe es la confianza, buen concepto que se tiene de una persona o cosa; creencia que se da a las cosas por la autoridad del que las dice o por la fama pública"*⁶⁷ y por su parte Froylán Bañuelos Sánchez, con respecto a este concepto, afirma: *"La fe puede entenderse en diversos sentidos, el que tiene fe, tiene una creencia, una convicción, una persuasión, una certeza, una seguridad, o una confianza, entre todas estas fórmulas - no carentes de matices diferenciales - hay una virtual sinonimia"*⁶⁸, por lo anterior podemos decir que fe en nuestro uso diario está íntimamente ligado con el dogmatismo religioso, del cual se han desprendido todas las acepciones que podemos encontrar sobre fe en nuestro entorno. Por su parte, la fe pública es aquella que el propio Estado le confiere a ciertos funcionarios a quienes la ley les otorga una calidad superior a la de los demás individuos a efecto de poder otorgar una agilidad y seguridad a las actividades y negocios entre los particulares.

La fe pública es aquella que proviene de afirmaciones hechas por el hombre, pero que tiene reconocimiento legal, por si mismo ante cualquier poder por haber sido emitidas por una autoridad pública.

⁶⁶ - ALLENDE, IGNACIO M., Ob. Cit p. 59

⁶⁷ - DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO QUILLET, - Tomo Quinto. p. 266.

⁶⁸ - BAÑUELOS SANCHEZ, FROYLAN, Ob. Cit p. 114.

"El concepto de fe pública se asocia a la función Notarial de manera más directa que a cualquier otra actividad humana. El escribano da fe de cuanto ha percibido *ex propii sensibus*; y el Derecho da fe a lo que el escribano asegura haber percibido. Esa fe es, además, pública. Lo es, en términos generales, en cuanto emana del escribano, porque éste desempeña una función pública; y lo es, además del público, por antonomasia."⁶⁹

"Jurídicamente, la fe pública supone la existencia de una verdad oficial, cuya creencia se impone en el sentido de que no se llega a ella por un proceso espontáneo - cuya resolución queda a nuestro libre albedrío - sino por virtud de un imperativo jurídico o coacción que nos obliga a tener por ciertos determinados hechos o acontecimientos, sin que podamos decidir autóctonamente sobre su objetiva verdad cada uno de los que formamos el ente social."⁷⁰

"Fe pública es la garantía que da el Estado de que determinados hechos son de varias clases: 1o. Las normas jurídicas o actos creadores del Derecho; 2o. Las resoluciones mediante las cuales el poder público somete un hecho determinado a la norma jurídica general; 3o. Los actos de ejecución del Derecho instituido en las normas o declarado en las resoluciones; y 4o. los hechos previstos en la norma jurídica general y de los cuales deriven Derechos, obligaciones y sanciones."⁷¹

"Puede definirse la fe pública como la función específica, de carácter público, cuya misión es robustecer con una presunción de

⁶⁹.- Ibidem. p. 124.

⁷⁰.- Ibidem. p. 114.

⁷¹.- Ibidem. p. 103.

verdad los hechos o actos sometidos a su amparo."⁷²

"Fe pública no es, pues, sinónimo de verdad. En el mejor de los casos, es sinónimo de verdad en la representación de determinados extremos (la manifestación de ciencia, el hecho de haberse otorgado, la fecha). Pero esa verdad sólo constituye representación de representaciones."⁷³

Por otra parte la fe pública para Couture es una calidad propia que la intervención Notarial acuerda a ciertos instrumentos, o sea, es la fe pública la calidad y autoridad de una atestación, textualmente manifiesta: "La fe pública es pues, la autenticidad del fondo, o sea, la conexión del hecho - esfera de la realidad - en su valor legal - normas de eficacia- a través del funcionario público competente; la verdad impuesta -fe pública autenticidad del fondo- tiene una correlación y encaje entre los conceptos legales "Hecho jurídico, fuente de Derechos, hechos que motivan su otorgamiento", en el campo de la prueba y "hecho auténtico"."⁷⁴

Por lo expuesto, podemos decir que en este apartado la idea de la fe pública como concepto jurídico se traduce en que todo documento que haya sido realizado por una autoridad de carácter público o persona investida por delegación expresa del Estado tiene valor por si mismo, ya que la legislación le da su valor de verdad transmitida al plano del papel o documento.

Como se estableció en el apartado anterior, según el origen de

⁷² - Ibidem. p. 115.

⁷³ - Ibidem. p. 135.

⁷⁴ - MUSTAPICH, JOSE MARIA. Ob. Cit. Tomo I. p. 139.

la autoridad, la fe es religiosa o humana, la religiosa es aquélla que proviene de la autoridad de Dios y que se ha revelado a los hombres, La humana es la que proviene de los mismos seres humanos; ahora bien, si la fe humana proviene de una autoridad privada, es decir, común, se llamará fe privada, éstos son los documentos que firman los particulares y que no tienen ningún valor por si mismos si no son reconocidos legalmente ante alguna autoridad. Si el documento por el contrario es producido o emitido por una autoridad pública estamos en presencia de un documento público y por lo tanto un documento que trae aparejado por ese simple hecho la fe pública. Pero para que exista ésta es necesario que el documento llene ciertos requisitos los cuales son :

1.- Una fase de evidencia, esto es que la persona pública que emite el acto, haya visto el hecho ajeno o en su caso narre el hecho propio.

2.- Una fase de objetivización, lo que se traduce en trasladar el acto o hecho presenciado o vivido a la dimensión papel o documento.

3.- Una fase de coetaneidad, que significa que los dos pasos anteriores se deben dar en una simultaneidad, porque si no es así, llegamos al grado de estar en la hipótesis de la falsedad por la fragilidad de la memoria de la persona que realiza el documento.

Por lo que respecta a la división de la fe pública, metodológicamente, se ha hecho una clasificación en dos aspectos:

1.- Tipos de fe pública, y

2.- Clases de fe pública .

En relación al primer apartado podemos mencionar que la división se da en fe pública originaria, constituida cuando el funcionario emite el documento cuando el hecho es captado directamente por sus sentidos; y fe pública derivada, que es aquella en la que el funcionario público no actúa sobre hechos sino sobre otros documentos.

Como continuación del segundo apartado, la teoría ha clasificado la fe pública en fe pública judicial, fe pública mercantil, fe pública registral y fe pública Notarial; la primera de ellas es la que proviene de los documentos de carácter judicial, ya que dentro de todo juzgado el secretario del mismo es la persona investida por parte del Estado de fe pública. La fe pública mercantil, es la que tienen los Corredores debidamente constituidos como tales en términos del artículo 51 del Código de Comercio hasta antes de la expedición de la Ley Federal de Correduría Pública, ordenamiento que expresamente les confiere el carácter de fedatarios públicos. La fe registral por su parte deviene directamente de la ley aplicable a la materia registral, la cual otorga ese carácter de funcionario investido de fe pública al encargado del registro público, quien da fe de diferentes hechos que dan seguridad jurídica a los particulares y por último la fe pública Notarial, misma que trataremos específicamente en párrafos posteriores.

"Hemos afirmado en otra oportunidad que si fuera posible para la certidumbre de los hechos y actos jurídicos la eliminación del

*Notario por medios capaces de suplantarlos, continuaría subsistiendo el Derecho formal auténtico o Derecho de la autenticidad, pero este Derecho tiene una íntima relación del concepto de fe pública. Una de las manifestaciones más relevantes es la de fe pública Notarial, por la imposición hasta ahora necesaria de un agente que tenga a su cargo el cumplimiento de las necesidades jurídicas y sociales, que traduce el instrumento público en consecuencia es una relación entre el concepto de fe pública, el Derecho Notarial y el Notariado, éste existe y determina relevantes consecuencias a través del teatro de sus actividades: El instrumento público."*⁷⁵

Así podemos comprobar que el Derecho Notarial como característica esencial tiene dentro de sí a la fe pública, ya que realmente esa es la finalidad que persigue el ejercicio del Notariado en nuestro medio, el investir de fe pública las actividades surgidas entre los particulares, esto es, los eventos de carácter extrajudicial, tal y como lo manifiesta el jurista Froylan Bañuelos Sánchez, "Esta misión de preparar y elaborar la prueba preconstituida es la que caracteriza la fe pública Notarial, por esa finalidad puede llegarse a formular su concepto: Función pública y técnica por cuya interposición los actos jurídicos privados y extrajudiciales que se someten a su amparo adquieren autenticidad legal, así la última diferencia que distingue la fe pública Notarial de su género (fe pública), está en que la Notarial se refiere a los actos privados exclusivamente extrajudiciales."⁷⁶ Por último y para redondear perfectamente este punto debemos manifestar que el testimonio del Notario es un testimonio rogado por la naturaleza de su función y que su actividad queda

⁷⁵ - Ibidem. p 136.

⁷⁶ - BAÑUELOS SANCHEZ, FROYLAN, Ob. Cit. p. 23.

circunscrita al instrumento público, que es la dimensión papel de su actividad y el cual contiene la fe pública en su elaboración.

Después de haber expuesto los conceptos fundamentales de la fe pública y sus características, nos queda hablar de la fe pública Notarial, aunque los caracteres básicos de ésta ya fueron expresados al hablar de la fe.

*"La fe pública, claro está, no nace de la generación espontánea, ella, como toda situación jurídica, exige, a más de la ley un comportamiento o un fenómeno apto para darle vida. Y así en nuestro caso, la fe pública nace del acto del Notario, en tanto al Notario ha concedido el legislador la potestad de imponerla."*⁷⁷

Aunque el fundamento de la fe pública se puede decir que es el mismo del Notariado, o sea, que busca un fin de seguridad en las transacciones, ciertas reflexiones a la vez que limitan el campo de la fe pública Notarial, nos dan idea de los campos de las otras clases de fe pública.

Así pues, para que la fe pública pueda captar el hecho preciso que el agente jurídico favorable, o sea, la concesión o reconocimiento de Derechos, y no cuando la consecuencia jurídica ha de ser una sanción en cuyo caso el autor del acto (ilícito), tendrá interés en evitar la existencia de toda prueba. Así queda acotado el campo de la fe pública Notarial :

⁷⁷.- ZINNY, MARIO ANTONIO.- El Acto Notarial (Dación de Fe). Ediciones De palma. Buenos Aires Argentina. 1990. p.136.

circunscrita al instrumento público, que es la dimensión papel de su actividad y el cual contiene la fe pública en su elaboración.

Después de haber expuesto los conceptos fundamentales de la fe pública y sus características, nos queda hablar de la fe pública Notarial, aunque los caracteres básicos de ésta ya fueron expresados al hablar de la fe.

*"La fe pública, claro está, no nace de la generación espontánea, ella, como toda situación jurídica, exige, a más de la ley un comportamiento o un fenómeno apto para darle vida. Y así en nuestro caso, la fe pública nace del acto del Notario, en tanto al Notario ha concedido el legislador la potestad de imponerla."*⁷⁷

Aunque el fundamento de la fe pública se puede decir que es el mismo del Notariado, o sea, que busca un fin de seguridad en las transacciones, ciertas reflexiones a la vez que limitan el campo de la fe pública Notarial, nos dan idea de los campos de las otras clases de fe pública.

Así pues, para que la fe pública pueda captar el hecho preciso que el agente jurídico favorable, o sea, la concesión o reconocimiento de Derechos, y no cuando la consecuencia jurídica ha de ser una sanción en cuyo caso el autor del acto (ilícito), tendrá interés en evitar la existencia de toda prueba. Así queda acotado el campo de la fe pública Notarial :

⁷⁷.- ZINNY, MARIO ANTONIO.- El Acto Notarial (Dación de Fe). Ediciones De palma. Buenos Aires Argentina. 1990. p.136.

1.- En principio no opera sobre el Derecho objetivo, sino sobre el hecho;

2.- Los hechos sobre los cuales opera son únicamente aquéllos que originan Derechos subjetivos y no los que engendran principalmente sanciones u obligaciones.

*"La misma exigencia de certidumbre y notoriedad que deben de tener los actos públicos relacionados con la actividad legislativa, administrativa o judicial, se impone cuando se trata de actos relativos a particulares."*⁷⁸

*"La fe pública Notarial podemos definirla diciendo: que es el asentimiento que con carácter de verdad y certeza prestamos a lo manifestado por el Notario dentro de la órbita de sus propias funciones."*⁷⁹

*"La fe Notarial satisface de una manera especialmente eficaz dicha necesidad, porque se halla a cargo de funcionarios técnicos que actúan en el instante en que el hecho se produce y pueden constituir en equivalente sensible que sea trasunto fiel del mismo, a diferencia de la prueba en general que trata de comprobar el hecho naturalmente una vez realizado, aprovechando huellas o elementos que ocasionalmente se tengan a la mano o aportados por personas cuya fidedignidad puede ser discutida."*⁸⁰

2.1.3.- Concepto de instrumento público.

⁷⁸- BAÑUELOS SANCHEZ, FROYLAN, Ob. Cit. p.119.

⁷⁹- Ibidem. p.110.

⁸⁰- Ibidem. p.105

El concepto de instrumento público como ya se señaló al hablar de la fe pública se constituye en un punto clave en el desarrollo de la función Notarial, "los efectos de la función Notarial se sintetizan y resumen en la producción del instrumento público (En un sentido Lato, la palabra instrumento {de instruo, es, ere, instruir} designa todo lo que sirve en juicio para la instrucción de una causa o conduce a la averiguación de la verdad, abarcando, por tanto, toda clase de documentos."⁸¹

"El instrumento público comprende las escrituras públicas, las actas y en general, todo documento que autorice el Notario, bien sea original, en copia o testimonio, los testimonios, legalizaciones y demás documentos Notariales que no reciban la denominación de escrituras públicas o actas tienen como delimitación, en orden al contenido de su reglamento correspondiente".⁸²

"Es instrumento público aquel documento autorizado por Notario con las solemnidades legales e incorporado al protocolo, así como las copias autorizadas expedidas por Notario de tales documentos"⁸³

"Decir instrumento público, es mencionar en sí dos elementos existenciales en su contenido: Fe pública y su valor jurídico substancial."⁸⁴

Los tratadistas del Derecho privado han determinado que el instrumento público tiene diferentes efectos y por tanto eficacia

⁸¹ - CASTAN TOBEÑAS, JOSE.- Ob. Cit. p.59

⁸² - GOMA SALCEDO, JOSE ENRIQUE.-Ob Cit. p. 47.

⁸³ - Ibidem.

⁸⁴ - BAÑUELOS SANCHEZ, FROYLAN, Ob. Cit. p. 1.

dentro del campo jurídico, con efectos sustantivos o civiles, probatorios y ejecutivos; es decir, efectos de prueba preconstituida con ejecución aparejada, y constitutivos de Derechos y obligaciones por parte de los que se obligan en un acto jurídico determinado.

El instrumento Notarial tiene fines esenciales o fundamentales y al lado de estos - y en definitiva, como consecuencia de ellos- fines accesorios o secundarios. Los primeros, a su juicio son tres, a) servir de medio de prueba; b) dar al negocio forma o solemnidad, "que será creadora en los negocios en que se exija como requisito esencial de existencia y creadora o confirmativa (cuando es potestativa de los otorgantes), según que sea simultánea a la definitiva declaración de voluntad o ésta se haya formulado ya (con carácter de negocio y no de acto preliminar o preparatorio) en forma no documental o privada", y c) dar eficacia legal al negocio. Esta eficacia se consigue, no solo por virtud de la concurrencia de los dos elementos anteriores, sino también por la presunción de validez que se deriva de la calificación Notarial."⁸⁵

En España, el Instrumento público, tiene una validez especial en virtud de constituirse como la forma legal del acto o negocio, ya que de acuerdo a la legislación civil de ese país, en ocasiones la forma Notarial resulta esencial para que se considere legalmente válido el acto en él considerado, como por ejemplo transmisión de bienes inmuebles, capitulaciones matrimoniales, etc., con sus diferentes variantes como en el caso de que sea la única para la

⁸⁵.- Ibidem. p. 61.

legalidad del acto, cuando es una de las posibilidades, cuando existe en forma concomitante, o se ha convenido expresamente por las partes que se constituirá como forma de seguridad jurídica para negocios posteriores entre ellos; otra de las situaciones que otorga validez es cuando la forma Notarial se hace esencial para que un acto produzca eficacia plena frente a terceros, dándose por último como una vía de exteriorización de actos entre particulares sin que añada por la forma obtenida efecto substantivo alguno especial o diferente a cualquiera otro que pudo haber creado de manera distinta, con el fundamento legal de la libertad de forma de los actos jurídicos.

*"La posición tradicional es la que destaca la eficacia probatoria del instrumento público, consagrada por el artículo 2118 del Código Civil (español), y ve en él- el instrumento público- una prueba preconstituida. A esta idea responde la frase "Notaria abierta, juzgado cerrado", que, considerando en el documento Notarial sobre todo la claridad y fijeza que aporta a la relación jurídica y su eficacia para disipar equívocos y discusiones, lo contrapone al pleito muchas veces originado por la ausencia de esta claridad y determinación."*⁸⁶

"En los casos anteriores, la forma Notarial puede ser estimada, sin duda como constitutiva, o cuando menos dispositiva (en cuanto de ella pueden depender los plenos efectos traslativos del acto). Mayor perplejidad pueden producir los últimos citados Sanahuja, empleando una terminología algo equívoca los conceptúa como de forma declarativa; más en realidad, también en ellos puede

⁸⁶ - GOMA SALCEDO, JOSE ENRIQUE.- Ob. Cit. p. 47.

*apreciarse en la generalidad de los casos el matiz constitutivo o dispositivo, puesto que es de tener en cuenta, de un lado, que la escritura da forma y con ello vida, el acto o negocio, que anteriormente, en virtud de otro título o documento no la tenía, y de otra parte, que aún y cuando existiera un acto o título anterior, no siempre la escritura pública, tiene virtud meramente confirmatoria."*⁸⁷

La doctrina jurídica ha determinado que realmente cuando existe un contrato o pacto entre particulares, éste se ha perfeccionado aún y cuando le falte la forma establecida por la ley, sin embargo, cuando estos contratantes acuden ante un fedatario público como lo es el Notario, realmente lo que hacen es una renovatio contractus, producto de una declaración hecha ante el Notario quien le da una forma específica a la voluntad de las partes y constituye un contrato perfecto con consecuencias y efectos totales .

*"Monasterio ve en él (instrumento público), el revestimiento o representación externa que adoptan los Derechos y que sirven, no sólo de prueba, sino de legitimación para el tráfico."*⁸⁸

El valor concedido al instrumento público ha sido desde muchos ángulos variado, desde el que considera que el instrumento público tiene validez plena sin aceptar prueba en contrario y los que consideran que tan sólo constituye una prueba iuris tantum, ya que acepta la posibilidad de la revisión judicial y la declaración de nulidad aún y cuando tengan el carácter de acto autenticado

⁸⁷.- BAÑUELOS SANCHEZ, FROYLAN, Ob. Cit p. 64.

⁸⁸.- GOMA SALCEDO, JOSE ENRIQUE.- Ob. Cit p.211.

*"Recogiendo el sentido del Derecho moderno, en orden al valor del instrumento público dice Doná que 'el acto público Notarial, en la teoría General del Derecho, y señaladamente en el Derecho italiano hace prueba plena. Esto quiere decir que la prueba de que se trata debe ser clasificada en el número de las pocas y supervivientes pruebas legales (acto público, juramento decisorio, confesión) sustraídas ope legis a la valoración libre del juez' "*⁸⁹

El hecho de que el Notario certifique que ha tenido ante sí el documento original o su copia certificada, a los interesados que han manifestado ante él su voluntad, o ha sido testigo presencial de los hechos que ha plasmado en el documento, le otorga una calidad de indubitable con fundamento en la fe pública de que el Estado ha investido al Notario en su actividad pública, lo anterior sin perjuicio de la declaración judicial que puede tachar de nulo el acto consignado.

Por otro lado, independientemente del valor que por sí mismo tiene el propio instrumento público, resulta conveniente señalar que éste tiene un valor diferente en cuanto a su contenido, ya que es un valor diferente el que se puede manejar existe entre las partes contratantes y la que se tiene frente a terceros, de acuerdo al tipo de negocio o asunto que se contiene dentro de la escritura o documento Notarial, ya que producirá efectos plenos hasta el momento en que se hagan las anotaciones respectivas en los registro públicos respectivos y no exista escritura o declaración judicial definitiva que modifique el contenido del instrumento público original base de las acciones existentes.

⁸⁹.- BAÑUELOS SANCHEZ, FROYLAN, Ob. Cit. p. 74.

De tal manera existe jurisprudencia firme de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el sentido de que: Escrituras públicas, ningún efecto producen contra tercero si no han sido debidamente registradas. Quinta época, tomo X p. 725; y , Escrituras públicas, requisitos de las disposiciones de la Ley Civil, acerca de que los instrumentos hacen prueba plena cuando están otorgados con arreglo a Derecho, no alude a los requisitos intrínsecos del contrato otorgado, sino únicamente a los formales de toda escritura pública. Quinta época. tomo XLIX p. 1248.

*"La distinción es, en todo caso, relativa: si un acta no puede ser una escritura, una escritura siempre tiene algo de acta. Dice Nuñez Lagos: No se lleve, sin embargo, la distinción entre escrituras y actas a un radicalismo absurdo. . . Acta y escritura, en el fondo esencial, son el mismo instrumento"*⁹⁰

Dentro de la validez del contenido del instrumento público es necesario señalar que las calificaciones Notariales no son sino presunciones iuris tantum respecto de la capacidad y de la identidad de las partes, ya que no es actualmente obligación en nuestro medio jurídico el conocer personalmente a los otorgantes de un negocio, sino tan sólo en la medida de lo necesario identificar y cerciorarse de la identidad de las partes, y dar fe de que a simple vista no se aprecia ninguna incapacidad natural al momento de comparecer ante su presencia, respecto del nombre del negocio que se celebra, ya que realmente aún y cuando el nombre no sea correcto si se señalan en forma correcta el contenido y las pretensiones de contratación de las partes y la de dar fe de haber

⁹⁰. - GOMA SALCEDO, JOSE ENRIQUE.- Ob. Cit. p. 49.

guardado estrictamente todas las obligaciones legales, éste tiene y produce todos sus efectos legales.

Como ya se señaló, la certificación de capacidad natural por parte del Notario de los otorgantes de un acto jurídico se fundamenta sobre bases de hecho, es decir, lo que a simple vista se puede apreciar, admitiéndose prueba respecto a la negación de dicha certificación, al constituirse tan sólo como un juicio de apreciación por parte del Notario en el momento de tener ante su presencia al contratante, lo cierto es que esta presunción manifestada en la calificación de capacidad del contratante, tiene una fuerza más grande que la normal, ya que la apreciación Notarial tiene un valor especial sobre cualquier otra apreciación .

*"La labor del Notario en esta etapa de identificación es de gran alcance y afecta en gran medida el futuro de las personas y los negocios que atañen al documento. Resulta necesario que haya cierta rigurosidad en cuanto a la identificación y capacidad de los otorgantes se refiere. De ahí, el requisito legal de la dación de fe."*⁹¹

"Nuñez Lagos (Hechos y Derechos en el documento público), va más allá, la teoría de la forma, en sentido tradicional, se queda corta para explicar la autenticidad del contenido de los documentos públicos. Deja hueco de fe pública al contenido, a lo que no es forma, sino que es materia. El documento público en la teoría de las formas se parece a la célebre definición del cañón: un agujero

⁹¹ - IRIZARRY RODRIGUEZ, JUDITH.- Comentarios sobre la dación de fe Notarial in re olmo. Revista jurídica de la Universidad de Puerto Rico. Vol. LIV. No. 4 San Juan de Puerto Rico. 1985 p. 853.

forrado de bronce."⁹²

Cuando se refiere al Notario el doctrinario Froylán Bañuelos Sánchez manifiesta: *"Su obra es el instrumento público, para ello el Estado le confirió la fe pública y a su nombre dirá que todo cuanto pasa en su presencia es cierto, es verdad, debe ser creíble. En la construcción del instrumento debe emplear su ciencia, su conciencia y su sentido de lo justo y la moral. Es hombre de Derecho antes que nada, por eso se le dice perito en Derecho. Y no sólo debe saberlo, sino que tiene que sentirlo."*⁹³

2.1.4.- Función Notarial.

*"El ejercicio de la función Notarial ha tenido un desenvolvimiento paralelo al progreso de los pueblos. En los primeros tiempos los actos o contratos fueron puramente verbales. En seguida se realizaron ante testigos y después de numerosas y sucesivas transformaciones, pasaron a celebrarse ante un funcionario que se denomina escribano o Notario, quien recibe la delegación del Estado para su misión de dar fe."*⁹⁴

En muchas ocasiones se ha manifestado que una estricta división de poderes, provoca la existencia de diversos órganos que en aplicación de sus funciones provocan una duplicidad de las mismas y que en ocasiones hasta se contraponen, cuando en realidad debería existir una coordinación, a fin de que lo que rija el funcionamiento del Estado sea una separación conceptual de las

⁹² - GOMA SALCEDO, JOSE ENRIQUE.- Ob. Cit. p. 48.

⁹³ - BAÑUELOS SANCHEZ, FROYLAN, Ob. Cit. p. 99.

⁹⁴ - DIAZ MIERES, LUIS.- Derecho Notarial Chileno, Editorial jurídica de Chile. Santiago de Chile. 1965 p. 11.

funciones del Estado.

Dentro de las posiciones doctrinarias relativas a la función Notarial, se pueden citar como importantes: las que consideran a la función Notarial como dentro de la esfera del poder ejecutivo o de la administración del Estado, la inclusión de la actividad Notarial dentro de la función jurisdiccional y una consideración autónoma dentro de la actividad del Estado moderno, que alcanza una mayor preeminencia e importancia dentro del poder de legitimación del propio Estado.

*"Por ejemplo, Lavandera, ha defendido con gran insistencia que la actuación Notarial es función de justicia o función jurisdiccional, pues lleva consigo la facultad de aplicar las leyes, de administrar la justicia en los negocios civiles, con una especie de jurisdicción prorrogada, por conformidad de las partes, para la declaración de Derecho Verdadero y justo."*⁹⁵

Sin embargo, también se han dado diferencias esenciales entre lo que se constituye como función jurisdiccional y función Notarial entre estas podemos citar: los casos o supuestos de intervención de uno y otro son muy diferentes aún y cuando las actividades de ambos se constituyen en positivas y de conformidad a la voluntad de las partes, uno, el notario, actúa en forma preventiva, mientras que el juez actúa en forma reintegradora, en virtud de que en el primer caso existe comunidad de intereses y en el caso jurisdiccional existen intereses contrapuestos.

⁹⁵.- Ibidem. p. 20.

"A todo ello hay que añadir los distintos efectos que las respectivas intervenciones producen. La sentencia, o sea el acto jurisdiccional por excelencia, lleva en sí plenamente la autoridad de cosa juzgada. El acta Notarial no produce por sí la cosa juzgada en su más propio sentido y sólo lleva consigo una presunción iuris tantum de legitimidad y autenticidad." ⁹⁶

"Es forzoso en el ejercicio de la función Notarial : a) Fijar los hechos que interese recoger y consagrar en el documento; b) determinar la norma jurídica que le sea aplicable y, c) plegar, en definitiva, aquellos a éste, enlazando debidamente armonizados, los deseos y voluntad de los requirentes con las disposiciones de la ley." ⁹⁷

De tal manera, en esta función especial se aprecian dos actividades esenciales que podemos señalar como juicios de Derecho y juicios de hecho, es decir, la quaestio iuris y la quaestio facti, es decir, la adecuación que realiza el notario entre el hecho y el Derecho aplicable en su formulación instrumental que provoca la creación de un documento jurídicamente perfecto con carácter de público y en primera instancia indubitable respecto de su contenido.

Para poder llevar a cabo la función Notarial, el Notario tiene la obligación de entrar al estudio y análisis de los hechos que se le presentan, es decir, de los elementos de orden subjetivo, los elementos de orden físico o material, elementos de orden económico-social, elementos de orden psicológico y que se constituyen como

⁹⁶- Ibidem. p. 24.

⁹⁷- Ibidem. p. 95.

antecedentes de la relación jurídica existente que toma como base esencial de dicha actividad la voluntad de la partes que hace la concordancia lógico jurídica de los hechos anteriores, la voluntad manifestada y su actividad técnica en la conformación de un documento jurídicamente perfecto y con consecuencias generales en todos los aspectos.

*"El Notario no puede limitarse, pasivamente, a recoger las manifestaciones o minutas de los comparecientes, pues se ha de esforzar, por todos los medios posibles en asegurarse de que hay espontaneidad y no media especie alguna de inadvertencia o error en la voluntad que aquellos exterioricen."*⁹⁸

*"Finalmente la conclusión del juicio jurídico está representada también por las formalidades complementarias de la escritura, contenidos en el llamado otorgamiento y en la autorización, partes éstas cuyo respectivo concepto y delimitación ha suscitado contradictorias opiniones."*⁹⁹

Así pues, ha quedado establecido que la función Notarial es una función de orden público, ya que es imposible el no tomar en cuenta la actividad tan especial que llevan a cabo los Notarios, pues la función del Notariado reside originariamente en el Estado y por delegación mediante patente a los profesionales del Derecho llamados Notarios.

José González Palomino, en su obra *Instituciones de Derecho Notarial*, nos dice que el Notario español actual, se puede definir

⁹⁸.- Ibidem. p. 100.

⁹⁹.- Ibidem. p. 104.

como un funcionario público letrado, encargado de redactar, autorizar, conservar y expedir copias de los instrumentos públicos, o es el órgano de la función Notarial, y por tanto el funcionario público letrado encargado de dar forma a las relaciones y negocios jurídicos de interés privado o a alguno de sus elementos. Con la aclaración de que no se trata de un funcionario público en el sentido de funcionario del Estado, sino un particular que ejerce funciones públicas, sin perder su carácter de particular, sin que sea el caso de que el notario en ocasiones ejerza como funcionario público y en otras como profesional del Derecho, sino que ambos caracteres se encuentran involucrados en el Notariado y determinan un complejo orgánico y funcional que no permite incluirlo nítidamente y sin reservas dentro del campo, del Derecho público, ni del Derecho privado.

El mismo autor señala que al dar el concepto de funcionario público aparece esencialmente el principio de burocratismo, sueldo, disciplina, autoridad, mecanicismo, representación, carácter de órgano, etc., pero ésto es característico de los empleados del Estado, el Notario no tiene los límites señalados, ya que se trata de un funcionario público del Estado, dependiente de la administración del Estado, con un estatuto especial, de corporación y de función que actúa sin ser un órgano del Estado, bajo su propia responsabilidad, al servicio y requerimiento de los particulares, que sufragan el servicio que les presta, independiente de toda jerarquía en el desempeño de sus actividades, sometida a sus leyes y reglamentos, pero con una radicación territorial, con un archivo que es del Estado, y por tanto la Notaria se constituye en una oficina pública.

Por su parte José Enrique Gomá Salcedo, cita "Como Funcionario el Notario presenta unas características particulares :

La función pública se presenta inescindiblemente unida a otra de naturaleza profesional: la actividad como jurista.

Aunque incardinado en la organización Notarial, cada Notario es de por si independiente; sus decisiones en el ámbito del instrumento público - salvo la denegación de prestación de funciones- no son susceptibles de recurso.

Actúa en régimen de libre competencia; salvo excepciones, las partes pueden acudir a cualquier Notario.

No está remunerado con cargo al presupuesto del Estado sino mediante arancel."¹⁰⁰

El contenido de su función es dar fe conforme a las leyes, es decir, hacer el hecho creíble para todos los demás el que el documento ha sido celebrado conforme a las disposiciones aplicables al caso concreto y en los términos que narra, por tanto, el Notario es el profesional del Derecho a quien el poder público confía como función específica imponer la credibilidad en su narración de hechos que refleja en los documentos que autoriza y da forma pública con la finalidad de destacar esa dualidad que lo caracteriza, el de profesional del Derecho y funcionario público, así como el de su actuación, el de imposición de fe y dación de forma.

¹⁰⁰.- GOMA SALCEDO, JOSE ENRIQUE.- Ob. Cit. p. 13.

La evolución de la función Notarial se ha dado como un resultado de la propia evolución de la sociedad, y con fundamento en la producción de su actividad, el instrumento público; lo anterior en el sentido que originalmente los encargados de realizar la escritura de los documentos denominados escribanos fueron los encargados de llevar un control respecto de los documentos en que intervenían sin embargo, dicha función no iba más allá; posteriormente, estos escribanos modificaron su actuación hasta el punto de intervenir en la redacción de los documentos que elaboraban que evolucionó hasta el momento en que son investidos de fe pública para poder autenticar los hechos por ellos narrados haciéndolos indubitables ante los demás, asesorándolos para la correcta elaboración y producción de consecuencias de Derecho de sus actos jurídicos; la posición tradicional resulta ser ésta, el documento Notarial procede a dar claridad y fijeza a las relaciones jurídicas y su eficacia física, muchas discusiones acerca de esta situación se dieron, conformándose después en la forma de los negocios jurídicos, que obtiene de esta manera su valor al unir los dos momentos de la actuación en uno sólo, ya que se pueden apreciar el momento de la audiencia o acto y el puramente instrumental o el de la dimensión papel; esta es la función que actualmente desempeñan los notarios de acuerdo a las leyes vigentes en la actualidad.

Por lo anterior, la función Notarial podemos llegar a afirmar que se convierte en una forma de prevención jurídica por parte de la sociedad para poder otorgar veracidad jurídica entre los actos de los particulares, y sus elementos esenciales son: que se trata esencialmente de autenticación de hechos, extendiéndose a la legalidad de las relaciones jurídicas, al configurar las relaciones

entre los particulares.

De esta manera, como características esenciales y distintivas de la función Notarial podemos citar las siguientes :

"La función autenticadora y legitimadora Notarial recae sobre los actos o negocios y las hechos jurídicos (humanos o naturales).

Fundamentalmente, la autenticación y legitimación Notarial se refiere o aplica a los actos que se realizan en la esfera de las relaciones del Derecho privado (o sea, aquellas en las que prepondera el interés particular y se dan entre los particulares entre si o entre ellos y las entidades públicas cuando éstas actúan, no como entes de soberanía, sino como cualquier otra persona jurídica, es decir, con carácter particular)"¹⁰¹

De tal manera, resulta como colofón a este apartado el señalar que... la función Notarial o Derecho Notarial no se aplica directamente sobre el Derecho objetivo, sino que actúa sobre los hechos que producen las consecuencias de Derecho, es decir aquellos hechos que implican una presunción de Derechos subjetivos a favor de los otorgantes de un acto.

2.1.4.1.- Teorías que explican la función Notarial.

Dentro de las teorías que explican o tratan de explicar qué es o en qué consiste la función Notarial, podemos citar las siguientes :

¹⁰¹. - CASTAN TOBEÑAS, JOSE.- Ob. Cit. p. 43.

1.- La fe pública.

2.- Teoría instrumentalista.

Las anteriores teorías se explican de la siguiente manera:

La teoría de la fe pública, es la más antigua y clásica que se ha sostenido sobre la función Notarial, "Sostenida unánimemente por los autores clásicos, desde Gregorio López, en su comentario a las Partidas, hasta en tiempos relativamente recientes, por Fernández Casado y Torres Aguilar"¹⁰² bajo el entendido que la función del Notario es la de dar fe de ciertos actos, con la integración así de una prueba preconstituida, esta doctrina se explica perfectamente cuando se trata de autorización de actas, pero se revela insuficiente cuando se enfrenta a la escritura pública, cuyo valor y efectos es incapaz de fundamentar, toda vez que aún y cuando y de la ley se desprende que la actividad del Notario es dar fe de actos y hechos, lo ciertos es que en realidad la fe pública no es propia del notario, sino que es el Estado por conducto del ordenamiento jurídico que le otorga la referida fe al instrumento elaborado por el Notario, no a la persona en si.

Por su parte, la teoría instrumentalista es en comparación con la anterior, la más nueva, y busca la justificación de su función en el objeto que produce, es decir, en el instrumento público, por ello se afirma que toda la actividad del notario gira realmente sobre el instrumento público o expresión de los hechos en el ámbito de papel o documento. Actualmente es esta teoría la que tiene mayor

¹⁰².- GOMA SALCEDO, JOSE ENRIQUE, Ob. Cit. p. 9.

difusión, sin embargo, existen las críticas que señalan que es muy difícil poder circunscribir únicamente al campo del instrumento público al Derecho Notarial y a la actividad del Notario. Actualmente es la más aceptada en los países de Notariado latino.

Resulta conveniente en este momento el señalar como recordatorio del punto específico sobre esto, que el término de fe se empleó en primera instancia para designar exclusivamente materia religiosa sin embargo, la fe puede tener diversas acepciones, ya que se puede entender como certeza, creencia, persuasión, seguridad o confianza.

2.1.4.2.- Características de la función Notarial.-

*"La función Notarial se concreta o resume en la autorización del instrumento público, pero con esta afirmación no damos idea de su contenido y complejidad, porque tal autorización es el punto culminante de la función y que sólo desemboca tras un proceso o serie de actos y que exige una actividad funcional complementaria."*¹⁰³

De esta manera, la función del Notario consiste en recibir o indagar la voluntad de las partes, informarlos, es decir, asesorar como técnico a las mismas y con ello dar forma jurídica a su voluntad; redactar el escrito que ha de convertirse en instrumento público, dando cauce jurídico a aquella voluntad y narrando los hechos vistos y oídos por el Notario o percibidos por sus otros sentidos; autorizar el instrumento público con el que se da forma

¹⁰³.- AVILA ALVAREZ, PEDRO, Ob. Cit p. 237.

pública al negocio o se hacen creíbles los hechos narrados, y conservar el instrumento autorizado, a fin de que posteriormente cualquiera que sea el tiempo transcurrido pueda conocerse su contenido, para su efectividad y para poder expedir copias del mismo.

Entre sus características esenciales podemos citar las siguientes:

1.- Se inicia y sigue a instancia de parte, es decir, cuando los particulares de acuerdo a sus necesidades solicitan la intervención del mismo por ser indispensable para sus intereses.

2.- Se actúa intervolentes, es decir, entre partes con intereses coincidentes o conciliables .

3.- Se ejerce al servicio de intereses privados, pero no en contra del interés público, al que sirve en forma indirecta en la contribución a la obtención de la paz jurídica de la sociedad.

4.- Es técnica o técnica jurídica como contrapuesta a administrativa, por ser en ella necesaria la interpretación de la voluntad de las partes y la aplicación e interpretación de la ley al acto concreto y real.

5.- Es cautelar o preventivo, ya que su finalidad es prevenir se produzcan en forma defectuosa o que no se produzcan los efectos de Derecho querido por los particulares.

De esta manera, la función Notarial esta destinada a dotar de

documentación especial, pública, privilegiada en el sentido antes dicho a los actos contratos y negocios jurídicos .

Es cierto que existen otros tipos de funcionarios encargados de actividades públicas, que autorizan, dan forma especial pública a alguna clase de negocios jurídicos, pero ésto no es suficiente para la seguridad jurídica, es preciso que todos los negocios, de cualquier clase que sean, puedan acogerse a la forma pública, puedan disfrutar de las ventajas que la intervención del funcionario público reporta, de esta manera, dicha seguridad sólo puede conseguirse de dos maneras: con la ampliación de las actividades de los funcionarios públicos ya existentes o con la creación un nuevo órgano cuya función exclusiva sea precisamente intervenir en cualquier tipo de negocio jurídico, dándole con su sola intervención forma pública, este órgano es el notario, cuya función es, sencillamente, documentadora, creadora de formas públicas, calificación que puede ser aplicable a nuestra realidad jurídica.

Dentro de estas actividades administrativas podemos señalar: la de la actividad administrativa en uso de sinónimo de actividad de servicio público sin poder llegar a calificar los actos que efectúa el Notario como actos administrativos, sino aquellos que llevan a cabo los empleados del Estado en actividades propias de su función y debidamente consideradas como atribuciones de su propia naturaleza como tales; las actividades de la administración pública de intereses privados, que es la que se coloca a la par de la actividad de jurisdicción voluntaria que llevan a cabo los órganos jurisdiccionales, que si bien es cierto es una actividad administrativa se lleva a cabo por una autoridad diferente.

De tal manera, podemos llegar a afirmar que existe un estado intermedio entre lo que es la función administrativa, la función jurisdiccional y la pública, que se constituye en la función Notarial, como una actividad neutral específica y diferente a las demás ya nombradas, es decir una función sui generis que otorga una calidad de cierto al hecho allí consignado y con un poder legitimador de seguridad jurídica al imponerse frente a terceros como una prueba preconstituida al estar conformada con la fe pública.

Para nuestro punto de vista, el decir que la actividad del Notario se limita a su actuación dentro del campo jurídico circunscribiéndolo al documento, sin hacer una distinción sobre los tipos de documentos en los que puede intervenir como son las escrituras o las actas, resulta una falla muy grande, sin embargo, no resulta la finalidad esencial de este trabajo el llegar a una explicación detallada de esta situación, nos limitaremos a dejar bien claro que no únicamente existe actividad Notarial cuando hay la producción de un documento, ya que también se puede dar la certificación de la existencia del mismo o de la autenticidad de las firmas que en él aparecen, sin que exista producción alguna en forma documental y sí produce efectos de Derecho entre los particulares y frente a los terceros.

Sin lugar a dudas, el desarrollo del Derecho en general se ha dado a grandes pasos y en ocasiones a pesar de lo ininterrumpido de su actividad, la función Notarial se ha visto desubicada por la inercia y velocidad de los cambios sociales, lo que provoca un trabajo extraordinario de adecuación indispensable para la eficacia de la función que se estudia.

2.2.- Forma sui generis de prestación de un servicio por parte del Notario.

En la actualidad ha sido superada la discusión planteada respecto si el Notario es o no un funcionario público, a pesar de ello, conviene hacer un repaso sobre los elementos jurídicos que dieron pie a esta controversia.

La mayoría de los Notarialistas coinciden en que el Notario no puede ser considerado como un funcionario público por los siguiente aspectos:

1.- No forma parte de la organización de la administración estatal.

2.- No percibe salario del Estado.

3.- No existe contrato de trabajo o relación jurídica de dirección y de dependencia.

4.- El Estado no responde por los actos de él.

5.- Su admisión no es por nombramiento gracioso, sino por examen de oposición.

6.- Su cargo normalmente es vitalicio.

De lo anterior se desprende que en el Notariado descansan prerrogativas del Estado en sus funciones de orden público, al

facultar al mismo, el ejercicio de la fe pública en los actos realizados por éste.

Sin embargo, a pesar de lo ya señalado, bajo el principio de legalidad, aún y cuando podemos tomar como válidos los enunciados expuestos, también lo es que si la ley señala que se considera Notario, al funcionario público que el Estado delega fe pública para que lleve a cabo tales o cuales funciones, no cabe duda alguna que estamos ante un funcionario público, ya que su naturaleza deviene de la propia ley que lo constituye como tal.

Cabe hacer el señalamiento que si bien es cierto el Notario Público no forma parte de la administración del Estado, en todos los casos y sin importar la naturaleza que la propia ley le otorga, el poder ejecutivo, ya sea federal o estatal siempre ejerce un poder de supervisión, vigilancia y disciplina sobre la actividad del mismo, por ello se denomina en este trabajo por mi parte a la actividad que desarrollan la prestación de un servicio público de característica sui generis por parte de estos individuos.

Lo anterior da pie a señalar que el Estado se ha visto en la necesidad de reconceptualizar su participación en la vida social del hombre, toda vez que factores como la explosión demográfica y la crisis económica, han obstruido en gran medida la realización de los fines comunes del mismo, razón por la cual, el reclamo social ha exigido una nueva participación estatal que conlleve a la mejor prestación de los servicios públicos, entre los que podemos situar al servicio público Notarial, de tal manera, se dio la necesidad social de crear formas especiales de prestación de los mismos y forma especial de prestación, por ello la prestación del

servicio sui generis de los Notarios hacia la sociedad es por medio de patentes que expide a su favor en forma vitalicia el propio Estado.

2.3.- El instrumento público como creación jurídica del Derecho Notarial mexicano.

Los instrumentos públicos son aquellos documentos autorizados que se han llevado a cabo con las solemnidades legales establecidas, ya sea que se deban llevar a cabo por un funcionario de la administración pública o en su caso por parte de individuos que en su propia naturaleza se establecen como delegados de la fe pública estatal, ya sea judicial, Notarial, registral o mercantil.

En este caso, debemos considerar que por la naturaleza del tema tratado el instrumento publico al que nos referimos es aquel que esta elaborado de conformidad con los principios legales señalados en la Ley del Notariado vigente y son redactados por Notario competente, a fin de que surtan efectos legales plenos ante terceros.

Además de los requisitos anteriores, en debido seguimiento a lo señalado en nuestra legislación Notarial, el instrumento público se debe otorgar por iniciativa de parte y debe quedar debidamente asentado en el protocolo respectivo, ya sea en protocolo cerrado, abierto o especial, de conformidad con las distintas legislaciones y variedades de otorgamiento existentes.

Los instrumentos públicos se han clasificado en dos clases esenciales, las escrituras y las actas, de tal manera podemos señalar que nuestra legislación Notarial nacional comprende la reglamentación y definición de ambas, sin que en realidad exista diferencia en los requisitos que deben contener, sino en el tipo de intervención que el propio Notario tiene en la integración de ellas, ya que en una se asientan las declaraciones de voluntad que producen efectos jurídicos y en las segundas se hace la narración de los hechos jurídicos que son del conocimiento del propio Notario.

En la escritura podemos afirmar que nacen en una forma simultánea el contenido, el continente, el acto y el instrumento, mientras que en el acta no hay esa simultaneidad, existe una continuidad entre el hecho, y su recepción, ya que por necesidad lógica resulta necesario que éste ya exista para que se pueda llevar a cabo la apreciación por medio de los sentidos.

Dentro de los requisitos del instrumento público, podemos señalar aquellos que se refieren a su nacimiento dentro del campo jurídico y que se catalogan como de carácter interno, y que consisten en la presencia simultánea de los intervinientes, la debida lectura y explicación del propio documento, el juicio de capacidad y el de identidad por parte del Notario; mientras que los que se identifican como requisitos formales, son los que se refieren a que se deben asentar por escrito en papel de determinadas características, tipo de escritura que se debe utilizar, el idioma y la forma de redacción que deben contener cada uno de ellos.

De tal manera, en virtud de que la legislación Notarial de nuestro país tiene debidamente regulado el instrumento público, y sus diversas clases en que se divide, dándole a cada uno de ellos su forma especial de constitución y elementos específicos, podemos afirmar con la debida convicción que el instrumento público que nace de la actividad Notarial de nuestra nación es muy especial y con características distintivas por su tipo de funcionamiento, por tanto, el instrumento público Notarial es un producto de nuestro Derecho nacional.

2.4.- Características del Derecho Notarial mexicano.

El Derecho Notarial mexicano, por razón de sus antecedentes históricos se desarrolla como un sistema Notarial de tipo latino, por tanto lo podemos catalogar como un Derecho que tiene un basamento en el documento público.

Por ello, diversos autores de doctrina jurídica Notarial han llegado a la determinación de que nuestro Derecho Notarial es un Derecho de la forma; es decir que se trata de un Derecho formal que tiene su existencia en relación al perfeccionamiento del instrumento público, ya que si tomamos como válido el concepto de forma, en un sentido amplio, entonces el Derecho Notarial tendría que tener injerencia en las formas verbales, en las que se denominan sacramentales o en su caso aquellas formas escritas que no llegan a constituirse en documentos públicos, pero que son requeridos por la ley, mismas que en su momento pueden ser materia de estudio de funcionarios o legislaciones y reglamentos distintos de los considerados dentro del campo del Derecho Notarial.

Por lo anterior, el Derecho Notarial sí es un Derecho de la forma, pero únicamente de la forma específica contenida en el Derecho Notarial, con el conjunto de preceptos y ordenamientos que regulan la actuación del Notario como delegado de la fe pública y de la estructura del instrumento público con todo lo que ello implica, doctrina, jurisprudencia y hasta llegado el momento todas las costumbres que en cada localidad le dan una forma muy especial de producción.

Una de las características esenciales de nuestro Derecho nacional es la existencia y características del instrumento público como creación del mismo.

No cabe duda de que el sistema Notarial es un proceso de perpetuo aprendizaje y constante actualización, sin embargo, de acuerdo a nuestro Derecho las características más importantes de la actuación Notarial son las de carácter personal de los Notarios, ya que las características de probidad y moralidad no son fáciles de adquirir, y todo aquel que acceda al desarrollo de la función siempre estará en un constante aprendizaje, lo que nos hace llegar a la conclusión de que aún y cuando se obtenga la patente, el examen efectuado no es sino un parámetro de inicio en la ardua labor de adquisición del conocimiento.

Lo anterior deja en claro que la legislación Notarial mexicana determina las características esenciales de esta actividad, que resulta en nuestro sistema jurídico, un medio esencial para el mantenimiento del orden social, otorgando seguridad jurídica a las operaciones de traslación de dominio que efectúan los particulares, por ser oponibles ante terceros los instrumentos elaborados ante

la fe de los Notarios, con gran uniformidad por lo que a éste aspecto de refiere, con algunas Entidades federativas que han introducido innovaciones derivadas del avance tecnológico, como el otorgamiento de validez a la manifestación de consentimiento a través de medios electrónicos o a la utilización de una firma electrónica en documentos que sean susceptibles de inscripción ante el registro público de la propiedad de esos territorios.

Así podemos señalar que los efectos de la actividad notarial se aprecian en diversos ámbitos, por ejemplo se puede señalar como de carácter relevante el del derecho probatorio; de tal manera el derecho Notarial mexicano es un sistema Notarial de tipo latino con características distintivas que lo hacen ,sin lugar a dudas, un ejercicio vernáculo de la fe pública, a través de profesionales del Derecho que se han denominado Notarios y que en su actividad se encuentran perfectamente estructurados y supervisados por el Estado, en aplicación de las facultades que la propia delegación por medio de patente le confiere, sin que resulte realmente importante entrar al estudio sobre su naturaleza jurídica, ya que mientras en algunos Estados de la Federación, se les considera por Ley funcionarios públicos, en otros, no se entra en este problema y únicamente se les cita como profesionales del derecho investidos de fe pública, con lo que se resuelve la controversia a que se hace mención.

- - - - -

CAPITULO TERCERO.

APLICACION INTERNACIONAL DEL DERECHO NOTARIAL.

SUMARIO

3.1.- Principios de Derecho Internacional Privado aplicables en materia de instrumentos públicos y validez de actos jurídicos. 3.2.- Convenciones internacionales que sostienen y regulan la aplicación internacional de los instrumentos públicos notariales. 3.3.- Validez de las actuaciones notariales en transacciones de carácter internacional. 3.4.- Ubicación territorial de los dos sistemas mundiales de Derecho Notarial.

3.1.- Principios de Derecho Internacional Privado aplicables en materia de instrumentos públicos y validez de actos jurídicos.

Las agrupaciones sociales llevan a cabo su actividades dentro de un campo geográfico establecido, sin embargo, con al avance de la tecnología, estas actividades se llevan a cabo fuera de dicho espacio, integrado en el Derecho Internacional, y nacen en consecuencia diversas formas de resolver las controversias que de dichas relaciones se derivan.

De tal manera, se han desarrollado múltiples técnicas de solución de controversias, entre las que podemos citar las siguientes: sistema conflictual tradicional, la de solución de conflictos de competencia judicial, la de normas de aplicación inmediata y la de las normas materiales.

"El sistema conflictual tradicional es una técnica mediante la cual se intenta resolver un problema derivado del tráfico jurídico internacional de manera indirecta con la aplicación de una norma jurídica que dé la respuesta directa"¹⁰⁴

Algunos autores como Romero del Prado citado en la obra de Leonel Pereznieto Castro definen la técnica que nos ocupa como el conjunto de las normas jurídicas que tienen por objeto o fin determinar cuál es la jurisdicción competente o la ley que debe aplicarse en caso de concurrencia simultánea de dos o más jurisdicciones o de dos o más leyes, en el espacio que reclaman su observancia, de donde se desprenden básicamente tres elementos; un conjunto de normas con un objeto específico, en qué casos opera y cómo lo hace.

Por otro lado, el jurista Miaja de la Muela, también citado en la obra referida conceptúa la técnica como dos o más relaciones jurídicas en potencia, tantas leyes como tengan contacto con las personas, cuyos actos que figuren el supuesto de hecho, pero mientras no se señale exactamente la ley aplicable, es decir, mientras no se resuelva el conflicto, lo único que, sin género alguno de duda, tendremos ante nosotros es una relación humana, fáctica, propia de la vida. De relación jurídica sólo se podrá hablar cuando esté fijada la legislación destinada a regular aquella relación humana. Distinguiéndose cuatro elementos básicos, el de dos o más relaciones jurídicas en potencia, la posibilidad de solución de conflicto, las conductas humanas o hechos y la identificación de una legislación que regule las conductas o los

¹⁰⁴. **PEREZNIETO CASTRO, LEONEL.** Derecho Internacional Privado. Colección textos jurídicos universitarios, Editorial Harla, México, D.F., 1984 p. 207.

hechos.

Los principios que se derivan del conflicto de leyes son: "Existen ciertos problemas que, derivados del tráfico jurídico internacional, originan la necesidad de recurrir a la aplicación del derecho extranjero: en cada sistema jurídico positivo existe una serie de normas cuya función u objeto es posibilitar la aplicación del derecho extranjero, o de un orden jurídico local diferente, normas que la doctrina ha denominado reglas o normas de conflicto; no existe un conflicto de leyes en el sentido estricto del término, sino en realidad una duda por parte de los aplicadores del derecho; es conveniente la existencia de un mecanismo que frente a un caso determinado, nos guíe en la identificación de la norma jurídica extranjera aplicable; existe una diferencia importante en los dos conceptos antes expuestos, Romero del Prado se refiere a la jurisdicción competente o a la ley que debe aplicarse y Miaja de la Muela sólo hace referencia a la ley aplicable. En conclusión la técnica conflictual tradicional es un procedimiento mediante al cual, de manera indirecta, se trata de solucionar un problema derivado del tráfico jurídico internacional o interestatal a nivel nacional con la aplicación del derecho que dará la respuesta directa."¹⁰⁵

Las normas de aplicación inmediata, son la que se encuentran incluidas en la técnica que "intenta resolver de manera directa, un problema derivado del tráfico jurídico internacional con la aplicación de ciertas normas del sistema que, por su naturaleza, excluyen cualquier otro recurso."¹⁰⁶

¹⁰⁵ - Ibidem. p. 210.

¹⁰⁶ - Ibidem. p. 211.

El autor Arthur Nussbaum, citado por Leonel Pereznieto Castro señala que las normas internas especialmente condicionadas, son aquellas en las que será suficiente para que, bajo condiciones definidas, deban ser aplicadas por los tribunales locales como cuestión de orden público, sin tener en cuenta si se obra de acuerdo a las reglas sobre conflictos de leyes, encontrándose cuatro elementos básicos: se tratará de un conjunto de normas del sistema, diferentes a los conflictuales; por su contenido y en ciertas circunstancias serán aplicables por los tribunales de manera directa; se les considera como cuestión de orden público y ante la presencia de este tipo de normas, no cabe otro recurso sino el de su aplicación inmediata.

Por su parte, en la obra citada de Leonel Pereznieto Castro, Philon Francescakis autor de obras jurídicas señala que: en ocasiones, la aplicación de leyes extranjeras puede resultar difícil, intolerable, o imposible, porque la propia organización del Estado no toleraría la inclusión de elementos heterogéneos, la efectiva aplicación de las leyes que reflejan dicha organización tiene que quedar necesariamente asegurada, de donde se desprenden tres elementos básicos que son: las condiciones de aplicación, el rechazo a la aplicación de normas jurídicas extranjeras y el predominio de la organización estatal.

De tal manera, los principios de las normas de aplicación inmediata son: *"Existen ciertos problemas que, derivados del trafico jurídico internacional deben de resolverse directamente mediante la aplicación de normas internas sin otro recurso; en cada sistema jurídico positivo existe una serie de normas cuya función u objeto se encuentra vinculado con cuestiones de organización*

estatal, interés general o colectivo o de protección a otros intereses y se ha considerado que dichas normas deben aplicarse sin otro recurso, normas que la doctrina ha denominado leyes de aplicación inmediata, leyes de aplicación necesaria y autolimitante; deben existir normas internas que, debido a su función u objeto, no admitan otro recurso, que el de su aplicación, por su propia naturaleza, aun en los casos en que estén involucrado elementos de orden internacional.

En conclusión, la técnica de normas de aplicación inmediata es un procedimiento mediante al cual, de manera directa, se trata de solucionar un problema derivado del tráfico jurídico internacional con la aplicación del derecho nacional. Se trata, asimismo, de una técnica complementaria, en la medida que es reducido el número de tipo de normas en el sistema. Esta Técnica de solución ha sido ampliamente desarrollada por la doctrina.¹⁰⁷

Las normas materiales son las de la "técnica que intenta resolver de manera directa un problema derivado del tráfico jurídico internacional con la aplicación de ciertas normas del sistema que, por su naturaleza, tienen vocación internacional, excluyendo de esta forma cualquier otro recurso."¹⁰⁸

Jacques Maury también citado por Leonel Pereznieta Castro, fue uno de los primeros que manejó este tipo de normas al decir: "el medio técnico escogido por un Estado para resolver una cuestión puede tener, y de hecho tiene una influencia cierta sobre la naturaleza y la función de la naturaleza que utiliza. En efecto,

¹⁰⁷.- Ibidem. p. 214.

¹⁰⁸.- Ibidem.

en presencia de una situación con elementos extranacionales, los legisladores estatales determinarán el derecho aplicable y, si ellos consideran que su derecho material nacional no debe intervenir, indican el derecho extranjero a que habrá de recurrirse."¹⁰⁹

Del anterior comentario se derivan tres conceptos fundamentales que son: existen varios medios estatales para resolver cuestiones derivadas del tráfico jurídico internacional, el medio que ha de utilizar tiene relación con la naturaleza de la norma correspondiente y un primer recurso podrá ser acudir al derecho material nacional y seguidamente podrá recurrirse a una norma de conflicto.

En la obra de Pereznieto Castro, se menciona que Henri Batiffol expresa "el contrato no vale si no se encuentra concluido conforme a la ley: la ley es, de esta manera, preexistente, la que determina en primera y última instancia las existencias del interés general y su conciliación con la libertad individual y la protección a la persona . . . El desarrollo continuo de leyes imperativas, bajo el impulso de la evolución social y económica, ha demostrado cada vez más claramente que las convenciones se forman en la medida y dentro de los límites permitidos por dichas leyes."¹¹⁰

De lo anterior, se derivan dos elementos esenciales, el hecho de la preexistencia de la ley y la del establecimiento de condiciones.

¹⁰⁹.- Ibidem.

¹¹⁰.- Ibidem. p. 215.

Los principios derivados de este sistema son: Existen ciertos problemas que se pueden resolver directamente mediante la aplicación de normas materiales nacionales, y que excluyen en consecuencia cualquier otro recurso; en cada sistema jurídico positivo existe una serie de normas cuyas hipótesis o categorías pueden servir para solucionar directamente problemas derivados del tráfico jurídico internacional, normas con vocación internacional que excluyen el recurso o métodos más complicados.

De lo anterior se deriva que "Normas materiales es un procedimiento mediante el cual, de manera directa, se trata de resolver un problema derivado del tráfico jurídico internacional con la aplicación del derecho material nacional y de no ser posible de esta manera, cabrá el recurso a las normas de conflicto. Se trata así mismo de una técnica complementaria, en la medida que generalmente es reducido el número de este tipo de normas en el sistema."¹¹¹

Mediante la técnica de conflictos de competencia judicial, "se intenta determinar directamente la competencia de un juez o tribunal frente a un problema derivado del tráfico jurídico internacional con la aplicación de normas nacionales."¹¹²

De este sistema se ha comentado que en Europa Continental se sigue un procedimiento diferente al que llevan a cabo los autores ingleses y norteamericanos; se busca primeramente la creación de derechos. En cambio, en Inglaterra y Estados Unidos se indaga desde un principio la competencia del juez y hay una diversidad en el

¹¹¹.- Ibidem. p. 216.

¹¹².- Ibidem.

empleo de las técnicas que redundan directamente en la norma aplicable al fondo del derecho.

En conclusión, la técnica de conflictos de competencia judicial *"es un procedimiento mediante el cual, de manera directa, se trata de establecer la competencia de los jueces o tribunales para el conocimiento y solución de un problema derivado del tráfico jurídico internacional."*¹¹³

La técnica conflictual de acuerdo a los autores de derecho internacional privado se ha dividido en tres grandes tendencias, que son:

- 1.- La supranacionalista.
- 2.- La nacionalista o internista, y
- 3.- La autónoma.

Las anteriores tendencias se refieren a lo siguiente:

"Primera tendencia. La supranacionalista considera que el Derecho Internacional Privado y, específicamente los conflictos de leyes, deben ser inscritos en un orden jurídico superior al de los Estados individualmente considerados, es decir, que tal materia debe ser descrita como de carácter supranacional.

Segunda Tendencia. La nacionalista o internista, considera que

¹¹³.- Ibidem. p. 218.

la disciplina debe ser estudiada únicamente a partir del derecho interno de los Estados, es decir, que la descripción debe hacerse de procedimientos de carácter nacional o interno, y,

Tercera Tendencia. la autónoma considera que a la disciplina se le debe atribuir una posición autónoma en el marco general del Derecho; esta tendencia es la más reciente."¹¹⁴

Cabe hacer la mención de que, durante el siglo pasado, la técnica conflictual tradicional se dividió en dos tendencias esenciales que se plasmaron, una que parte de situaciones concretas y pretende derivar o deriva de éstas ciertas características particulares, a fin de determinar las normas jurídicas que les son aplicables, y la otra que tiene por objetivo determinar el ámbito de aplicación de las normas jurídicas.

La primera tendencia denominada corriente supranacionalista tiene un común denominador, que es el énfasis que pone en los elementos de carácter internacional, aún en ocasiones sin tomar en cuenta los principios de Derecho interno, con dos subtendencias de ésta, los Internacionalistas y los Universalistas.

Corriente internacionalista "A fines del siglo pasado y principios del actual, una serie de autores iniciaron sus ideas dándole primacía a la comunidad jurídica internacional como vía de solución de los problemas derivados del tráfico jurídico internacional, en esta corriente encontramos a Zitelmann y Pillet, el primero considera que las normas de origen internacional tienen

¹¹⁴.- Ibidem. p. 223.

como destinatarios a los Estados, y las normas de origen nacional, que se expiden para solucionar dentro de este ámbito, problemas derivados del tráfico jurídico internacional, no obstante el poco desarrollo de un sistema jurídico propiamente internacional, éste establece una serie de principios conforme a los cuales los sistemas jurídicos nacionales deben regirse, y si éstos establecen soluciones diferentes, en aquel permanecerá el principio de uniformidad; mientras que el segundo dirige su estudio a la soberanía estatal, para él los conflictos de leyes son conflictos de soberanías y lo que conviene saber es en qué medida se afecta la soberanía de un Estado cuando éste acepta la aplicación de leyes de otro Estado."¹¹⁵

"La corriente Universalista considera que el derecho internacional privado puede estudiarse desde dos perspectivas: la del Estado individualmente considerado y la del Estado formando parte de una comunidad internacional. En el primer caso, todo Estado tiene el deber de respetar a los individuos que componen la sociedad jurídica universal y para cumplir con él es necesario que así lo prevea en su ordenamiento interno. En el otro caso, por ser un aporte de la comunidad, los Estados tienen el deber común de resolver de manera homogénea los problemas derivados del tráfico jurídico internacional, mediante vías idóneas, tratados, leyes uniformes, etc."¹¹⁶

Una segunda tendencia se refiere a aquellas que en forma global determinan o tratan de determinar el ámbito de aplicación de las normas jurídicas, dentro de esta tendencia contamos con las

¹¹⁵ - Ibidem. p. 228.

¹¹⁶ - Ibidem. p. 229.

teorías o corrientes internistas o territorialistas, en los que los problemas derivados del tráfico jurídico internacional se pueden solucionar bajo las reglas de las leyes territoriales, ya sea de aplicación inmediata o de delimitación de aplicación de leyes extranjeras en casos específicos, diversos autores como Niboyet, Louis-Lucas, Dicey, H. Beale, entre otros son los que defienden esta posición.

En Latinoamérica, los antecedentes del derecho español con la base del derecho feudal y excluyente del derecho extranjero, influyó en gran medida en la creación de los diferentes sistemas jurídicos latinoamericanos, en los que a últimas fechas se han establecido reformas y convenciones que los incluyen dentro del ámbito internacional de transacción e intercambio de bienes y servicios.

Nuestro país no podía ser la excepción, por ejemplo José Díaz Covarrubias, manifestaba que el Derecho Internacional Público se encuentra regido por la soberanía estatal y que ésta es el fundamento de la independencia de las naciones, mientras que Agustín Verduco comentó que la aplicación de la ley territorial sobre toda la extensión del suelo nacional sin importar la calidad de la persona era de origen feudal, por lo que era en ocasiones necesario que se le diera aplicación extraterritorial, ya que así lo exigía el bien general de los pueblos.

Por otro lado, Manuel María Seoane, consideró, que bajo tres aspectos diferentes se halla el hombre sometido al poder de la ley: el de su persona, el de sus bienes y el de sus actos; estos tres aspectos se rigen o bien por la ley patria del individuo que

arregla lo que concierne a su estado y capacidad personal; por la Ley del lugar de la situación de sus bienes, si son estables y permanentes o por la del lugar en que se hayan sucedido hechos que produzcan consecuencias de Derecho.

La tercera tendencia es la conocida como la autónoma, que tiene entre sus características las siguientes: *"Se pretende atribuir al Derecho Internacional Privado una posición autónoma en el marco general del Derecho, para apoyar ésto se parte del sistema jurídico positivo y del método jurídico-comparativo y se pretende lograr un equilibrio entre nacionalismos e internacionalismos."*¹¹⁷

Entre los precursores de la misma podemos citar a Ernest Rabel y Whilhelm Wengler; el primero que parte del método de derecho comparado, y afirma que las normas son de origen nacional y deben de ser interpretadas de manera diferente a como se hace con el resto de las normas del sistema, sin que ello implique desvinculación alguna del proceso interpretativo que suele aplicarse a todas ellas, manifiesta que la norma jurídica de conflicto consta de dos partes, aquella que determina las consecuencias jurídicas de estos hechos y la que define su objeto. *"De tal manera, lo que Rabel propone es ampliar las categorías de la norma conflictual del foro, con objeto de estar en condiciones de reconocer una categoría extranjera que no sea totalmente similar a la nacional, posibilitando con esto el enlace entre los diferentes sistemas jurídicos positivos."*¹¹⁸ Por su parte Wengler propugna por el método comparativo como forma para lograr la armonía en los diversos sistemas Jurídicos positivos, para él el

¹¹⁷ - Ibidem. p. 245.

¹¹⁸ - Ibidem. p. 246.

derecho comparado es la única forma de conocer el derecho extranjero y una cierta uniformidad de soluciones, lo que redundará en beneficio de la continuidad jurídica del tráfico internacional.

Tradicionalmente se ha considerado que el sistema conflictual es el único procedimiento a través del cual pueden resolverse los problemas derivados del tráfico jurídico internacional, sin embargo, en la actualidad se ha complementado éste con la aplicación de otros sistemas como el de las leyes de aplicación inmediata o el de las normas materiales.

*"La técnica conflictual tradicional es un procedimiento conforme el cual, de manera indirecta, se trata de solucionar un problema derivado del tráfico jurídico internacional o interestatal a nivel nacional con la aplicación del derecho que dará la respuesta directa."*¹¹⁹

Las normas conflictuales se encuentran estructuradas de manera diversa, pues su función u objeto inmediato no es la regulación directa de ciertas conductas, sino posibilitar de manera indirecta o mediata la aplicación de normas materiales que serán las que directamente regulen determinadas conductas.

Leonel Pereznieta Castro, cita que el Jurista alemán Hans Lewald propone tres categorías diferentes de normas conflictuales:

"Las que designan la norma que rige las condiciones constitutivas de una relación; las que designan la norma que debe

¹¹⁹.- Ibidem. p. 259.

regir los efectos o consecuencias de esa relación y las que designan al mismo tiempo las normas que rigen tanto las condiciones constitutivas como los efectos."¹²⁰

La norma de conflicto funciona en íntima relación con un sistema técnico que le sirve para designar a la norma material aplicable, y que los teóricos han denominado como punto de conexión o punto de contacto, que es la relación que las personas, las cosas y las acciones tienen con su sistema legal vigente.

Lo anterior nos sirve prácticamente para poder ubicar con relativa facilidad el sistema jurídico en que se encuentran integrados los objetos, las acciones y las personas, para aplicar la norma que resulte correspondiente.

"La función de la norma conflictual consiste en determinar si tienen o no competencia las normas sustanciales de su propio sistema para que eventualmente pueda ser aplicada una norma extranjera. El problema práctico que presenta este planteamiento es el de determinar con precisión cuál es la norma extranjera que debe aplicarse."¹²¹

Por lo que respecta a las calificaciones, podemos encontrar las siguientes:

1.- Calificación *Lex Fori*.

2.- Calificación *Lex Causae*.

¹²⁰- *Ibidem*. p. 260.

¹²¹- *Ibidem*. p. 262.

La primera consiste en que, para interpretar los conceptos determinados por la norma de conflicto hay que recurrir al derecho interno, así para dar una debida aplicación cuando la ley extranjera contenga un término legal específico lo debemos tomar como el concepto que nuestro propio derecho lo aplique, sin embargo, se ha criticado tal postura al señalar que las definiciones técnicas varían en relación a las tradiciones jurídicas de cada país, por tanto, no resulta conveniente el tratar de interpretar conceptos o categorías jurídicas extranjeras con los conceptos propios, ya que lo único que se logra es deformar la intención de la ley extranjera.

La segunda, considera que la calificación debe ser hecha con base en la norma jurídica extranjera designada con sus propios conceptos o categorías, a fin de que, una vez conocidas las definiciones y aplicación de la norma extranjera no se de deformación al momento de aplicarla en nuestro propio derecho, sin embargo, se debe tener en cuenta que esto sólo será posible mientras no se aplique un derecho que contenga principios contrarios a los nacionales o cuando las instituciones de derecho no se planteen como equivalente a otras señaladas con distinto nombre en el local.

Por otro lado, el Método Comparativo fue propuesto por Ernest Rabel como una tercera escuela, este autor después de hacer un análisis de las calificaciones que ya se señalaran en el punto anterior, propone que la norma de conflicto tenga sus conceptos propios, bajo el principio de que las normas que regulan el orden interno de una sociedad tienen principios diferentes a los que rigen a las normas de conflicto, de tal manera para lograr la

coordinación de los diferentes sistemas jurídicos se hace necesario que dentro del sistema conflictual se prevean todas las hipótesis en las que se de la aplicación de derecho, ya sea nacional o extranjero, desprendiéndose de los conceptos de derecho interno.

Así, debemos tener en cuenta que la legislación tiene formas de especificar la forma de resolver problemas de aplicación de derecho nacional o extranjero, entre ellas podemos mencionar el reenvío y la cuestión previa, el primer supuesto es aquel en el que la propia norma señala que en caso de conflicto se aplicará el derecho extranjero, ya sea por la naturaleza del negocio efectuado o por las características que éste reviste, debiéndose analizar los elementos de validez y de existencia de los mismos, es decir que entre los supuestos de aplicación de las normas conflictuales extranjeras éstas sean idénticas a las nacionales, que no sean semejantes a las locales, ya sea reenviándola al país en cuyo territorio se de la controversia o se remita a las normas de un tercer país; mientras que la cuestión previa se refiere a que surgirá en el momento en que de la aplicación de una ley material extranjera a una cuestión de derecho llamada principal produce otra cuestión de aplicación lógico-jurídica que se hace necesario resolver, pero no queda claro qué legislación es la aplicable para resolverla, ya que en ocasiones puede ser diferente a la que resuelve la situación principal, debiéndose dilucidar si esto no es producto de un fraude a la ley o se encuentra en contravención a los principios de Derecho Interno.

De tal manera por fraude a la ley, debemos entender los artificios que utilizan los particulares para que el mecanismo de aplicación de normas conflictuales logran un efecto que en términos

normales no sea posible obtener, al modificar los puntos de contacto de las relaciones jurídicas, artificios que atentan en contra del orden público de un Estado, y en ocasiones del internacional, y que considera al orden público como la observancia a la ley vigente que tiene el interés de velar por el interés público y la seguridad de los particulares, o en su caso de la comunidad internacional.

En nuestro sistema jurídico, respecto de la aplicación de normas de carácter conflictual, tratados y derecho local debemos señalar que :

*"La Constitución es la Ley Suprema del y en el Estado; es el encuadramiento jurídico de las instituciones políticas rectoras de un país y delimitación fundamental de las principales atribuciones y facultades conferidas a los órganos del Estado."*¹²²

De acuerdo a la estructura estatal de nuestro país, los dos poderes que funcionan como dinamos impulsores del desarrollo son el Ejecutivo y el Legislativo, dando la posibilidad entonces de hablar en forma correcta de una conjunción de esfuerzo para lograr la adecuación de la realidad social al orden jurídico imperante, por medio de una distribución de funciones por parte del Estado.

De conformidad a la teoría de división de poderes éstos funcionan en un sistema de pesos y contrapesos, sin embargo, en nuestro sistema podemos hablar de una coordinación con supremacía política de uno de ellos, mismo que impone directivas a seguir

¹²².- **VENEGAS TREJO, FRANCISCO**, La Constitución y los Tratados, Revista de la Facultad de Derecho de México. Tomo XLÍ No. 178-179-180. Jul. Dic. 1991, México D.F. 1991. p. 155.

dentro del plan de desarrollo del país, bajo el concepro de que se trata de una supremacía política dentro de una igualdad jurídica.

"De lo anteriormente expuesto se deriva un precipitado en dos manifestaciones: ningún órgano es superior a los demás o todo órgano es supremo en el ámbito de y ejercicio de sus facultades. Sólo son leyes los ordenamientos que aprueba el cuerpo camaral que es el legislativo; sólo al ejecutivo corresponde la administración, y el pronunciamiento decisivo de justicia es facultad exclusiva del órgano judicial. Empero los órganos no son enclaustramiento de facultades, ni reducto impenetrable para quienes no lo configuran; no, los órganos colaboran y al mismo tiempo se controlan; son coadyuvantes y catones; auxiliares y vigías. Esta Dualidad es indubitable en la concertación y vigencia de los tratados internacionales."¹²³

Lo anterior nos lleva a observar en forma detenida la forma de imposición de los tratados internacionales dentro del derecho interno de nuestro país, forman parte del derecho, pero no son producto legislativo, sino más bien producto de gabinete, de negociaciones por parte del poder Ejecutivo, fuera del ámbito de facultades distribuidas del Estado, pero, hay que tomar en cuenta que estos tratados, una vez que han sido convenidos, necesitan de la aprobación del Congreso para que surtan sus efectos dentro de nuestro territorio, por lo que de esta manera se le otorga al poder legislativo la intervención que de origen se le niega.

"Los tratados internacionales son resultado de la intensa vida

¹²³.- Ibidem p. 156.

de relaciones pluridisciplinarias que manifiesten los pueblos, ya en la antigüedad helénica se produjeron alianzas y confederaciones, que pueden ser consideradas como expresiones rudimentarias, simplistas, de tratados entre pueblos independientes. En la Edad Media, pese a las comunicaciones difíciles y a los transportes incómodos y lentos, no pocas veces se evitaron conflagraciones por la concertación de tratados. O éstos fueron la conclusión de enfrentamientos entre soberanos o monarcas, aunque tenían frágil y efímera duración.¹²⁴

El Derecho Internacional tiene, como última finalidad la convivencia pacífica entre los pueblos, sin embargo, como no existe un poder coactivo para hacer que cumplan con ciertos principios u obligaciones impuestas por la comunidad internacional, es necesario que los diversos países firmen y se comprometan por propia voluntad al cumplimiento de los principios de convivencia pacífica convenidos entre todos, con la opción del rechazo de todos los participantes de los convenios pactos en que se incurra en falta, aplicación de sanciones o aplicación del señalamiento público, por su falta de espíritu cooperativo, dentro del marco previamente establecido y con los límites ya señalados.

"En México, la Ley Suprema es contundente, los funcionarios o servidores públicos federales deben ajustarse a las siguientes determinaciones constitucionales: a) Sólo pueden ejercitar las facultades expresas que la Constitución les concede; b) Deben, en el momento de asumir sus cargos, rendir la protesta de sujetarse a la Constitución y a las leyes que de ésta emanen; c) So pena de

¹²⁴. - Ibidem p. 157.

incurrir en responsabilidad administrativa, su gestión debe ajustarse a los siguientes criterios: legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia. d) si los altos servidores públicos, en el ejercicio de sus facultades, incurren en actos u omisiones que perjudiquen los intereses públicos fundamentales o su buen despacho serán sujetos a juicio político."¹²⁵

Constitucionalmente tenemos dentro de las facultades del titular del Poder Ejecutivo la de dirigir la política exterior y celebrar tratados internacionales sometiénolos a aprobación del Senado, con lo que podemos confirmar la aseveración hecha en líneas anteriores, en el sentido de que si bien es cierto, el poder Legislativo en origen no participa, se le da una intervención a efecto de que ejercite sus facultades y así, los principios contenidos en el tratado internacional formen parte de nuestro derecho interno.

"La concertación de convenios internacionales no es facultad libérrima del Presidente de la República. Los tratados que éste o sus agentes diplomáticos concerten no adquieren la perfección jurídica sino después de haber pasado por el análisis sereno del Órgano Legislativo. Ahora bien, si en México éste es bicameral, se confiere la facultad de aprobación a la Cámara que, conforme a nuestra tradición y a la esencia del Estado federal, representa a los Estados Federados: la Cámara de Senadores."¹²⁶

El procedimiento para llevar a cabo el estudio es de la siguiente manera: El texto del tratado celebrado, se remite a la

¹²⁵.- Ibidem p. 161.

¹²⁶.- Ibidem. p. 163. -

Cámara de Senadores por conducto de la Secretaría de Gobernación, una vez que la Secretaría de la Cámara ha dado cuenta del documento recibido, el presidente de la misma lo manda al estudio y consideración de la comisión de relaciones exteriores y de aquella que tenga injerencia, que toma en cuenta el contenido o materia del mismo, posteriormente a solicitud del presidente de la Cámara se reúnen las comisiones competentes para que manifiesten sus puntos de vista y resultados del estudio realizado a fin de dejar en claro los alcances y contenido del texto; si de esta reunión surgen dudas o inquietudes, se convocará a nueva reunión pero ahora con la intervención de personal especializado de las Secretarías de Relaciones Exteriores y de aquella a la cual incumba conocer del asunto tratado, con la facultad de solicitarle que elaboren conclusiones por escrito para la aclaración de los puntos controvertidos, una vez que se ha hecho ésto se elabora un proyecto de dictamen y se somete a aprobación y para ser aprobado necesita el voto de más de la mitad de las comisiones unidas, una vez aprobado se someta a la aprobación del pleno de la asamblea, contándose con la votación en sentido favorable para su consecución, se turna al Ejecutivo, para su promulgación y publicación el acuerdo de aprobación del tratado o convención.

Con base en el artículo 133 Constitucional, los tratados internacionales al quedar integrado a nuestra legislación, se convierten en obligatorios para su aplicación, no sólo para los integrantes del sector público, sino también para los particulares.

Lo anterior, nos lleva a la afirmación que los tribunales en el momento de resolver una controversia tienen la obligación de aplicar los tratados internacionales cuando sea procedente, sin que

por ello lo utilizado sea aplicación de jurisdicción internacional en una controversia en el marco de un tratado internacional, ya que desde el momento de su aprobación por el senado forma parte de la legislación interna.

*"La relación entre los tratados internacionales y la Legislación interna, es tema de interés especial, justamente porque, en la era de la globalización, entramos en una etapa diferente de la vida, no sólo económica sino política y sobre todo jurídica de México."*¹²⁷

El problema de la relación de los tratados internacionales con la legislación interna se plantea con base en el texto del artículo 133 de la Constitución, según el texto hay tres elementos que constituyen la Ley Suprema: la Constitución, las leyes del congreso de la Unión que emanen de ella, y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma que celebre el Presidente de la República, con aprobación del Senado.

La Ley Suprema de toda la Unión, es pues, diferente a la Supremacía de la Constitución, y por supuesto, la Constitución forma parte, en primer lugar de esta Ley Suprema de toda la Unión.

El segundo elemento que constituye la Ley Suprema de toda la Unión son las leyes del Congreso de la Unión que emanen de la Constitución, es claro que la Constitución es Suprema también para los jueces federales, la doctrina reciente es uniforme en el sentido de que debe leerse el artículo en comento en función de

¹²⁷. - MEDINA MORA, RAÚL, El Artículo 133 Constitucional y la Relación entre el Derecho interno y los Tratados Internacionales, Revista PEMEX-LEX No. 75-76 Sep-Oct. 1994. México, D.F., p. 7

otros de la misma Constitución. En efecto, supremacía querría decir que al existir una disposición federal que se contrapona con una local, debería aplicarse la ley federal, sin embargo, la propia Constitución señala que lo que no constituya materia expresamente otorgada a la Federación será competencia local, bajo la base de la organización y régimen federal.

En México, en la ficción jurídica federal, que es válida, la hipótesis básica es que los Estados tienen un principio todas las facultades y que al unirse en una Federación, han cedido algunas a las autoridades federales y, en consecuencia, sólo las que expresamente les han sido dadas, así como las que son necesariamente implícitas, constituyen su ámbito de competencia.

El texto mexicano habla de la Ley Suprema de toda la Unión, podemos decir que conforme a la Constitución mexicana, no hay una supremacía del orden federal sobre el orden local, las competencias están distribuidas en el artículo 124, y estas competencias, según el artículo 103, no pueden ser recíprocamente invadidas.

La Jurisprudencia de la Suprema Corte ha confirmado que no hay supremacía federal, no hay relación jerárquica entre las legislaciones federal y local sino que en caso de una aparente contradicción ésta se debe resolver bajo la consideración de qué órgano es competente conforme al artículo 124.

El orden federal, el orden local y el orden nacional, se encuentran íntimamente ligados, porque el orden nacional los abarca a los dos y en el orden nacional están la Constitución y los tratados internacionales. La Constitución como los tratados, en sus

efectos internos, forman parte de ese orden federal que explica la unidad de toda la Nación.

Los tratados internacionales válidamente concertados y aprobados. Que éstos sean Ley Suprema de toda la Unión significa que no son competencia de los Estados sino de los poderes federales, con la distinción de las leyes del Congreso federal por su naturaleza internacional y, porque ya no los aprueba el Congreso sino únicamente el Senado, pero son fuente de normas generales de derecho dentro de toda la unión. Su carácter federal y la forma peculiar de su formación encuentran su fundamento en la fracción X del artículo 89 constitucional.

La lectura más generalmente aceptada del precepto es que el mismo confiere a los jueces locales el control difuso de la constitucionalidad, de las leyes locales y aún de su propia Constitución. El control difuso de la constitucionalidad de las leyes, por los jueces federales y locales y aún por tribunales y autoridades administrativas, es tema más a fondo y alcance que la interpretación del texto del artículo 133.

La Suprema Corte de Justicia ha resuelto en contra. Sin embargo, antes de que se adoptara la tesis se discutió si era posible que todos los órganos jurisdiccionales en los distintos niveles llevaran a cabo el control de la constitucionalidad.

Por sus efectos los tratados tienen un doble carácter; en el orden internacional es, primordialmente, fuente de obligaciones entre los países que son sus partes; y en el interno, es fuente formal del derecho, por tal situación le corresponde a los

tribunales de la Federación conocer de todas las controversias del orden civil o criminal que se susciten sobre el cumplimiento y aplicación de leyes federales o de los tratados internacionales celebrados por el Estado mexicano.

Cuando las relaciones legales son de carácter interno o local, ya sea entre órganos del Estado y particulares o entre ellos exclusivamente, las normas derivadas del tratado encuadran perfectamente como parte del derecho interno y están subordinadas a la Constitución.

Cuando existe conflicto entre el tratado y la ley interna, el primero es una ley de excepción porque sólo se aplica a los casos concretos cubiertos por el mismo y sólo a las partes que en él intervienen; no es la Constitución sino el derecho internacional el que rige a los tratados y las convenciones internacionales son fuentes de las normas y principios del mismo derecho.

La Convención de Viena vino a precisar que la única causa de nulidad de un tratado, que produce su revocación total y para todas sus partes, es que esté en oposición a una norma imperativa del derecho internacional; una parte no puede invocar disposiciones de su derecho interno para justificar su incumplimiento en un tratado; un integrante de un tratado internacional, no podrá argumentar como vicio de su consentimiento el hecho de que éste se haya manifestado en contravención a una disposición de su derecho interno; serán causa de nulidad del acto de adhesión los vicios que afecten el consentimiento del representante de un Estado; la validez de un tratado o del consentimiento de un Estado para en obligarse por un tratado no podrá ser impugnada sino mediante la aplicación de la

Convención; el retiro de un país de un tratado internacional se hará exclusivamente en los términos del propio tratado o por acuerdo de todos los integrantes y si no se encuentra contemplado en el mismo su terminación o denuncia, no se podrá llevar a cabo, a menos que de la naturaleza del tratado se desprenda que si haya existido la voluntad de los participantes que se llevara a cabo y se pueda desprender de ello.

3.2.- Convenciones internacionales que sostienen y regulan la aplicación internacional de los instrumentos públicos notariales.

Dentro de los esfuerzos de unificación de normas materiales para que tengan validez sin limitación alguna en diferentes países, encontramos entre otros al protocolo sobre uniformidad del Régimen legal de los poderes de Washington de 1940, y en el proyecto de la Comisión de Asuntos Europeos de la Unión Internacional del Notariado Latino acerca de formularios de poder general y poder especial, así como la Convención que suprime la exigencia de legalización de los documentos públicos extranjeros de la ciudad de la Haya del 5 de octubre de 1961.

La unificación de normas de conflicto por medio de tratados supone la recepción internacional de criterios idénticos sobre normas indirectas para resolver problemas acerca de documentos públicos en aplicación internacional.

Se encuentran normas de unificación de reglas de conflicto en los tratados de Derecho Civil de Montevideo de 1889 y de 1940, y la Convención Internacional sobre el régimen legal de los poderes en Panamá de 1975, en la que se discutió como problema esencial o

central que existen problemas de forma en los poderes que se pretende produzcan efectos en país diferente a aquel en el que se otorga, así con la existencia de funcionarios públicos y formalidades que no se adecuan estrictamente a lo que el país impositivo de la forma exige.

*"La Convención Interamericana sobre poderes de Panamá es el primer instrumento normativo específico sobre la materia, ratificado por la Argentina, que contiene derecho internacional privado unificado y derecho privado unificado."*¹²⁸

Esta Convención en su artículo dos establece que las formalidades y solemnidades relativas al otorgamiento de poderes que hayan de ser utilizados en el extranjero, se sujetaran a las leyes de los Estados donde se otorguen, a menos que el otorgante quiera sujetarse a la legislación vigente en el Estado en que éste haya de ejercerse, en el artículo siete se legitima la equivalencia entre el instrumento público y el instrumento privado con certificación de firma, siempre que se reúnan requisitos de forma, el artículo ocho enfoca la legalización internacional, la que se regirá conforme al derecho del país de ejercicio del poder, o la del tratado a que se haya adherido, a fin de evitar limitaciones en la aplicación de los mismos y en su artículo nueve prevé la traducción al idioma oficial del Estado de su ejercicio de los poderes otorgados en idioma distinto. Entre los países signantes encontramos a Costa Rica, Chile, Ecuador, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana y Uruguay.

¹²⁸ - PERUGINI DE PAZ Y GEUSE, ALICIA, La validez y circulabilidad internacional del poder de representación notarial, Ediciones de Palma, Buenos Aires, Argentina, 1983 p. 89.

Por su parte, la Convención que suprime la exigencia de legalización de los documentos públicos extranjeros de la ciudad de la Haya del 5 de octubre de 1961 por la conferencia de la Haya de Derecho Internacional privado, tiene quince artículos, sin embargo, aún y cuando en su título la convención menciona la supresión de las legislaciones, en realidad sólo simplifica el procedimiento al centralizar las diligencias de la legalización en determinados funcionarios, ésta se encuentra abierta y los países ratificantes la aplican a los documentos extendidos en territorio de otro Estado contratante y que se pretende tiene carácter de público en el primero, allí mismo se precisa a que tipo de documentos se les puede aplicar la mencionada convención y aclara cuales se encuentra excluidos, entre los permitidos encontramos los expedidos por las autoridades y funcionarios pertenecientes a un tribunal, la calificación de un documento como público por la convención, obliga a los países ratificantes a reconocerle tal carácter a los efectos de las legislaciones, aún cuando en el país de procedencia o de recepción no fuere considerado tal, como en el caso de un documento emanado de un funcionario que no existe en la estructura jurisdiccional de otro país, entre los países firmantes encontramos de conformidad con los datos obtenidos en la Secretaría de Relaciones Exteriores a Alemania, Andorra, Antigua y Barbuda, Argentina, Armenia, Australia, Austria, Bahamas, Barbados, Bélgica, Belice, Belarus, Bosnia y Herzegovina, Botswana, Brunei Darussalam, Croacia, Chipre, El Salvador, Eslovenia, España, Estados Unidos, Federación Rusa, Fiji, Finlandia, Francia, Grecia, Hungría, Islas Marshall, Israel, Italia, Japón, Lesotho, Letonia, Liberia, Liechtenstein, Lituania, Luxemburgo, Malawi, Malta, Mauricio, México, Noruega, Países Bajos (Holanda), Panamá, Portugal, Reino Unido (Inglaterra), Antigua República Yugoslavia de Macedonia, San

Cristóbal y Nevis, San Marino, Seychelles, Sudáfrica, Surinam, Swazilandia, Suiza, Tonga, Turquía y Yugoslavia, cabe mencionar que entre los documentos excluidos encontramos aquellos expedidos por funcionarios diplomáticos o consulares o documentos administrativos relacionados con una operación comercial o aduanera, con la aclaración de que a partir del día 1° de julio de 1997, la aplicación de esta convención a la región administrativa especial de Hong Kong por acuerdo del Ministerio de Relaciones Exteriores de la República Popular China se aplicará a pesar del cambio de administración sufrido por Hong Kong.

*"La convención tiene una repercusión inmediata en el ámbito diplomático y consular, por ello, las autoridades de cada país ratificante o adherente deben tomar las medidas necesarias para evitar que esos funcionarios legalicen documentos que estén eximidos de esa formalidad."*¹²⁹

Por lo que respecta al protocolo sobre uniformidad del régimen legal de los poderes, podemos decir, al día 17 de febrero de 1940 se suscribió en Washington, Estados Unidos de América, en el seno de la Unión Panamericana, por la Séptima Conferencia Internacional Americana, entre los signantes encontramos a México, Estados Unidos, Brasil, Colombia, Salvador y Venezuela.

Como puntos principales este protocolo tiene que, cuando un poder lo otorgue una persona física, el funcionario público que lo extienda tendrá la obligación de señalar en su texto que tiene capacidad suficiente y que es de su conocimiento, es decir, que lo

¹²⁹.- Ibidem. p. 100.

conoce, y tratándose de personas jurídicas dará fe de la debida constitución de la misma. que tiene a la vista la documentación correspondiente; la fe que ahí se contenga no podrá ser destruida, sino mediante prueba en contrario producida por el que objetare su exactitud, cuando se trate de un poder especial, se deberá marcar exactamente para que se otorga a fin de que no exista limitación alguna en el momento de ejercitarlo, ya que independientemente del nombre otorgado, la intención debe ser indudable, por otro lado el texto del poder puede ir la traducción al idioma del país en que se ejercitará el documento aparte se hará llegar a la autoridad ante la que se presente el mismo, la traducción oficial autorizada.

De lo anterior, podemos derivar que existen concertaciones que hacen que a nivel internacional los documentos expedidos por funcionarios públicos adquieran la circulabilidad inmediata, pero exclusivamente en cuanto a su autenticidad y valor, más no así en cuanto a su contenido, ya que lo que no es motivo de discusión es su valor como documentos públicos, más no así el de los actos que en ellos se plasman, lo que en primera instancia si debe ser motivo de análisis para otorgarle el alcance que en ellos se contiene en nación distinta.

3.3.-Validez de las actuaciones notariales en transacciones de carácter internacional.

La interrelación que existe entre mandato y poder, como ejemplo, plantea la interrogante del Derecho aplicable a cada uno de ellos, con cada una de las opciones en caso de controversia en algún negocio jurídico, el de la aplicación de la cuestión previa, esto como ya se explicó resulta de la aplicación del Derecho

Internacional Privado, en el que tomaremos en cuenta los principios de Derecho local y la de Derecho Internacional, con un buen grado de tolerancia a éste último .

*"El derecho Internacional privado nació en 1228, cuando Acursio en su glosa del Corpus Iuris Civilis de Justiniano (siglo VI D.C.), sugirió que el juez de Módena aplicara en ciertos casos el derecho de Bolonia, porque en este pasaje asoma por primera vez la extraterritorialidad del derecho extranjero."*¹³⁰

La aplicabilidad del Derecho Internacional Privado depende de la aceptación que de él se tenga en la legislación vigente local, este tipo de normas son las que contienen en una primera parte el problema que se puede presentar y en una segunda la ley que resulta aplicable para la solución del mismo, con otra forma de aplicación, la que se contienen en los tratados internacionales y cuya aplicación se da en los territorios de los países que lo signan y sus ratificantes.

Respecto de la aplicación de derecho extranjero se dan diversas hipótesis, como por ejemplo, los problemas de derecho extranjero simultánea y sucesivamente vigentes, en cuyo caso el juez aplicará el derecho que considera más cercano a su sistema jurídico a su elección y en caso de ser sucesivos, aquel que no se aplique en forma retroactiva en perjuicio de los litigantes, ya que ésto contravendría el orden público; el problema de la cantidad de derecho extranjero aplicable, situación que se ha denominado el reenvío, en cuyo caso al declararse aplicable el derecho

extranjero, lo que se debe aplicar es el derecho internacional privado del país extranjero y no el derecho civil, mercantil o especializado del país, ya que el reenvío sólo funciona a ese nivel; el problema de la calidad del derecho extranjero, que es la discusión respecto de si el derecho que se aplica es derecho extranjero o derecho nacionalizado, por medio de la interpretación y aplicación en tribunales locales en un plano de igualdad con el derecho patrio.

*"La llamada teoría del uso jurídico establece que si nuestro derecho internacional privado ordena la aplicación de derecho extranjero, lo que ordena es que nuestro juez dicte aquella sentencia que con el mayor grado asequible de probabilidad dictaría el juez extranjero en el supuesto caso que se hubiese radicado en su fuero."*¹³¹

Cuando se acepta que el derecho aplicable para resolver una controversia lo será el derecho extranjero, no existe la certeza de los términos del mismo, en primer lugar por la dificultad para conocer todos los órdenes jurídicos extranjeros aplicables y en segundo, porque los sistemas jurídicos se encuentran en constante evolución y por tanto debe existir un parámetro de seguridad de su aplicación, este parámetro lo es el orden público internacional, que justifica en ocasiones la no aplicación de derecho extranjero aunque la norma exija dicha aplicación, esto es lo que se entiende por orden público internacional, su surgimiento está condicionado a que concurren dos circunstancias, que se admita la obligación de la aplicación de derecho extranjero y que convivan derechos basados

en diversas ideologías.

De los principales obstáculos que enfrenta el comercio internacional, tenemos el cúmulo de requisitos que se exigen a los instrumentos emitidos en los diferentes países para que surtan sus efectos en diferentes naciones, al condicionar su validez al cumplimiento de requisitos locales.

*"La circulabilidad del poder depende de su carácter abstracto de modo exactamente análogo a como la circulabilidad de la letra de cambio depende del hecho de que se libera su validez de la validez de la relación jurídica subyacente entre librador y tenedor de la letra, o sea, pues, de su carácter abstracto."*¹³²

El Tratamiento que se le da al poder en el derecho privado, ya como categoría abstracta, ya confundido con otros negocios subyacentes, incidirá en el tratamiento que le dará el derecho internacional privado, por lo que respecta a su circulabilidad depende un mucho de los sistemas implantados, por ejemplo en América los países integrantes de la Unión Internacional del Notariado Latino, tienen principios generales de constitución de los instrumentos públicos, y por tanto se agiliza su efectividad, pero existe el riesgo de que se modifique la legislación local y por tanto que ya sea posible conceder perfecta validez a los instrumentos redactados en país extranjero, por lo que es indispensable que se estipule en calidad de tratado obligatorio para todos los países, como ordenamiento supremo la imposición de una uniformidad en la redacción de instrumentos notariales para que

¹³².- Ibidem. p. 34.

sean eficaces, sin necesidad de ratificación por autoridades locales.

Cuando se presenta un documento expedido en el extranjero para que surta efectos en nuestro país, no resulta necesario entrar al estudio de los requisitos de validez del acto jurídico ahí contenido, se le debe reconocer estabilidad a un negocio jurídico sea unilateral o bilateral autorizado por funcionario extranjero, por tanto al presentar un documento expedido en país extranjero no se debe entrar al estudio de la capacidad de los otorgantes, sino la compatibilidad de los efectos que se pretenden obtener con el orden público local o internacional.

*"La capacidad de obrar de las personas jurídicas pregunta por el derecho aplicable al problema de quien puede obrar a su nombre, mientras que en la persona física la capacidad de obrar se refiere al ejercicio por si de los derechos, en la persona jurídica alude a quien puede representarla legítimamente."*¹³³

Respecto del análisis de los elementos que constituyen al negocio contenido en un instrumento, no debe ser motivo de mayor trabajo, sino del que lo redacta, siempre que se trate de un documento público elaborado por un fedatario que sea perito en derecho y su responsabilidad, sea reconocida dentro de la integración del negocio contenido; por ejemplo, la validez del testamento es previa al fallecimiento del causante, pero eficaz sólo con su muerte; la validez del poder es previa a la aceptación por el apoderado, pero eficaz sólo con su ejercicio.

¹³³.- Ibidem. p. 52

"Dos circunstancias son indispensables en la integración del documento, siendo la interpretación el método de conocimiento de la voluntad, el derecho que rige ésta, indudablemente tiene importancia en su regulación. En segundo lugar, cuando se trate de un instrumento público, el funcionario configurador y autorizante del instrumento expresa la voluntad de los otorgantes en el lenguaje técnico-jurídico de la comunidad a que pertenece."¹³⁴

El problema de las formas se manifiesta cuando no coincide al país del otorgamiento o celebración del acto con el país donde ha de producir sus efectos.

Golschmidt manifiesta: " El problema de la forma comprende tres preguntas diferentes, que, aunque algunas veces coinciden, deben separarse con pulcritud por su eventual disociación. La primera y más importante cuestión interroga por el Derecho que impone a un negocio jurídico una forma determinada o que la exime de toda exigencia formal . Si este Derecho es el derecho del país en donde el negocio jurídico se realiza, las siguientes dos preguntas carecen de importancia práctica. Las tres hallan su respuesta en la omnisciente ley local. Si en cambio, el derecho que impone la forma o que de ella exime, no es la ley del lugar en el que el negocio jurídico se lleva a cabo, se plantea el segundo problema, que pregunta por el derecho que rige la realización de la forma. Por último, y en tercer lugar ante el divorcio entre la ley impositiva de la forma y la ley reguladora de ésta, surge la duda sobre la equivalencia: la forma regulada por la ley local, es o no equivalente a la forma exigida, desde luego, parece evidente

¹³⁴.- Ibidem. p. 58.

que la ley que impone la forma, debe ser igualmente la ley que juzgue sobre la equivalencia de la forma realizada con la forma exigida; debe haber identidad entre la ley que impone y la ley que califica. Por otra parte, muchas veces se sostiene que la ley reguladora de la forma debe ser la ley local, o sea la ley del lugar en que el negocio se lleva a efecto; esta última regla es muy convincente, si la forma impuesta necesita para su realización la intervención de instituciones pertenecientes al derecho público; si se requiere, verbigracia como forma al otorgamiento de una escritura pública, no se puede exigir que en un país extranjero se acuda a escribanos del tipo doméstico, que a lo mejor en extraña jurisdicción no existen, por lo cual hay que contentarse con los fedatarios de la fe pública, que en aquella han sido organizados como tales. Si la forma es privada, su regulación no tiene que inspirarse necesariamente en la ley local." ¹³⁵

De tal manera, el Derecho que tiene la función de precisar los caracteres formales del instrumento público o del instrumento privado exigido por el derecho impositivo, es el del país del otorgamiento o celebración del acto.

"La circunstancia de que haya autonomía en el ámbito del Derecho aplicable al acto jurídico realizable por medio de un poder, repercute forzosamente en el derecho aplicable a la forma de éste. En principio, el derecho del país escogido para regir la validez intrínseca del acto jurídico objeto del poder, es el que impone también una forma al poder." ¹³⁶

¹³⁵.- Ibidem. p. 78.

¹³⁶.- Ibidem. p. 84.

"La jurisprudencia y la práctica notarial, cuando se trata de un documento extranjero, no observan las mismas exigencias, generalmente porque explican la *lex loci celebrationis* con un alcance más amplio que el de la regulación de los requisitos formales: La *lex loci* es moderadora del rigorismo de la ley del fondo."¹³⁷

Los documentos privados sin intervención Notarial y los documentos privados con intervención Notarial y los documentos privados con intervención Notarial se realiza el valor certeza de la voluntad de las partes manifestada en la autenticación de la firma, y el de validez jurídica con la elevación de la voluntad del particular a instrumento público por un perito en derecho.

La jurisprudencia toma como cierto el que los documentos Notariales extranjeros cumplen con sus legislaciones locales, el fundamento de la presunción estriba preferentemente en la función asesora y configuradora del instrumento, ya que la seguridad en la idoneidad y la responsabilidad que conlleva merece privilegios.

Mucho se ha debatido si el acto oficial extranjero merece reconocimiento per se en territorio nacional, porque si bien es cierto que un acto plasmado en documento puede tener la apariencia de legalidad, también lo es que se desconocen el cúmulo de elementos que éstos deben reunir o la forma en que se debe hacer la legalización del mismo.

¹³⁷.- Ibidem. p. 87.

Se ha dado como forma reconocida para que surtan efectos extraterritoriales los documentos oficiales expedidos en país extranjero, que éste sea autenticado por las autoridades diplomáticas de su nación de origen y posteriormente por los diplomáticos del país en que se pretenda que surta efectos, mismos que colocaran una certificación de autenticidad de firmas; lo que se constituye en la actualidad como la forma común de legalizar documentos, entre países que no se encuentran integrados al convenio de la Haya, en virtud de que los que lo han suscrito, en la actualidad pueden llevar a cabo el tráfico de sus documentos por medio de la apostilla de los mismos, lo que simplifica en gran medida y agiliza la tramitación legal.

La presunción de legalidad de un documento autenticado por funcionarios diplomáticos deriva del hecho de que en primera instancia esta legalizado por una autoridad o funcionario del país de origen y éstos conocen su derecho y acatan, por tanto no certificarían un documento que no cumpla con los requisitos de la legislación vigente, mientras que los diplomáticos acreditados en dicho país conocen a los funcionarios del país en que se desempeñan, y por tanto se encuentran en la posibilidad de certificar la firma y calidad con que se ostentan.

"No basta que el acto oficial extranjero sea respetuoso del Derecho local. Es igualmente imperativo que el funcionario que lo emitió haya tenido jurisdicción internacional, la jurisdicción internacional es el conjunto de reglas que deslindan la competencia de los funcionarios de un país de la de los

funcionarios de otro."¹³⁸

En realidad, todo acto oficial debe someterse al orden público tanto local como internacional, aunque en ocasiones tenga controversia con legislaciones internas de algún país, sin que sea ésta la regla general. Para que tenga la característica de documento oficial o dotado de crédito es necesario que tenga estabilidad fundamentado en la ley del lugar de origen, que se encuentre certificado por autoridad competente, o que el documento sea comprensible para el país en el que se pretenda que surta efectos.

Ante los problemas de la aplicación de fe pública en país extranjero se han dado otro tipo de alternativas, por ejemplo, la atribución a un ciudadano local de fe pública por un país extranjero, respecto de esto, Alicia M. Perugini señala :

*"El país de situación de éstos pretendió designar en la Argentina a un Notario Público argentino como depositario de la fe pública, para que realice los actos exigidos en el país de la inversión. El funcionario Argentino recibiría por tal actividad un sueldo y juraría lealtad y fidelidad a las leyes de un país extranjero. Desde la perspectiva del Gobierno extranjero, la conveniencia finca en el ahorro de los problemas que acarrearán los documentos extranjeros, tanto los concernientes a la jurisdicción internacional como a la validez del contenido, requisitos que atañen a la circulabilidad, legalización y autenticación."*¹³⁹

¹³⁸ - Ibidem. p. 104.

¹³⁹ - PERUGINI DE PAZ Y GEUSE, ALICIA M., Revista Internacional del Notariado, Año XXXV No. 31. Editorial O.N.P.I. Buenos Aires, Argentina, 1985. p. 77.

Sobre este particular, la propia autora nos habla de los funcionarios de un país que actúan en otro distinto, como es el caso de los diplomáticos que actúan en un territorio como representantes del propio y de los cónsules que aunque no tienen el carácter de representantes, son verdaderos promotores de un país en territorio de otro.

En principio se tiene que nadie puede ejecutar funciones de un país en otro, sin el consentimiento expreso de aquel en que se encuentra, por ello las relaciones diplomáticas se manejan en forma recíproca.

De conformidad con la ley nacional argentina, la ley de ciudadanía estipula que se pierden los derechos políticos y no se podrán ejercitar si se han aceptado empleos u honores de gobiernos extranjeros sin permiso del Congreso, por tanto, mientras no se obtenga la autorización del órgano citado, no es posible aceptar cargo alguno, sin el riesgo de perder sus derechos al contravenir una disposición de orden público, al colisionar el ordenamiento legal.

Por otro lado, si se obtuviera la autorización del Congreso, el Notario argentino que ostentara simultáneamente la fe pública de otro país en su territorio, extendería en forma indebida la jurisdicción territorial de un país extranjero, con la aplicación analogica del principio a quien se traslada a otra jurisdicción a efectuar la función que la ha sido encomendada.

"Es un principio universalmente admitido la regla locus

regit forman actus, que implica no solo una adaptación a las reglas formales vigentes en el lugar de realización del acto, sino que cuando se trata de realización de formas públicas, el Notario argentino debe asumir con plenitud el cargo de funcionario público argentino, para el Notario Público, la regla locus en el aspecto regulativo no es dispositiva como para los otorgantes, sino imperativa."¹⁴⁰

De tal manera, en una forma de respeto al orden público internacional, no es posible que un país nombre funcionarios en otro distinto, sin la autorización y consentimiento de aquel en que se pretende que funcionen, ya que este tipo de concesiones sólo se pueden dar en forma recíproca.

3.4.- Ubicación territorial de los dos sistemas mundiales de Derecho Notarial.

Como ya se ha mencionado en apartados anteriores, existen dos sistemas muy bien establecidos de Derecho Notarial, estos son: el Derecho Notarial de sistema latino y el de sistema anglosajón, de tal manera, procederemos a enumerar aquellos que se encuentran comprendidos en cada uno de ellos.

Es una sinrazón considerar al Notary Public de Estados Unidos de América, tiene similitud con el tipo latino, los conocimientos especializados en derecho del Notario Público latino, su facultad fedante, la profundidad principista de su función revisora, redactora, autenticadora, que brinda seguridad

¹⁴⁰.- Ibidem. p. 80

jurídica y que impregna a todos los negocios jurídicos en que interviene y las declaraciones de voluntad, crean un abismo insuperable.

Queda sobreentendido que es excepción a toda esta comentación, el Notariado del Estado de Louisiana de los Estados Unidos de América, porque allí y solamente allí, existe un ordenamiento jurídico Notarial de tipo latino, en razón de haber sido alternativamente dominación española y francesa, en el mismo caso esta el Notariado de Quebec en Canadá , que es del tipo latino.

De conformidad con la reunión de la Unión Internacional del Notariado Latino, los países que se encuentran a él afiliados son:

- 1.- Alemania.
- 2.- Argentina.
- 3.- Austria.
- 4.- Bélgica.
- 5.- Bolivia.
- 6.- Brasil.
- 7.- Canadá (Quebec).

- 8.- Colombia.
- 9.- Costa Rica.
- 10.- Chile.
- 11.- Ecuador.
- 12.- El Salvador.
- 13.- España.
- 14.- Francia.
- 16.- Guatemala.
- 17.- Haití.
- 18.- Holanda.
- 19.- Honduras.
- 20.- Italia.
- 21.- Japón.
- 22.- Estados Unidos (Louisiana).
- 23.- Luxemburgo.

- 24.- México.
- 25.- Mónaco.
- 26.- Nicaragua.
- 27.- Paraguay.
- 28.- Perú.
- 29.- Portugal.
- 30.- Puerto Rico.
- 31.- República Dominicana.
- 32.- Federación Rusa.
- 33.- San Marino.
- 34.- Suiza.
- 35.- Turquía.
- 36.- Uruguay.
- 37.- Vaticano.
- 38.- Malta.

39.- China.

Gran Bretaña (Observador).

Por su parte entre los países que tienen el sistema anglosajón de notariado tenemos:

1.- Canadá.

2.- Gran Bretaña.

3.- Irlanda del Norte.

4.- Escocia.

5.- Estados Unidos.

6.- Australia:

7.- Hong Kong.

8.- Panamá.

Los autores de doctrina jurídica anglosajona, consideran como orígenes de la actividad Notarial, los mismos que se toman para el sistema Notarial de tipo latino, sin embargo, existe una desviación en cierto momento, que los lleva a una función autenticadora de firmas, y una actividad de carácter secundario, al dejar la carga legal de los trámites jurídicos a los tribunales de los Estado o de la Unión.

Mediante el estudio de tres aspectos relacionados con Notary Public de Estados Unidos de América, resulta simple compenetrarse de sus caracteres ellos son: Incorporación a la actividad, tareas que realiza y documentos que elabora.

CAPITULO CUARTO.

BREVE ESTUDIO COMPARATIVO DE LOS SISTEMAS NOTARIALES ANGLOSAJON.
Y LATINO. (SEGURIDAD JURIDICA FRENTE A RAPIDEZ)

SUMARIO

4.1.- Características generales del sistema notarial anglosajón. 4.2.- Características generales del sistema notarial latino. 4.3.- La seguridad jurídica, frente a la agilidad de los trámites legales en los sistemas notariales, estudio comparativo. 4.4.- Las condiciones planteadas en el T.L.C. respecto de seguridad jurídica y agilidad de operaciones de intercambio mercantil a nivel internacional. (Marco Legal) 4.5.- Constante y variables aplicables a los sistemas notariales vigentes.

4.1.- Características generales del sistema notarial anglosajón.

Iniciaremos este capítulo al señalar algunas características que en forma general se han dado hacia el sistema notarial característico de los países de tradición legal consuetudinaria, en este apartado en específico abordaré antecedentes que se supone comunes de todo el desarrollo notarial en los países anglosajones; para lo cual en primera instancia tomaremos conceptos de origen de países con esa tradición legal, de los cuales se hace una traducción libre.

Respecto del notario dentro de la tradición de Common Law, encontramos lo siguiente:

Notario Público.- Un oficial público cuya función es administrar juramento; testimonios y certificados, en este aspecto un oficial judicial que otorga crédito y autenticidad a cierto tipo de documentos en diferente jurisdicción, tomar conocimiento de deudas y otros convenios, certificar y llevar a cabo cierto tipo de actos oficiales, especialmente en actos comerciales como la protesta de notas y cuentas, la certificación de documentos y cuentas de naturaleza marítimas en caso de daño o pérdida. Uno que esta autorizado por el Estado o el Gobierno federal para administrar juramentos, y para certificar la autenticidad de firmas.¹⁴¹ (Traducción libre del autor)

Notario o Notario público, oficial que toma nota de cualquier cosa que pueda concernir al público; hace un sistema de procedimiento en causas eclesiásticas, certifica las muertes o las elabora en forma auténtica, en otros países es el principal empleado en los asuntos mercantiles, realiza la certificación de cuentas o la protesta de las mismas. No puede permitir que otro realice los actos en su nombre. Debe haber cuando menos tres escribanos en las compañías establecidas.¹⁴²

De lo anterior se desprende que la característica es la facultad certificante, sin que se cite en forma alguna la redacción o constitución jurídica de los hechos que son puestos a su consideración, mientras que por otro lado, pocos son los autores de derecho consuetudinario que han escrito respecto del

¹⁴¹ - **CAMPBELL BLACK, HENRY**, Black's Law Dictionary. St. Paul Minn. 6/a. edic. West Publishing Co. 1990. p. 1657.

¹⁴² - **JOWITT, EARL**, The Dictionary of English Law. Volume 2 London Sweet Maxwell Limited 2 & 3 Chancery Lane. 1959 p. 1905.

sistema Notarial implantado en sus países, de ello en el transcurso de la investigación hemos localizado algunos, por ejemplo, en la Revista jurídica de Dakota del Norte, volumen 68 número 4 de 1992 los profesores Michael L. Closen y G. Grant Dixon III, señalan respecto de este tema :

"NOTARIOS PUBLICOS DEL TIEMPO DEL IMPERIO ROMANO A
LOS ESTADOS UNIDOS HOY Y MAÑANA.

I.- INTRODUCCION.

Un Notario Público es un oficial de carácter público con inusuales poderes para un oficial no judicial, los Notarios Públicos son considerados como personas de un carácter moral muy alto y son investidos con poderes usualmente reservados para la Corte, y tal es el caso de otorgar juramento. Sin embargo, el poder del Notario para administrar juramento es sólo una pequeña parte de su función oficial. Un Notario es importante en las Transacciones comerciales para minimizar el fraude en documentos signados, realmente esta responsabilidad es una de las más importantes, por que sin ésta la firma en un documento importante no tiene sino el valor del papel sobre el que se encuentra plasmada. El potencial fraude en el mundo de los negocios y en el legal es muy alto.

Este artículo reseñará la evolución de los Notarios Públicos hasta su forma actual, Iniciará con una revisión histórica del desarrollo del oficio incluyendo como se han derivado sus actuales poderes, incluirá una explicación

sobre los requisitos para llegar a ser Notario y los poderes que los Estados les encomiendan en la actualidad. El parámetro para juzgar el apropiado desarrollo notarial se estudia a continuación. Las consecuencias de la inadecuada función Notarial, incluyendo la responsabilidad legal son también examinadas. El artículo concluye con predicciones sobre futuros desarrollos, en vista de sus actividad y responsabilidades.

II.- UNA BREVE HISTORIA DE LOS NOTARIOS PUBLICOS.

Los orígenes de los Notarios Públicos pueden ser remontados a la antigua Roma. La escritura no era aún muy desarrollada en esa región durante ese tiempo. Como resultado, para hacer saber las voluntades verdaderas era necesario plasmarlas en documentos importantes como contratos y testamentos, además de conservarlos, todo esto se hacía mediante el pago de una pequeña cantidad cubierta a un particular que fue investido de fe pública y fue llamado Notario.

En razón de que la mayoría de las personas era incapaces de escribir, las firmas como las que hoy conocemos fueron muy escasas. Sin embargo, muchas personas para lograr ese fin, usualmente utilizaban un disco de metal en el que se encontraba grabado el escudo de armas familiar, después se colocaba cera caliente en el documento y se posaba el disco sobre ésta, y la impresión que dejaba el disco de metal era considerada como la firma de alguien en especial. Un documento formalizado de esta manera cuando

era preparado por un Notario, estaba dotado de un nivel muy alto de autenticidad en Roma.

Cuando el Imperio Romano crece, la necesidad del Notario se incrementa también. Esta demanda fue un resultado directo del aumento de la literatura y el aumento de capacidad de reproducción de documentos. Eventualmente los Notarios adoptaron el método de la cera y del disco metálico para efectuar su trabajo, ésta es la más lejana reseña de un sistema válido de testar documentos. Los notarios empiezan a desarrollarse y extenderse en las provincias, incluyendo lo que ahora es Inglaterra, Francia y España. Para el año 805 después de Cristo, los actos de los Notarios habían llegado a ser vitales en el orden jurídico de Carlomagno y cada Villa, Burgo y Condado tenían un Notario. Los límites territoriales fueron dibujados y autenticados por Notarios. Esta Historia del Common Law formó las bases del Derecho Notarial en Inglaterra.

En el nuevo mundo, los colonialistas tuvieron poca necesidad de los servicios de un Notario; primero hubieron muy pocas transacciones y estas fueron desarrolladas ante la presencia de la Corte y bajo el control de la misma. Los Notarios que se necesitaron fueron electos o nombrados de la misma manera que los jueces. Eventualmente el desarrollo de los Notarios Públicos se da por el comercio con Europa, las partes comerciantes necesitaban formas de cambio testificadas por una persona conocedora y responsable que no tuviera interés en el negocio. El Notario cubrió muy bien esta necesidad.

En los primeros tiempos coloniales, el nombramiento o elección, continuaba siendo el método para llegar a ser Notario. Realmente algunos de los primeros Notarios fueron nombrados por el Presidente de los Estados Unidos, sin embargo, este procedimiento rápidamente llegó a cambiarse. Las legislaturas de los Estados eventualmente tomaron control al establecer estatutos reguladores del nombramiento y supervisión de los Notarios, quienes regularmente actúan en forma delegada por la Secretaría de Estado.

Últimamente en 1983, los comisionados de uniformidad de leyes estatales, aprobaron una ley uniforme o modelo que sirviera como base de los muchos estatutos existentes. Esta ley uniforme o marco es una buena idea y muchos Estados pueden adecuar sus estatutos existentes copiándola. Esta cubre todos los puntos importantes de definición y requisitos para una apropiada legalización, conteniendo dos adiciones especialmente significativas. Primero, la forma de consecución de cada sección es muy útil, dándole significado y señalando como debe este debidamente integrada cada sección, algo considerable en la Corte cuando se interpreta un estatuto. Segundo, el modelo legal de mandatos a efecto de que el acto Notarial que se otorgue produzca efectos plenos bajo la ley estatal, otras leyes estatales, estatutos federales y aun leyes internacionales. La sección seis, al igual que el resto del modelo de ley otorga un especial y efectivo modelo para seguir por los Estados.

Durante el curso de la Historia los poderes Notariales han cambiado substancialmente. En Roma servían normalmente no sólo como escribientes, sino como asesores legales en la preparación del documento, pero como el número de abogados creció y la literatura se hizo más amplia, los poderes de los Notarios fueron gradualmente limitados. Eventualmente las funciones Notariales llegaron primordialmente a ser ministeriales tanto como judiciales. Por supuesto, esto no significa que los servicios Notariales no fueran requeridos, pero la función Notarial de otorgar consejos legales fue transmitida y delegada a ellos por la Corte. Esto es primordial dentro de los poderes que hoy todavía se tienen.

III.- CALIFICACION DEL OFICIO.

A través de los años, los estatutos han impuesto diferentes calificaciones y requisitos sobre la persona que desarrolla el oficio de Notario. Sin embargo, con las limitaciones constitucionales, en virtud que algunas eran impermisibles. En la actualidad en los diversos Estados se da una mezcla de requerimientos.

Para llegar a ser Notario, se debe primero presentar examen y obtener autorización del órgano de gobierno apropiado, esta a fines del siglo pasado lo era la oficina del gobernador del Estado o del Presidente de lo Estados Unidos, recientemente el cuerpo gubernativo apropiado es la oficina del secretario de Estado del Estado en particular

que se trate o el departamento federal de Estado, aunque esto no es en todos los casos, ya que Estados tales como Indiana, Louisiana, Ohio, South Carolina y Tennessee, otorgan la responsabilidad de las comisiones de los Notarios en las manos del Gobernador del Estado. La autorización requiere que el aplicante o solicitante tome juramento del oficio y obtenga una cédula, el solicitante que obtenga la autorización responde por la misma.

Existen muchos otros requisitos que incluyen los Estados en sus procedimientos de aplicación. Primero el solicitante debe tener al menos 18 años de edad. Segundo, el solicitante debe ser capaz de leer y escribir en un correcto inglés, como condiciones indispensables para poder ser candidato. No existe duda sobre la importancia de los poderes que se otorgan a un Notario por tanto los límites que se deben colocar, por ejemplo, que los ejerza una persona adulta, sin embargo el requisito de manejar la literatura inglesa si es variable y se modifica dependiendo del Estado, ya que por la diversidad de idiomas muchas de las transacciones comercial y legales se conducen en idiomas diferentes al inglés. En realidad el Notario desde conocer el idioma del documento que va a ser protocolizado, o al menos el idioma del individuo al que le es administrado el juramento, siendo por supuesto, válida la intervención de un intérprete como intermediario en el acto.

Otros requerimientos no han sido tan fácilmente aceptados, por ejemplo, muchos Estados han requerido que

los aplicantes o solicitantes sean ciudadanos de los Estados Unidos y/o residentes del Estado donde van a desempeñar la comisión Notarial. Texas es uno de los que tienen ese requerimiento, en 1984, en el caso Bernal versus Painter, un mexicano pero por mucho tiempo residente, solicitó ser Notario en ese Estado, lo que fue denegado por una comisión, en virtud de que no era ciudadano Estadounidense. La Suprema Corte de los Estados Unidos, dejó sin efecto tal decisión, toda vez que se consideró que tal requerimiento era una restricción inconstitucional, bajo la Cláusula de igualdad y protección de la enmienda catorce.

El juramento que requiere el oficio, ha sido también motivo de resistencia en las Cortes, algunos juramentos requeridos de oficio, son solicitado al aplicante con la creencia de Dios. El juramento de Maryland contiene esta referencia, un hombre de Maryland que era ateo, objetó el juramento cuando la fue denegada su comisión Notarial. En 1960 la Corte de apelaciones de Maryland en el caso Torcuato versus Watkins, consideró que el creer en Dios era un requerimiento constitucional permisible en el juramento de oficio, sin embargo, la Suprema Corte de los Estados Unidos, estuvo en desacuerdo en este caso manifestándose en el sentido de que la resolución de esa Corte en el sentido de creer en Dios era repugnante en la Constitución de Maryland, sin embargo, desafortunadamente todavía muchos Estados tienen el requerimiento dentro de sus leyes las que pueden ser motivo de ataque constitucional, sobre todo si tomamos en cuenta que el juramento se puede simplemente

cumplir con la responsabilidad que se le encomienda sin tener que hacer juramento por Dios. De esta Forma simple se rectifica el problema entero.

Otro requerimiento típico es que el solicitante no haya sido condenado por felonía alguna durante cierto número de años previos a la fecha de aplicación. Este tipo de previsiones han sido consideradas positivas. El propósito de esta condición en el oficio es indudablemente el prevenir que una persona con un historial deshonesto obtenga la posición de Notario, pero si bien es cierto la intención es buena, el hecho de citar felonías es un medio inefectivo para llegar a la exclusión, ya que no todos los delitos envuelven deshonestidad o felonías, ofensas tales como el fraude en cheques o el robo son clasificados como delitos menores, estas ofensas definen directamente la integridad de un individuo, y por otro lado felonías graves como lesiones pueden ser de carácter imprudencial y no modifican la credibilidad individual. Estas inconsistencias deben llevar a la convicción y previsión de eliminar cierto tipo de felonías que son motivo de ataque constitucional. En este tipo de casos, un tipo especial es el protegido, la ley requiere solamente la relación racional entre el estatuto y el propósito gubernamental de implementarlo. Sin embargo, una previsión como esta sirve como base de esta relación. Esta situación es especialmente infortunada si el estatuto puede ser fácilmente corregido y rectificar el problema simplemente enumerando los delitos que afecten la facultad de una persona para llegar a ser Notario.

IV.- AUTORIDAD DE LOS NOTARIOS.

Cuando una comisión Notarial es aprobada, se le inviste con un número de poderes y facultades, estas varían dependiendo del Estado en que el Notario desempeñe su comisión. Pero todos los Estados le reconocen poderes, facultades y responsabilidades, sin embargo, el Notario en unos es un oficial de la Corte, similar a un consejero. Pero como consejero la Corte tiene muy poco control sobre la comisión del Notario, porque el Notario es regularmente regulado y disciplinado por la Secretaría de Estado y alguna otra agencia de la rama no judicial. Estas facultades de los Notarios son ministeriales tanto como judiciales. por lo tanto los cobros de los Notarios por sus servicios son nominalmente regulados por las instancias gubernamentales, por ejemplo en Illinois, los Notarios no pueden cobrar más de un dólar por cada acta Notarial, mientras que en Arkansas, un Notario puede cobrar más de cinco dólares por cada acto Notarial. En suma, el Notario es un funcionario Cuasijudicial, actuando dentro del campo judicial de la Corte pero controlado por las ramas legislativa y ejecutiva.

Hablando generalmente, todos los Notarios tienen el poder de administrar juramento a las personas de la misma manera que en la Corte. Este poder es general y aplicable a todas las personas en una variedad de situaciones incluyendo declaraciones, interrogatorios y firmas. La violación a este juramento constituye perjurio y es tan punible como cualquier otro acto de perjurio ante la Corte.

Una distinción entre Notarios Públicos y reporteros de Corte, necesita ser señalada, un Notario Público, es aquel que una vez que ha hecho su solicitud y ha cumplido con todos los requisitos que la ley le señala para el oficio, es designado como Notario; un reportero de Corte es aquel que transcribe las conversaciones entre las partes en una declaración dentro del procedimiento de la Corte, aunque ambos títulos son invariablemente desempeñados por la misma persona, la distinción de los roles es importante. El Notario es un oficial público, investido de poderes y con autorización emitida por la administración así como por la Corte. El reportero de la Corte es un individuo que es pagado por transcripción y sus motivos no son especialmente importantes, si se hace necesario imponer una sanción al deponente durante la declaración, ésta solo puede imponerla el notario, no el reportero de la Corte.

La Suprema Corte de los Estados Unidos, ha señalado que el Notario tiene el poder de imponer fianzas, al igual que una Corte lo hace. En el caso de Bevan versus kriegler, la esposa de un asesinado en Ohio, acusó a tres personas del asesinato, tres testigos, fueron citados con apercibimiento, uno de los declarantes fue apercibido para traer papeles con él y así acreditar su personalidad, uno de los testigos se rehusó a contestar preguntas dentro de la declaración cuando se llevó a cabo en presencia de un Notario, el testigo fue apercibido por el notario y arrestado, la Corte declaró que un Notario era competente para juzgar y validamente imponer correctivos a un testigo

privilegiado bajo la ley de Ohio. Esto fue válido en Bevan donde el declarante rehusó contestar las preguntas enumeradas en su pliego y el reusamiento total provocó la decisión de sancionarlo, tal como la haría la Corte. El poder de un Notario en Ohio, para sancionar a un testigo existe todavía a la fecha.

Uno de los más importantes y frecuentes poderes usados por un Notario Público es el de certificar firmas. El escenario típico es el de una persona que firma un documento que va a ser protocolizado presenta evidencia suficiente a satisfacción del Notario sobre la persona que afirma ser, la persona firma entonces el documento en presencia del Notario y el Notario formaliza testificando la firma colocando el sello Notarial, signando y fechando el documento.

Esta certificación por un Notario es requerida en muchas Cortes y en agencias de Estado. Con esta verificación otras personas pueden tener como válido un documento aunque ellos personalmente no hayan presenciado la transacción.

Muchos estatutos señalan que aún y cuando la firma del documento no se haga en presencia del Notario, si este conoce a los signantes, si puede fedarlo, El corolario de las providencias de verificación proviene del Notario titular de la comisión. Por ejemplo, alguien puede simplemente firmar un documento y en el momento de estar

frente al Notario sólo reconoce como suya la firma existente en el documento como suya.

Para lograr una perfecta certificación de la firma que obra en un documento, el Notario no simplemente debe verificar la identidad de los firmantes y colocar su nombre, la ley demanda que el sello del Notario debe ir colocado en el propio documento, de igual manera, un notario no debe solamente colocar su sello sin rubricar o fechar el documento, estos tres pasos firma, fecha y sello, son requeridos en todos los casos. Sin embargo, si el litigio fueran sobre la controversia, si esta o no bien notarizado el documento o sufre algún error técnico por parte del Notario, una Corte puede y debe tomar en cuenta las condiciones que permitan substancialmente validar el documento.

Algunas jurisdicciones han aumentado tremendamente los poderes de los Notarios, por ejemplo en Lousiana, donde existe una tradición de Derecho civil, los notarios tienen muchos más poderes donde se combinan los de Corte, justicia de paz, inventarios, particiones, recibe cuentas, contratos matrimoniales, todos los contratos e instrumentos escritos, reconocimiento de relaciones familiares y reconocimiento de créditos. California, por ejemplo, tiene en los notarios depositadas otras facultades, ellos pueden demandar la aceptación y pago de letras de cambio nacionales y extranjeras, notas relativas a la protesta de no aceptación o falta de pago y otras facultades autorizadas por la ley y otros Estados del País. Asimismo, las obligaciones de los

Notarios se incrementan en los Estados tanto como éstos necesitan que el Notario lleve el control de las transacciones en que intervino.

Aun más, hay algunos límites a la acción típica Notarial, en los más de los casos, la comisión esta referida a un Condado en particular del Estado. de hecho, el último escalón del procedimiento burocrático es registrar la comisión Notarial en el Condado en que se desarrolla. este paso requiere un pago adicional de registro durante este proceso aún no es realmente un Notario autorizado. El Notario debe continuar residiendo en su condado o región durante el desempeño de su comisión, pero usualmente puede ejecutar documentos en todo el Estado; los límites estatales son los límites del poder Notarial.

Otra situación concerniente a esto, especialmente sobre aquellos que residen en los límites de dos o más Estados, o viajan frecuentemente, es posible que una persona pueda ser Notario en más de un Estado. Porque hay Estados que no requieren que las personas sean ciudadanos de los Estados Unidos resulta comprensible que algunos otros no requieran que el Notario sea residente de su Estado, algunos otros, en cambio tienen la prohibición de que la comisión de Notario se pueda desempeñar en más de un Estado. Usualmente este requerimiento se ve acompañado con el requerimiento de que el Notario sea residente del Estado, algunos estatutos señalan la revocación automática de la comisión en otro Estado.

El requerimiento de residencia, demanda que el prospecto a Notario resida en el Estado durante un cierto periodo de tiempo previo a ser elegible para la comisión, esto nunca ha sido controvertido en las Cortes. es difícil predecir como la Corte puede decidir sobre una controversia de este tipo. Sin embargo, si el ordenamiento requiere residencia sólo por un corto periodo de tiempo, con base en la conveniencia administrativa es mucho más fácil llegar a cumplir el requisito, igualmente la revocación de la comisión por movimiento de Estado no ha sido controvertido. esto puede ser motivo de un ataque por considerar inconstitucional, en virtud de que todos los habitantes se encuentran protegidos por un principio de igualdad y protección. Puede ser una buena analogía para este argumento la igualdad de protección en la práctica del Derecho.

La comisión Notarial no es de carácter indefinido, todos los Estados señalan que la comisión expira después de un cierto número de años, este varía de dos a diez años, mientras que el medio se sitúa en cuatro años, la renovación usualmente es un medio para llenar requisitos, renovar la cédula, pagar el importe y el registro de la comisión en el Condado de residencia.

Pero qué sucede cuando, por ejemplo, una comisión Notarial es renovada pero falta por registrarse la nueva comisión, y en el término verifica la firma de un documento, el problema surge cuando éste llega a la Corte

y la intención del documento no es clara y especialmente difícil cuando el documento signado no puede ser reconvalidado, como es el caso de un testamento.

Por ejemplo, el caso de la Sucesión Galway, la Corte de apelación de Louisiana usa un término de una figura denominada Notario de hecho, siendo aquel cuya comisión es inválida porque hay requisitos técnicos que no cumple y la comisión es válida en otros aspectos. El Notario de hecho determina siguiendo a la Corte un funcionario que cumple con los requisitos legales más no los administrativo señalados en el estatuto aplicable. Otras Cortes han seguido el mismo procedimiento.

V.- RESPONSABILIDAD POR FALTAS.

El parámetro de responsabilidad de un Notario Público es el común establecido en la ley, el Notario debe actuar en forma razonable y prudente como lo haría algún otro Notario en la misma situación. Entonces el Notario no puede actuar negligentemente, imprudencialmente o intencionalmente para escapar de su responsabilidad. La situación es el probar que el Notario ha cumplido con sus obligaciones con base en los parámetros de desarrollo profesional.

El ordenamiento legal requiere de un Estado en particular que inevitablemente señale cuales son las responsabilidades Notariales dentro de la actividad que se autoriza llevar cabo dentro de los límites de su

jurisdicción.

Por ejemplo, el Notario es generalmente sólo responsable por acciones cometidas como Notario. Por testificar una firma el Notario no esta testificando la validez o efectos legales de los documentos donde la firma aparece. La negligencia legal derivada de la falta de efectos jurídicos de la acción de un Notario no resulta una acción viable por daños en contra del Notario, tal y como se endereza en forma apropiada en contra del mismo por una acción profesional mal realizada.

En un caso ventilado en la Corte se decidió si el Notario tenía la obligación de señalar si el documento era legalmente inválido, pero no es posible exigírselo a las personas que sólo actúan como Notarios. Por ejemplo, si un consejero actúa como Notario en una transacción, y no más sus conocimientos como consejero sobre los efectos legales de un documento resultan irrelevantes.

Sin embargo si le es contratado como consejero, y manifiesta su opinión sobre el mismo respecto de su validez o no y las consecuencias legales del mismo, entonces su responsabilidad es por el asesoramiento brindado y la actividad realizada. Pero si un consejero-Notario aconseja sus clientes a falsificar las firmas de un documento y después da fe del mismo, este perderá su licencia como Notario y como abogado, siendo igualmente aplicable la sanción a aquel que interviene fedando negocios en los que tiene interés.

Por lo anterior, una cuestión que escapa al tratamiento de la Corte es qué es lo que constituye estar interesado en un documento, una definición describe que interés es un derecho, título o deseo de algo, la palabra interesado es usada en diversas acepciones, también denota el objeto de un deseo humano; en la materia concerniente a los Notarios Públicos, el problema empieza cuando el desarrollo de sus actividades, pueden existir posiciones en las que el sujeto tenga objetos de su deseo humano.

Las Cortes están haciendo su determinación, sin embargo, existen situaciones análogas en varios campos, por ejemplo, los jueces se excusan de conocer cuando ellos tienen interés en litigios pendientes, pero el caso más cercano a la situación del Notario, es aquella en que en ocasiones un beneficiario es descalificado para tomar parte en un Estado en que fue parte en un testamento como testigo. esta analogía prevé y establece el caso legal en que los jueces pueden modificar su determinación o cuando el notario esta interesado en un documento notarizado por él.

Pero en estricto sentido, cada Notario esta interesado en las transacciones donde se desarrollan sus servicios. el Notario esta otorgando su fe para desarrollar su actividad fedataria y por tanto esta interesado en cada transacción. El asunto para la Corte se da en el sentido de si el interés del Notario en el

momento de efectuar su actividad Notarial podría ser suficiente para invalidar y descalificar su testificación de firma.

Se supone por deducción, que un consejero prepara un documento legal para la firma de su cliente, el consejero si es también Notario puede llevar a cabo la certificación de la firma de su cliente, es esto válido, algunos dicen que no, ya que el consejero es limitado como un profesional que tiene un trabajo legal con el cliente, seguido de una fe substancial. Para la preparación del documento, el consejero tiene un verdadero y real interés en la transacción, las garantías y todo lo relacionado con su fe legal, esta no es tan lejana como la de un testigo independiente pues vigilante de sus propios intereses. La destrucción total de la imparcialidad, puede también destruir la habilidad del notario consejero para certificar la firma de su cliente en su trabajo legal.

Qué pasa cuando el consejero forma parte de una firma que certifica la su cliente, es factible por disposición de la ley que la certificación no es inválida. en un sentido real todos están interesados en la transacción y no por otra razón sino para ver avanzar y prosperar el negocio. Esto se puede llevar a cabo desarrollando la actividad dentro de los parámetros de integridad y acorde a una prudencia Notario profesional.

Si el Notario viola el parámetro de prudencia

notarial, el notario es responsable por todas las faltas cometidas , los elementos para una causa de acción de negligencia o derivada de ésta, debe ser establecido bajo un planteamiento claro, bajo una mal practicada teoría debe demostrar que el Notario ocasionó con su actividad un daño y éste es producto o fue ocasionado por su falta bajo un supuesto de la teoría contractual se debe establecer cual fue la falta en el desarrollo del Notario. El daño debe ser actual y producido por la propia certificación de firma realizada para que sea válida la reclamación por daños derivados de una inapropiada certificación. El daño no se limita a las partes que firman sino a las terceras partes. Un ayudante que interviene en este acto de negligencia del Notario, puede ser sujeto de responsabilidad.

Existe plenitud de responsabilidad por faltas cometidas por los Notarios. Cuando se prueba que los actos cometidos por el Notario son intencionales, ellos son responsables de todas las consecuencias incluyendo el fraude. Si un Notario se ha puesto de acuerdo con las partes en la transacción, el Notario puede ser acusado de dicha conspiración, el Notario puede ser acusado por la responsabilidad derivada de su falta Notarial.

Es posible que un acto en realidad insignificante resulte en una tremenda responsabilidad para el Notario, por ejemplo, es muy común la testificación de las firmas de un comprador y de un vendedor cualquiera, pero el vendedor no esta presente en el acto y no es visto por el

Notario. El vendedor obtiene una mejor oferta por parte de otro comprador y niega el contenido de su declaración o promesa de venta, en este orden de ideas, respecto de la venta el Notario puede ser responsable ante el comprador originario de la pérdida del negocio. El monto del daño en este caso es el de pérdida de la expectativa del comprador sobre la adquisición existiendo diferencia entre el avalúo comercial, y el valor consignado en el contrato. Si uno considera que los valores de los objetos son muy altos, es fácil apreciar como la responsabilidad se puede incrementar en miles de dólares.

La cédula Notarial puede brindar muy poca protección al Notario, en tal situación, usualmente esta cédula ofrece protección por sumas nominales de carácter general y por sumas promedio de cinco mil dólares o menos, esta responsabilidad se extiende hasta esa cantidad y no más. Entonces el Notario es potencialmente considerado con una gran responsabilidad, aunque por otro lado puede existir el caso en que no tenga ninguna.

VI.- DESARROLLO FUTURO.

En un futuro, el número de procedimientos por faltas notariales se incrementó sin duda, esto se da por el uso de la confianza en la fe pública del Notario, el público inevitablemente ve al Notario como el responsable de las faltas en sus asuntos.

Por supuesto, la Corte atempera esos esfuerzos de

los particulares y los abogados que intentan por todos los medios encontrar responsabilidades, lográndolo con, por ejemplo, la creación de figuras específicas como la del Notario de hecho, ya señalada. Si los tecnicismos no son suficientes, el espíritu de la responsabilidad del Notario en su función si es real.

Como un resultado de la potencial responsabilidad Notarial, las legislaturas han tratado a través de diversos medios la regulación de los Notarios, una manera en como han logrado dicho control es otorgando la cédula nominal como requisito indispensable para desempeñarse como tal. Una forma de lograrlo y que beneficiaría a todos es obligar a los notarios que tuvieran vigente una póliza de fianza suficiente para cubrir eficazmente los diferentes problemas que pueden surgir derivados de su actividad.

Los cambios también van en relación con los avances tecnológicos , hoy todos los actos Notariales deben estar acompañados de los avances tecnológicos, el advenimiento de facsímil, teléfonos celulares, y video teléfonos, esto es posible cuando los estatutos se van adecuando a la aparición y avance de los medios tecnológicos de transmisión de datos.

Se sugiere la eliminación del requerimiento de presencia de las personas para la certificación de las firmas substituyéndose por video teléfono y facsímil, sin embargo, no podemos dejar a un lado lo conveniente que ha

resultado este requerimiento como resultado de un tradición romana. Brindando la seguridad de la aparición personal, sin embargo provoca mayor dificultad en el desempeño del trabajo, con la ventaja de preparar la confrontación e identificación total de la identidad de los comparecientes. Este rigor minimiza el fraude, entonces el requerimiento de la presencia personal no ofrece dudas.

Realmente, la tecnología avanza y sin embargo, la necesidad de los servicios materiales existen y no pueden eliminados en algunas instancias, por ejemplo, una práctica común es videograbar la firma de un acto de última voluntad, pero, lo que se puede testificar es que se esta plasmando la firma de alguien en un documento, con su puño y letra, evitando la intervención en este caso de un Notario, sin embargo, no es factible que en cada documento comercial se realice una video grabación, ya que tomando en cuenta lo que en tiempo y espacio se convierte la firma en un papel y el sello del Notario frente a lo que implica realizar una videograbación. Adicionalmente el falsificar o alterar una videograbación se ha hecho común con el avance tecnológico, la función notarial evita este tipo de fraudes.

El sello del Notario originalmente fue desarrollado de la cera caliente y la impresión del escudo de armas familiar en la parte inferior de las páginas de los contratos, eventualmente la impresión de un sello con tinta en papel fue desarrollado. En la actualidad se han

desarrollado nuevos métodos de seguridad en tinta que dificultan su falsificación adoptándose medidas como impresiones holográficas en los sellos Notariales.

Lo anterior, con la finalidad de evitar la duplicación de los sellos con el propósito de asegurar la genuinidad de la certificación hecha por el notario, pero ciertamente el presente método seguirá modificándose según el avance de la tecnología.

VII.- CONCLUSION.

El desarrollo de los Notarios Públicos en los Estados Unidos ha sido producto de los Notarios del imperio Romano. Primero hubo una utilización mínima, pero cuando el imperio creció, aumentó la necesidad de sus servicios, en los Estados Unidos, existían unos cuantos, ahora hay cerca de cuatro millones. Los Notarios en el futuro de sus responsabilidades profesionales no cambiarán, ya que realmente son una parte vital del sistema legal y comercial.¹⁴³

De lo anteriormente expuesto, podemos apreciar que en forma general los autores de doctrina jurídica anglosajona, consideran como orígenes de la actividad Notarial, los mismos eventos que se toman para el sistema Notarial de tipo latino, sin embargo, existe una desviación en cierto momento, que los lleva a una función autenticadora de firmas, y una actividad de

¹⁴³.- Traducción libre del autor

carácter secundario, dejando la carga legal de los trámites jurídicos a los tribunales de los Estado o de la Unión, es decir de la federación; e importante resulta el señalar como el sistema de asignación de comisión ha evolucionado al igual que el latino, hasta el punto de que actualmente a pesar de la facilidad de su actuación, se hace necesario el aprobar un examen de aptitud para poder acceder a la prestación del servicio público, mismo que se desempeñará por motivos fiscales en forma temporal, además de los requisitos de probidad que por el desempeño de su actividad deben tener.

Resulta relevante también, el que la función fedataria que desarrollan los notary Public dentro de su sistema legal, los anglosajones lo entienden como indispensable para la agilidad de las operaciones mercantiles, por lo que el elevado número de ellos se constituye en algo normal y lógico.

Aplicándose al tema tratado la afirmación de que "*A manera de endemia jurídico Notarial de tiempo en tiempo, la figura del Notary Public de Estados Unidos de América toma actualidad en ámbito del Notariado de tipo latino, sea para señalar hipotéticas similitudes, sea para destacar insuperables diferencias.*"¹⁴⁴

La actividad de los notarios en el sistema jurídico anglosajón se constituye en una actividad de carácter primordial en el tráfico comercial, en el concepto de que no es función de tales fedatarios el llevar a cabo actividades de

¹⁴⁴.- BAUTISTA PONDE, EDUARDO. Revelaciones Ilustrativas sobre el Notary Public de Estados Unidos de América. Colegio Notarial Provincial de Mendoza, El Notario. No. 4 1987 Mendoza, Argentina. p 137.

constitución de actos jurídicos, asesoría y redacción de instrumentos, su actividad se concreta a certificar firmas, identificar personas y en ocasiones certificar hechos; por lo que la diferencia con el fedatario latino estriba en que no tiene como requisito el ser perito en derecho, garantizando la ejecución de su labor mediante la contratación de fianzas que resultan en su momento efectivas económicamente, pero se dejan a un lado la seguridad jurídica de los actos en que intervienen.

Si observamos como fundamento las diversa modificaciones legales que se hicieron y aquellas que no se pudieron llegar a realizar, se debe tomar en cuenta que *"En el análisis científico es aconsejable soslayar los riesgos de utilizar las identidades gráficas y fonéticas para valorar el contenido de instituciones jurídicas y, desde luego, también, para interpretar los procesos históricos. No es prudente tampoco recoger versiones anecdóticas o narrativas no confirmadas verazmente y en lo Notarial bastante ocurre esto."*¹⁴⁵

4.2.- Características generales del sistema Notarial latino.

Para iniciar este apartado resulta apropiado tomar en cuenta el comentario que se transcribe :

"El Notariado no es exclusivamente español, sino que, con diversas variantes, se han desarrollado paralelamente a través del tiempo en varios países cuyo derecho se inspira en el

¹⁴⁵.- Ibidem p.138.

romano sobre todo los denominados latinos, y en otros muchos, por aquellos colonizados y civilizados, de tal suerte que constituye una institución ampliamente extendida en grandes áreas del mundo en las que esta solidamente arraigada y desempeña una función capital entre las diversas estructuras jurídicas. De este modo, la institución Notarial ha ganado terreno en el ámbito internacional y suscita interés y atracción en naciones incluso de áreas culturales muy lejanas. De ahí que puede hablarse de un moderado y legítimo expansionismo del que son ya testimonio la presencia en la Unión de Notariados en naciones como Alemania, Holanda, Austria, Grecia, Estados Unidos de América y Canadá y que, en consecuencia, el rasgo de la latinidad vaya perdiendo su carácter exclusivo y definitorio. El perfil del Notario latino en general se asemeja al español, se caracteriza por una mayor acentuación de la faceta asesora y profesional, destacando en primer plano la actuación del Notario como jurista, siendo fundamental señalar que se caracteriza por la fusión entre la función pública y el asesoramiento profesional independiente e imparcial y por la retribución a cargo de los particulares que solicitan su intervención.¹⁴⁶

De acuerdo a los diversos autores de la materia, el desarrollo histórico de la profesión se ha dado con diversos individuos que realizaban actividades especializadas como los siguientes: el tabelión, apareció posiblemente en tiempo de Alejandro Severo (222-235) dedicándose a aplicar sus conocimientos jurídicos para asesorar y redactar documentos

¹⁴⁶.- GOMA SALCEDO, JOSE ENRIQUE.- Derecho Notarial, Editorial Dykinson. Madrid, España. 1992. p. 14.

exclusivamente entre particulares y caracterizándose muy, pero muy especialmente, por no pertenecer a la administración del estado romano, por no ser un funcionario público. Por otro lado, existía el Tabulario, que se ocupaba de las tareas censales, que llevaba la contabilidad en la administración de las provincias, que guardaba la documentación relacionada con el estado civil de las personas, que inventariaba lo que fuera de propiedad pública y también conservaba los archivos de la Comuna.

De lo anterior podemos advertir como ab ovo, la condición no funcionalista del tabelió es lo que substancialmente lo distinguía. Escritura y audición confusionista. La confusión que provoca a los desprevénidos lo de Notary Public por grafía y por fonética tiene ancestrales en lo histórico Notarial.

El Notario romano recibiría ese nombre sencillamente porque tomaba notas y lo hacía tan rápidamente que recogía las versiones al correr de las palabras, fue entonces un sucesor del taquígrafo y no del Notario.

El Pretor romano tenía un buen colaborador que redactaba las instrucciones y los decretos: era el escriba, bien pagado, liberado del servicio militar, hospedaje a cargo del Estado, ubicación preferente en los espectáculos públicos, de Notario, nada.

Los riesgos de la grafía semejante y la similitud fonética no ceden a través de los siglos. Ahora aparecen como Notary Public de Estados Unidos de América o de la ciudad de Londres

o Notarus public de Suecia y hasta Ruso.

Puede ocuparse de cualquier cosa o no ocuparse de nada. Eso si, debe ser honesto o tener fama de honesto. Sumada a la honestidad se requiera mayoría de edad que, en aquel país, se alcanza a los 18 años, acorde con el sistema político federal, hay variaciones en algunos estados en los que aparecerá que se busca mayor madurez, porque deben cumplir 20 o 21 años.

Ha menester acreditar sus conocimientos y ellos consisten en saber leer y escribir, en algunos Estados tienen que someterse a un severo examen, pero no determinativo de saber jurídico, sino para evaluar si tiene aptitud para cumplir con su sencillísima tarea certificante.

Su ignorancia del Derecho hace que les esté prohibido asesorar y también redactar, salvo la ya expresada excepción si se trata de un abogado. Su labor consiste en identificar al compareciente y lo hace pidiéndole que le exhiba el documento con que acredita su identidad, sin que exista distinción alguna si es documento oficial o privado, hecho lo cual procede a la certificación del documento que se le ha dado para tal fin, y no hace más que eso, es una labor secundaria que queda probada con el insignificante arancel, que según el Estado, va desde ocho centavos hasta dos dólares.

Derivado de lo anterior es que se entiende el que por lo regular, este tipo de servidores juntan lo de su sueldo con algún otro ingreso derivado de certificaciones.

Es común que las oficinas de abogados cuenten con varios Notary Public, a fin de brindar el servicio a sus clientes, para la cual capacitan a varios de sus empleados para que adquieran dicha autorización.

También los hoteles de lujo, agencias inmobiliarias, entidades aseguradoras, financieras y en general aquellas negociaciones que pretenden servir con eficiencia a sus clientes cuentan con tales empleados, que independientemente de su sueldo ganan otro dinero extra con la certificación de documentos en los locales que laboran.

Su actividad se reduce a certificar firmas, certificar declaraciones, esta tarea certificante y hecha de manera tan rudimentaria pretende ser tenida como gran solución para las relaciones jurídicas no solamente en Estados Unidos, sino también en el plano internacional, como resultó de los diálogos entre el personal representante de nuestro país y los promotores del régimen estadounidense dentro del acuerdo tomado para la elaboración del Tratado de Libre Comercio de América del Norte.

El Notary Public americano, no guarda copia del documento ni siquiera sucinta constancia de lo certificado, sin embargo, aún y cuando su trabajo es sencillo, en ocasiones lo hacen mal. Como solución para soslayar su responsabilidad por sus hechos y omisiones pactan seguros que cubran esos riesgos, en realidad, su ideario profesional no se vincula con la seguridad jurídica, sino la percepción de dólares con cobertura liberatoria de responsabilidad.

Para superar los riesgos de la responsabilidad de los empleadores por los hechos y omisiones de sus empleados que actúan a manera de Notary Public, se pactan coberturas que alcanzan asimismo a los empleadores.

Queda sobreentendido que es excepción a toda esta comentación, el Notariado del Estado de Louisiana de los Estados Unidos de América, porque allí y solamente allí, existe un ordenamiento jurídico Notarial de tipo latino, en razón de haber sido alternativamente dominación española y francesa, en el mismo caso esta el Notariado de Quebec, que es del tipo latino, constituyéndose en reducto del sistema legal de seguridad jurídica inmerso en la producción jurídica del Common Law anglosajón.

La vinculación con los Notary Public de Estados Unidos de América, no solamente no es aconsejable sino también es peligrosa. El juego no es limpio. Nosotros predicamos y aplicamos las normas del Notariado del tipo latino en los países donde la normatividad es aplicable o puede tener aplicabilidad sin avanzar sobre el ordenamiento jurídico de otras naciones, pero la Comisión de Asuntos Americanos ha detectado como la forma certificante documental de Estados Unidos de América, no obstante sus deficiencias, intenta infiltrarse en Latinoamérica, con la inserción de normas no compatibles con la filosofía jurídica de los códigos nacionales.

4.3.- La seguridad jurídica, frente a la agilidad de los trámites legales en los sistemas notariales, estudio comparativo.

Para poder entrar al estudio de este apartado expresaré en forma breve lo que se ha determinado entender por Derecho Comparado, a fin de evitar dudas respecto si es posible o no, llevar a cabo este tipo de trabajo y si es válido tratar de obtener conclusiones de él:

"Derecho comparado, es la disciplina que estudia los diversos sistemas jurídicos existentes para descubrir sus semejanzas y diferencias. . . La escuela de los Posglosadores efectúa en la Edad Media los primeros estudios serios de derecho comparado. . . sin embargo, en aquella época se carece todavía de objetividad, y la comparación tiene como único fin demostrar la superioridad del derecho propio. . . en el Renacimiento, algunos autores ingleses realizan el parangón entre el Common Law y el derecho continental. . . El derecho comparado, es una disciplina con un enfoque propio para el estudio de los fenómenos jurídicos, y no una rama del derecho. A este respecto René David opina: no existen normas de derecho comparado en igual sentido que existen las del derecho civil o penal. El derecho comparado no es una parte del derecho vigente, el derecho comparado es simplemente un método aplicable a la ciencia jurídica. Ahora bien, no se debe confundir el estudio del derecho extranjero con el derecho comparado. En el primero existe simplemente un análisis unitario de un sistema de normas, mientras que en el segundo, se da la comparación de dos o más sistemas jurídicos. . . La doctrina está de acuerdo en

considerar que el objeto de esta disciplina es la comparación de dos o más ordenamientos jurídicos distintos y autónomos. . Las principales aplicaciones del derecho comparado son: 1) la mejor comprensión del derecho nacional. En efecto muchas de las instituciones jurídicas tienen su origen en el extranjero, 2) el perfeccionamiento de la legislación nacional y 3) la unificación legislativa. Se ha hecho sentir la necesidad de eliminar particularidades de la legislación de cada país que constituyan obstáculos para el incremento de las relaciones internacionales".¹⁴⁷

Para reforzar la anterior definición, a continuación citaré otra, en la que se contienen algunos elementos más, que vienen a configurar en forma conjunta un concepto más claro de lo que debemos entender por método comparativo o estudio comparativo dentro del campo del Derecho.

"Derecho comparado es la rama de la ciencia del Derecho que tiene por objeto el estudio de los diferentes sistemas jurídicos, poniéndolos en relación para fijar los elementos comunes y obtener no solo finalidades de reconstrucción histórica, sino también otras de tipo interpretativas y de orden crítica y político o de reforma. . . El Derecho comparado es más exactamente un método de estudio y exposición del Derecho que considera las instituciones jurídicas no aisladamente, no limitándose a las de un país determinado, sino en relación con las similares de los diferentes países. . . Los juristas conceden al estudio comparativo del Derecho una

¹⁴⁷. CORNEJO CERTUCHA, FRANCISCO M., DICCIONARIO JURIDICO MEXICANO. - Tomo II. Editorial Porrúa. México, D.F. 1992 p.966.

importancia formativa igual a la que se ha atribuido tradicionalmente a la historia del Derecho . . . Lambert ha atribuido al Derecho comparado la virtud de dotar a la doctrina y a la jurisprudencia de un poderoso elemento para dar una base sólida a la interpretación de los diferentes de los diferentes derechos nacionales. Los juristas en general reconocen actualmente que la confrontación de los sistemas jurídicos de los diferentes países, que constituyen la tarea fundamental del comparatista, al mismo tiempo que lleva el conocimiento del Derecho mundial, facilita el más perfecto de los sistemas jurídicos particulares. . . La conveniencia del estudio del Derecho comparado si necesitase justificación, la tendrá plenamente en la utilidad que su conocimiento supone para el progreso de la legislación y en el servicio que presta para cubrir las exigencias de la vida de relación internacional, cada día más intensa. . . Al jurista moderno no le basta con el conocimiento del Derecho de su propio país, sino que, en virtud de la acentuación de las relaciones entre los pueblos, más frecuentes cada día, por las exigencias del comercio y de la vida intelectual, se encuentran en múltiples ocasiones en la necesidad de tomar conocimiento del derecho extranjero. Las actividades del hombre de nuestro tiempo se traducen en gran medida en relaciones que rebasan la esfera de lo nacional y como estas relaciones en su mayor volumen caen dentro de la esfera de la jurídico, no pueden por menos exigir la atención de los profesionales del Derecho. "148

¹⁴⁸. DE PINA VARA, RAFAEL. DE PINA, RAFAEL. Diccionario de Derecho. 22 Edición. Edit. Porrúa, México, D.F., 1996. p 230.

Dentro de la doctrina jurídica argentina, también se habla del Derecho Comparado y de la comparación como método científico de investigación, a continuación daré algunas características de éste.

"La comparación es un método científico de investigación. Al proceso para descubrir y examinar las semejanzas y diferencias entre dos o más sistemas jurídicos se denomina Derecho comparado . . . es sustancialmente experiencia, confrontación de los Derechos diferentes: el método comparativo llevado al terreno de las ciencias jurídicas. . . no se reduce al momento de la comparación, su aplicación converge con otros medios de investigación y va más allá impulsado por el carácter complejo de su finalidad; contribuyendo al progreso de las disciplinas jurídico-sociales en los planos nacionales e internacionales. . . Por consiguiente, la función metodológica del Derecho comparado se traduce en algo más que en la mera comparación de Derechos. . . Tampoco se infiera que el objeto de los estudios comparativos se reducen tan sólo a los aspectos coincidentes o semejantes de las diferentes técnicas, ya que el verdadero método científico reclama el estudio de las causas para luego apreciar los resultados y señalar las directivas de cada sistema. . . En la actualidad se exige la comprensión de las grandes culturas jurídicas mundiales para la adaptación del Derecho a las condiciones económicas de la vida social, contemporánea, determinar las notas comunes o diferenciales que existen entre las instituciones vernáculas y las extranjeras. Fácilmente se comprende que este método permite salir del regionalismo o de la intransigencia local, para ir modelando poco a poco las nuevas formas que substituyen la vieja

mecánica legislativa por una progresiva en armonía con una ciencia social permeable a las corrientes filosóficas modernas. . . El método comparativo no ha de consistir en el mero cotejo de textos legislativos, ni en el superficial parangón de las instituciones jurídicas de diferentes pueblos, es el análisis de la materia jurídica mediante definiciones y distinciones. . . El Derecho tiene una base sociológica de contenido esencialmente humano y cuyo carácter progresivo es impulsado por un penetrante espíritu internacional que reclama la necesidad de una adaptación normativa a las exigencias cambiantes de la vida económica y social. . . las tendencias unificadoras hacia un ordenamiento jurídico internacional marcan el derrotero del Derecho comparado para esclarecer no sólo la trayectoria del propio Derecho en esa dirección, sino para obtener una clara conciencia de las características del Derecho nacional. . . El Derecho comparado es la disciplina jurídica que se propone, por medio de la investigación analítica, crítica y comparativa de las legislaciones vigentes, descubrir los principios fundamentales relativos y el fin de las instituciones jurídicas y coordinarlos en un sistema positivo actual. . Si se toman en cuenta Derechos de diversos Estados, la investigación comparativa a de proyectarse tanto para buscar analogías cuanto para subrayar las diferencias existentes. . . La necesidad de estudiar el Derecho extranjero habrá de impulsar las investigaciones comparativas hacia una moderna disciplina de contornos definidos y científicos, planea da en la evolución jurídica y social."¹⁴⁹

¹⁴⁹ - M. JUSTO ALBERTO. Enciclopedia jurídica Omeba, tomo IV. Editorial Bibliográfica argentina, Buenos Aires, Argentina. 1985. p. 40.

El factor económico ha determinado los campos sociales y jurídico, las actividades del individuo dentro de la sociedad reaccionan de conformidad a los lineamientos establecidos por la economía tanto nacional como internacional. Nuestro país no podía ser la excepción, como consecuencia del Tratado Trilateral de Libre Comercio, el orden legal de la nación se vio doblegado ante las presiones económicas de las países más fuertes, en virtud de que posterior a los acuerdos generales, las negociaciones establecidas para la concreción de los anexos del referido tratado fueron totalmente álgidas.

La seguridad Jurídica del sistema legal de tipo latino se ve impactado con la integración de principios de derecho extranjero incrustados en leyes como la Federal de Correduría Pública, que en su texto autoriza a estos auxiliares del comercio a llevar a cabo actividades de fe pública con facultades oponibles a terceros con el argumento de la calidad personal de las personas que intervienen en su otorgamiento y que tienen carácter de comerciantes, aún y cuando en nuestro país no es aceptable tal principio como base de Derecho.

Por otro lado, la responsabilidad en que se incurre es grande, ya que este tipo de actos jurídicos realizados ante Corredor Público pueden tener la negativa verdaderamente fundada por parte de los registradores públicos que en estricto derecho sólo deben proceder a otorgar folio a los instrumentos públicos que se encuentren debidamente elaborados mediante la representación que especifica el Código Civil o en su caso elaborado por un fedatario facultado para llevar a cabo la transmisión intervivos o mortis de derechos y obligaciones.

Por otro lado el texto del Tratado de Libre Comercio de América del Norte aún y cuando menciona la prohibición de que personas de nacionalidad extranjera puedan efectuar funciones de Notario Público dentro de nuestro territorio, si concede dicha facultad a profesionistas extranjeros para que lleven a cabo la función de Corredor Público, lo que en relación con el párrafo anterior, nos lleva a determinar que en forma ilegal se pretende otorgar calidad de fedatario público a persona extranjera, actualizando así la violación a un principio de Derecho, en el sentido que el Estado no podrá otorgar facultades exclusivas del mismo a personas que no sean nacionales.

Por lo anterior se considera necesario que se reforme la ley Federal de Correduría Pública, con la concesión a éstos de la calidad que su naturaleza les impone, no otorgando facultades que no les corresponden y que además les acarrea responsabilidad, ya que el realizar actos que en estricto derecho no surtirán efectos, o pueden ser invalidados, en caso de impugnación ante tribunales, por la falta de personalidad o calidad del fedatario, dejándolas en manos de los Notarios Públicos quienes por tradición y derecho les corresponde llevarlas a cabo. Una vez hecho lo anterior, entonces no existiría peligro alguno de actividades ilegales por parte de extranjeros, ya que si actúan en nuestro país en calidad de auxiliares del comercio, llevarán a cabo su función sin intervenir dentro del campo de la seguridad jurídica de la transmisión de derechos patrimoniales, que a la larga repercutirán en la estabilidad social del país.

El hecho de que un documento sea expedido en país extranjero con las formalidades de la certificación de un fedatario público, no implica necesariamente que el acto en él contenido tenga perfecta validez jurídica; por tanto, puede darse el caso de que en aplicación de los acuerdos contenidos en el Tratado Trilateral de Libre comercio, así como las convenciones internacionales en materia de supresión de legalizaciones que nuestro país ha signado, un documentos con aspectos de encontrarse jurídicamente perfecto, se pretenda surta efectos plenos en cuanto a su alcance, sin analizar específicamente el acto jurídico en el contenido, lo que trastoca el principio de seguridad jurídica de nuestro sistema jurídico.

Situación que se puede suceder en igual forma, en el caso de que personas extranjeras lleven a cabo en nuestro país actividades de Corredor Público, ya que con las facultades que la Ley Federal de la materia otorga, la seguridad de los actos inscribibles que afectan derechos patrimoniales, queda en entredicho.

La agilidad que se pretende hacer creer existe en el sistema anglosajón es tan sólo aparente, ya que un parámetro a observar es que el país que más abogados tiene es el de los Estados Unidos de América, ya que la inseguridad que el sistema conlleva, ofrece oportunidad para el litigio ante los tribunales y la resolución de éstos por el mejor Derecho.

4.4.- Las condiciones planteadas en el T.L.C. respecto de seguridad jurídica y agilidad de operaciones de intercambio mercantil a nivel internacional. (Marco legal).

Para iniciar este apartado es necesario el tomar en cuenta que "De entrada debemos señalar que el TLC es un instrumento Jurídico que está al nivel de la Constitución; de tal suerte que tiene, y tendrá en lo sucesivo, impacto en todas las entidades federativas, lo que implica que dentro de los veintidós capítulos del tratado se afectarán directa o indirectamente todas las actividades de producción, intercambio y transformación de mercancías, así como la prestación de servicios entre ellas las de los profesionales. Esto afecta el campo de trabajo del abogado, ya que éstos tienen que estar lo suficientemente preparado para cubrir las necesidades de las relaciones internacionales o en su caso se verán desplazados por profesionales que en el carácter de asesores legales tendrán la dirección de las empresas y los nacionales tendrán sólo el carácter de empleados o mano de obra, en virtud de la prohibición de litigar en tribunales nacionales de los abogados extranjeros; sin embargo, si tomamos en cuenta que en este tiempo el trabajo del abogado se está alejando de los tribunales pasando a centrarse en materia comercial en otros medios de solución de controversias; como lo es el arbitraje, no se duda que dentro de poco la referida prohibición no tenga trascendencia alguna, en la búsqueda de solución a este problema, se dieron soluciones que hasta cierto punto resultan erróneas como la fue, el otorgar facultades exclusivas de un profesional del derecho a personas que no tienen la exigencia legal de ser peritos en materia jurídica, como o es el permitir

que los corredores públicos protocolicen instrumentos públicos en los que se establezca la constitución de sociedades mercantiles."¹⁵⁰

Con lo anterior se pone de manifiesto que desde antes de la entrada en vigor del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, ya era evidente que las medidas que se tomaban perjudicarían a la larga al sistema legal mexicano, con especial hincapié en el otorgamiento de facultades extraordinarias y especializadas a quien no se encuentra suficientemente capacitado legalmente para llevarlas a cabo.

Como base jurídica o marco doctrinario del tema central de nuestro trabajo de investigación se debe señalar que el Tratado de Libre Comercio de América del Norte es un conjunto de reglas que servirá para nombrar los intercambios de capital, mercancías y servicios que, desde hace tiempo tienen lugar entre las tres naciones signantes.

Para citar los artículos que se constituyen como marco legal del Tratado de Libre Comercio o bases que regulan el fin que se señaló en el párrafo inmediato anterior, tenemos los siguientes:

Art. 102.- *Objetivos.*

Los objetivos del presente tratado, desarrollados de manera mas Especifica a través de sus principios y reglas, incluidos

¹⁵⁰.- WITKER, JORGE.- Quid Justitia.- Número 3 Abril de 1995. Zacatecas, Zac. México. p 17.

los de trato nacional, trato de nación mas favorecida y transparencia son los siguientes:

- A) Eliminar obstáculos al comercio y facilitar la circulación transfronteriza de bienes y servicios entre los territorios de las partes;
- b) Promover condiciones de competencia leal en la zona de libre comercio. . .

Art. 105.- Extensión de las obligaciones.

Las partes aseguraran la adopción de todas las medidas necesarias para dar eficacia a las disposiciones de este tratado, en particular para su observancia por los gobiernos estatales Y provinciales, salvo que en este tratado se disponga otra cosa.

Art. 201.- Definiciones generales.

1.- Para los efectos de este tratado, salvo que se especifique otra cosa:

Bienes de una parte significa los productos nacionales como se entienden en el acuerdo general sobre aranceles aduaneros y comercio, o aquellos bienes que las partes convengan e incluye los bienes originarios de una parte;

Código de valoración aduanera significa el acuerdo relativo a la aplicación del articulo vii del acuerdo general sobre aranceles y comercio, incluidas sus notas interpretativas;

Comisión significa la comisión de libre comercio establecida de conformidad con el articulo 2001 (1) "la comisión de libre comercio",

Días significa días naturales, incluidos los sábados, domingos y días festivos;

Empresa significa cualquier entidad constituida u organizada conforme al derecho aplicable, tenga o no fines de lucro y sea de propiedad privada o gubernamental, incluidas cualquiera sociedades, fideicomisos, asociaciones (partnerships), empresas de propietarios único, coinversiones u otras asociaciones;

Empresa de una parte significa una empresa constituida y organizada conforme a la legislación de una parte,

Empresa del estado significa una empresa propiedad de una parte o bajo el control de la misma, mediante derechos de dominio;

Existente significa en vigor a la fecha de entrada en vigor de este tratado;

Medida incluye cualquier ley, reglamento, procedimiento, requisito o practica;

Nacional significa una persona física que es ciudadana o residente permanente de una parte y cualquier otra persona física a que se refiere el anexo 201.1;

Originario significa que cumple con las reglas de origen establecidas en el capítulo IV reglas de origen;

Personas significa una persona física o una empresa;

Persona de una parte significa un nacional o una empresa de una parte;

Principios de contabilidad generalmente aceptados, significa las normas generalmente reconocidas o a las que se reconozca obligatoriedad en territorio de una parte en relación con el registro de ingresos, gastos, costos, activos y pasivos, divulgación de información y preparación de estados financieros. pueden incluir lineamientos amplios de aplicación general, así como criterios, prácticas y procedimientos detallados;

Secretariado significa el secretariado establecido de

conformidad Con el articulo 2002 (1) "el secretariado";
Sistema armonizado (sa) significa el sistema armonizado de
designación y codificación de mercancías, y sus notas y reglas
interpretativas, en la forma en que las partes lo hayan
adoptado y aplicado en sus respectivas leyes de impuestos al
comercio exterior;

Territorio significa para cada parte el territorio de esa parte
según se define en el anexo 201.1;

2.- Para efectos de este tratado, toda referencia a estados o
provincias, salvo que se especifique otra cosa.

Anexo 201.1.

Definiciones especificas por país.

Salvo que se disponga otra cosa, para efectos de este tratado:
Nacional también incluye.

A) Respecto a México, a los nacionales o ciudadanos conforme a
los artículos 30 y 34 de la Constitución Política de los
Estados Unidos Mexicanos, respectivamente, y

B) Respecto a Estados Unidos, a "los nacionales de Estados
Unidos" según se define en las disposiciones existentes de la
immigration and nationality Act de los Estados Unidos;

Territorio significa:

A) Respecto a México:

I) Los Estados de la Federación y el Distrito Federal;

II) Las islas, incluidos los arrecifes y cayos en los mares
adyacentes;

III) Las islas de Guadalupe y las de Revillagigedo, situadas en
el océano pacifico;

IV) La plataforma continental y los zócalos submarinos de las
islas cayos y arrecifes;

V) Las aguas de los mares territoriales, en la extensión y

términos que fije el derecho internacional y las aguas marítimas interiores;

VI) El espacio situado sobre el territorio nacional, con la extensión y modalidades que establece el propio Derecho Internacional, y

VII) Toda zona mas alla de los mares territoriales de México dentro del cual México pueda ejercer derechos sobre el fondo y el subsuelo marinos y sobre los recursos naturales que estos contengan de conformidad con el Derecho Internacional, incluida la Convención de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar, así como con su legislación interna;

B) Respecto a Canadá, el territorio en que se aplique su legislación aduanera incluida toda zona mas alla de los mares territoriales de Canadá dentro de la cual, de conformidad con el Derecho Internacional y con su legislación interna, Canadá pueda ejercer derechos sobre el fondo y subsuelo marinos y sobre los recursos naturales que estos contengan; y

C) Respecto de los Estados Unidos:

I) El territorio aduanero de Estados Unidos que incluye los cincuenta estados el Distrito de Columbia y Puerto Rico;

II) las zonas libres ubicadas en Estados Unidos y en Puerto Rico; y

III) Toda zona más alla de los mares territoriales de los Estados Unidos dentro de la cual, de conformidad con el Derecho Internacional y con su legislación interna, estados unidos pueda ejercer derechos sobre el fondo y subsuelo marinos y sobre los recursos naturales que estos contengan .

Art. 1201.-Ámbito de aplicación

1.- Este capitulo se refiere a las medidas que una parte adopte

o mantenga sobre el comercio transfronterizo de servicios que realicen los prestadores de servicios de otra parte, incluidas las relativas a :

- A) La producción, distribución, comercialización, venta y prestación de un servicio;
- B) La compra, o uso o el pago de un servicio;
- C) El acceso a y el uso de sistemas de distribución y transporte relacionados con la prestación de un servicio,
- D) La presencia en su territorio de un prestador de servicios de otra parte; y
- E) El otorgamiento de una fianza u otra forma de garantía financiera, como condición para la prestación de un servicio.

2.- Este capítulo no se refiere a .

- A) Los servicios financieros, tal y como se definen en el capítulo XIV "servicios financieros",
- B) Los servicios aéreos, incluidos los de transporte aéreo nacional e internacional, regulares y no regulares, así como las actividades auxiliares de apoyo a los servicios aéreos, salvo:

I) Los servicios de reparación y mantenimiento de aeronaves durante el periodo en que se retira una aeronave de servicio; y

II) Los servicios aéreos especializados;

- C) Las compras gubernamentales hechas por una parte o empresa del estado; ni a
- D) Los subsidios o donaciones otorgados por una parte a una empresa del estado, incluidos los préstamos, garantías y seguros apoyados por el gobierno.

3.- Ninguna disposición de este capítulo se interpretará en el sentido de:

100

A) Imponer a una parte ninguna obligación respecto a un nacional de otra parte que pretenda ingresar a su mercado de trabajo o que tenga empleo permanente en su territorio, ni de conferir ningún derecho a ese nacional, respecto de dicho acceso o empleo, o

B) Impedir a una parte prestar servicios o llevar a cabo funciones tales como la ejecución de leyes, servicios de readaptación social, pensiones o seguro de desempleo o servicios de seguridad social, bienestar social, educación publica, capacitación publica salud y protección de la niñez, cuando se desempeñen de manera que no sea incompatible con este capitulo.

Articulo 1202.- Trato nacional.

1.- Cada una de las partes otorgara a los prestadores de servicios de otra parte un trato no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a sus prestadores de servicios.

2.- El trato otorgado por una parte de conformidad con el párrafo 1 significa, respecto a un estado o a una provincia, un trato no menos favorable que el trato mas favorable que ese estado o provincia otorgue, en circunstancias similares, a los prestadores de servicios de la parte de la que forman parte integrante.

Articulo 1213. Definiciones .

1.-Para los efectos de este capitulo, la referencia a los gobernantes federales, estatales o provinciales, incluya a los organismos no gubernamentales que ejerzan facultades

reglamentarias, administrativas u otras de carácter gubernamental que le hayan sido delegadas por esos gobiernos.

2.- Para los efectos de este capítulo:

Comercio transfronterizo de servicios o prestaciones transfronteriza de un servicio significa la prestación de un servicio

A) Del territorio de una parte al territorio de otra parte

B) En territorio de una parte, por personas de esa parte, a personas de otra parte; o

C) Por un nacional de una parte en territorio de otra parte, Que no incluye la prestación de un servicio en el territorio de una

Parte mediante una inversión, tal como esta definida en el artículo 1139 "inversión definiciones", en este territorio . .

Prestador de servicios de una parte significa una persona de la parte que pretenda prestar o presta un servicio. . .

Servicios profesionales significa los servicios que para su prestación requieren educación superior especializada o adiestramiento o experiencia equivalente y cuyo ejercicio es autorizado o restringido por una parte, pero no incluye los servicios prestados por personas que practican un oficio o a los tripulantes de barcos mercantes y aeronaves.

Art. 1603. Autorización de entrada temporal.

1.- De acuerdo con las disposiciones de este capítulo, incluso las contenidas en el anexo 1603, cada una de las partes, autorizara la entrada temporal a personas de negocios que cumplan con las demás medidas aplicables, relativas a salud y seguridad publicas, así como con las referentes a seguridad

nacional.

2.- Una parte podrá negar la expedición de un documento migratorio que autorice empleo a una persona de negocios, cuando su entrada temporal afecte desfavorablemente;

A) La solución de cualquier conflicto laboral en curso en el lugar donde este empleada o vaya a emplearse, o

B) El empleo de cualquier persona que intervenga en este conflicto.

3.- Cuando una parte niegue la expedición de un documento migratorio que autorice empleo, de conformidad Con el párrafo 2, esa parte :

A) Informara por escrito a la persona de negocios afectada las razones de la negativa; y

B) Notificara sin demora y por escrito las razones de la negativa a la parte a cuya persona de negocios se niega la entrada.

4.- Cada una de las partes limitara el importe de los derechos que cause el trámite de solicitudes de entrada temporal de personas de negocios al costo aproximado de los servicios que se presten.

Apéndice 1603.d.1

Profesionales

Profesión

Requisitos académicos mínimos Y títulos
Alternativos.

Abogado (incluye notarios Ll.b., j.d., ll.l., b.c.l. O grado de En la provincia de Quebec)Licenciatura de cinco años o membresía En una barra estatal/provincial. Grado De licenciatura o baccalaureate.

Anexo 1.-reservas en relación con medidas existentes y compromisos de liberalización.

Sector: Servicios profesionales, técnicos especializados:

Subsector. Servicios especializados (corredores públicos)

Clasificación industrial:

Tipo de reservas. Trato nacional (artículos 1102, 1202)

Presencia local (artículo 1205)

Nivel de Gobierno Federal.

Medidas Código de Comercio, libro I, título III

Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera, capítulos I, II, III, V y VI.

Reglamento de la Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera, título I, título II, capítulo I, IV, título V, título VIII, capítulos I, II, III, V, título IX, capítulo I.

título

V, título

Descripción

Servicios transfronterizos e inversión.

1.- solo los nacionales mexicanos por Nacimiento podrán ser autorizados para Ejercer como corredores públicos.

2.- Los Corredores públicos no podrán asociarse con ninguna persona que no se corredor Publico en México para prestar un servicio de Corredor publico.

Calendario de reducción. 1.-los requisitos de nacionalidad y de Residencia permanente estarán sujetos a eliminación dentro de los dos años siguientes a la fecha de entrada en vigor

de este Tratado, conforme a lo dispuesto en el artículo 1210 (3), una vez eliminados estos requisitos un profesionista extranjero deberá tener un domicilio En México.

2.- ninguno.

Sector: Servicios profesionales, técnicos especializados.

Subsector. Servicios especializados.

Clasificación industrial: CMAP 951001 servicios de notarias publicas

Tipo de reservas. Trato nacional (artículos 1102, 1202)

Presencia local (artículo 1205)

Nivel de gobierno Federal y estatal.

Medidas Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera, capítulos I, II, III, V y VI.

Leyes del notariado para los estados de Aguascalientes, Baja California, Baja California Sur, Campeche, Coahuila, Colima, Chiapas, Chihuahua, Distrito Federal, Durango, Guanajuato, Guerrero, Hidalgo, Jalisco, México, Michoacan, Morelos, Nayarit, Nuevo León, Oaxaca, Puebla, Querétaro, Quintana Roo, San Luis Potosí, Sinaloa, Sonora, Tabasco, Tamaulipas, Tlaxcala, Veracruz, Yucatán y Zacatecas.

Reglamento de la Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión

Extranjera, titulo I, titulo II, capitulo I, titulo IV, titulo V, titulo VIII, capitulos I, II, III, V, titulo IX, capitulo I.

Descripción Servicios transfronterizos e inversión.

1.- Solo los nacionales mexicanos por nacimiento podrán obtener la patente para ejercer como Notarios Públicos.

2.- Los Notarios Públicos no podrán asociarse con ninguna otra persona para ofrecer Servicios notariales.

Calendario de reducción. 1.- ninguno.

"Básicamente el Acuerdo de Libre Comercio de América del Norte no permite el libre establecimiento de un abogado de Canadá en los Estados Unidos y Viceversa. Sin embargo, les permite entrar por un tiempo limitado al otro país con el fin de realizar gestiones profesionales, las autoridades del otro país no pueden exigir como condición para la autorización de estadia temporal, la aprobación previa y la validación de la oferta de trabajo de los abogados y docentes que deseen ingresar al país con el propósito de hacer investigaciones o negociaciones relativas a su profesión. Los sistemas de resolución de conflictos se dan en tres distintos campos del acuerdo; primero en el campo general de aplicación e interpretación del propio acuerdo; segundo en el campo de los derechos arancelarios, antidumping y compensatorios; tercero en el campo de compras gubernamentales. Los abogados deberán enfrentarse a este nuevo desafío, ya que su presencia será necesaria para la reorganización de las empresas; algunas cerraran, otras abrirán y otras se reestructuraran y se

asociaran, ya sea bajo capitales nacionales o internacionales, tomando en cuenta principios de derecho comercial internacional en los que establecen medidas o derecho uniforme sobre los contratos internacionales de compraventa o sobre reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros."¹⁵¹

Cabe hacer mención que dentro de los principios de aplicación del texto del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, encontramos que existen acuerdos entre partes signantes, es decir que existen diferentes situaciones que se contemplan entre dos de las partes y queda exceptuada de éstos una de ellas, como por ejemplo, la aplicación de requisitos de profesionalización para ejercitar acciones de prestación de servicios notariales en la provincia de Quebec en Canadá, donde es necesario el contar con un grado académico específico y del que Estados Unidos de América no forma parte.

Integrada en un amplio catálogo de actividades, dentro del T.L.C., la función Notarial quedó comprendida dentro del rubro de servicios. Inmediatamente, quedaron de manifiesto las enormes diferencias entre los sistemas jurídicos anglosajón y latino, y las no menos profundas existentes entre el Notary Public que funciona en los Estados Unidos de América y Canadá y el Notario mexicano. No se trataba de intercambios de productos y tecnologías, sino de la intervención de profesionales de la fe pública, que resultan exóticos para los canadienses y norteamericanos, principalmente para los últimos citados, para quienes el litigio ante los tribunales es la

¹⁵¹ - PERRET, LOUIS.- Aspectos Jurídicos del Tratado Trilateral de Libre Comercio, Editorial Porrúa. México, D.F., 1992. p. 95.

característica fundamental de su sistema jurídico, habiéndose logrado el que se incluyera en el texto que sólo se permitiría el otorgamiento de patente para ejercer como Notarios a los mexicanos por nacimiento, lo que evita que dicha función puede ser ejercitada por extranjeros y aún más se prohibió la asociación con profesionales de otros países.

Respecto de las diferencias entre los sistema latinos y anglosajón resultan entre otras, por cuanto a su origen; ya que, el derecho anglosajón nace del Common Law, que ha sido elaborado por los jueces en el curso de resolver litigios entre particulares y cada caso que entra en un tribunal, casi sin excepción establece un precedente.

Una de las características del Derecho anglosajón es que es un Derecho de acciones basado por excelencia en la prueba oral. Toda la prueba en este derecho se basa en la de los testigos. Incluso cuando se pretende presentar en el proceso un documento, la existencia y el contenido de éste debe ser probado mediante testigos, es decir, tanto en Inglaterra como en Estados Unidos se desconoce la autenticidad o fe pública que es clave en el mundo latino. Otra de las características del sistema anglosajón, es el abuso del jurado y la incidencia de la litigiosidad. Aunque actualmente son observadores de la Unión Internacional del Notariado Latino. Por lo que se refiere a la constitución de toda clase de personas morales y en aquellos contratos por medio de los cuales se transmiten inmuebles, en el sistema anglosajón intervienen varios asesores que encarecen notablemente el acto jurídico correspondiente.

Con lo anterior se deja en claro que es falso que exista tanta agilidad y economía en su labor Jurídica. Por lo que respecta al sistema latino éste es descendiente de la familia romano-germánica, en el cual obviamente se encuentra el derecho mexicano.

Por lo que se refiere a la norma jurídica emanada del Common Law en el Derecho anglosajón, aquella está destinada a solucionar un proceso por eso se habla de casos, mientras que la norma en el sistema latino es de observancia general para el futuro. A contrario Sensu del sistema anglosajón, que se caracteriza por su alto índice de litigiosidad y porque el proceso oral es definitivo, en el sistema latino escrito por antonomasia, el documento notarial tiene en los procesos una especial relevancia y un importante efecto disuasorio que evita con frecuencia la prosecución de litigios que producen un marcado efecto antiprocesal de acuerdo con la frase de Joaquín Acosta de Notaría abierta, juzgado cerrado.

Es bien conocida la gran distancia profesional que existe entre los Notarios de ambas tradiciones jurídicas, con notorias ventajas del Notario latino sobre el anglosajón. También desde sus orígenes la figura del Notario correspondió históricamente a una necesidad, mientras que el origen del Notary anglosajón, se debió a un hecho meramente circunstancial. En efecto refiere Silvio Lagos Martínez, que ese hecho se dio en 1534 cuando Enrique VIII indignado por la negativa del Vaticano para concederle el divorcio, rompe con la iglesia de Roma por lo que la solicitud para el nombramiento de un Notario no debía provenir del Vaticano, cometía un delito grave y castigable al

que lo solicitara; y añade, Enrique VIII designó al arzobispo de Canterbury como el único facultado para otorgar licencias Notariales.. De este rompimiento con Roma nace la Iglesia Anglicana autodesignándose Enrique VIII a la cabeza y el arzobispo su segundo en jerarquía. A partir de este momento el Arzobispo designó a los Notarios que no eran sacerdotes.

El mercomún Europeo y el Tratado de Libre Comercio de América del Norte han puesto frente a frente al Notary y al Notario, pero la confrontación es muy desigual. Esto lo han captado perfectamente los países anglosajones e inclusive, lo han reconocido en Europa, como ilustra el Notario de Roma Carlo Antonio Trojani, de acuerdo con una resolución del Parlamento Europeo aprobada a principios de 1994. Resolución que reconoció al Notariado latino las siguientes importantes funciones: en primer lugar, la de autenticidad, legalidad, fuerza ejecutiva y eficacia probatoria de los actos escriturados y en segundo lugar, la validez de la consultoría prestada y previa a la elaboración de los actos; consultoría altamente especializada que tiene el efecto de reducir (función antiprocesal del Notariado) el contencioso y la actividad de los tribunales.

En el mismo sentido, en Inglaterra empieza a preocupar la necesidad de que sus tribunales tengan que aceptar la eficacia ejecutiva de los documentos autorizados por Notarios del resto del continente en aplicación a las normas que establecen el reconocimiento transnacional de las sentencias y documentos; en Estados Unidos, también existe una inquietud y hasta se ha hablado hasta de la creación de un supernotary a través del cual se realicen las transmisiones inmobiliarias, dotándolos de

seguridad que es la peculiaridad más relevante del Notariado latino.

Lo anterior, es una consecuencia natural de su formación. Toda vez que la figura con que cuentan, el Notary, no es un verdadero profesional de su función. no desarrolla su actividad de tiempo completo, sino que la comparte con otras como contador público, abogado, ayudante legal, vendedor de bienes raíces, empleado de un hotel, mecánico y cualquier otra.

No es en consecuencia, salvo casos excepcionales licenciado en derecho, accede al servicio mediante una solicitud que una vez cubiertos determinados requisitos entre ellos, llenar un cuestionario, otorgar una fianza y pagar derechos, el Notary anglosajón es designado por el Gobernador del Estado o por éste con el consentimiento del Senado Local e inclusive en algunos Estados de la Unión Americana por el Secretario de Estado que equivale en nuestro régimen al Secretario de Gobierno en las Entidades Federativas o el Secretario de Gobernación a nivel Federal.

Qué papel desempeña el Notary, realmente es muy limitado; ya que en la práctica se reduce a verificar la identidad de la persona que firma un documento, mediante el cotejo de un documento sea oficial o particular, en los casos en que el documento sea utilizable para registrar una hipoteca, un fideicomiso o algún otro documento similar.

Otra peculiaridad del Notary es la duración en su cargo. Mientras en el sistema latino éste es vitalicio, en el

anglosajón la licencia correspondiente es limitada en casi todos los estados a dos o tres años renovables. De ahí que el sello de Notary ostente la siguiente leyenda: My Commision expired (mi comisión termina).

Por lo anterior como afirma el jurisconsulto De Prada, Difícilmente puede considerarse auténtico Notario al Notary Public anglosajón, sobre todo al norteamericano que no reúne ninguna de las condiciones clásicamente consideradas típicas del Notario latino. En efecto, el Notary como ya se señaló, carece de la formación jurídica, carece de la fe pública o autenticidad, no puede actuar nunca como asesor, no redacta los documentos ni los conserva, su cargo es temporal y con frecuencia constituye una segunda o tercera profesión compatible con la que ejerce primordialmente.

Lamentablemente derivado de los sucesos analizados en el trámite de negociación del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, puedo señalar que existió una falta de simpatía entre los abogados americanos y los mexicanos, misma que vino a actualizarse con motivo del mencionado Tratado y ha sido una realidad histórica insoslayable más en el caso de nuestro país que en el de ningún otro, la prepotencia de las naciones económicamente más fuertes, que terminan por imponer sus criterios al más débil.

200

Pero todavía más. A propósito de las consabidas etiquetas o estereotipos que existen en forma general en los países de tradición del Common Law de que los Notarios mexicanos son caros o morosos y de que se trata de la simple prestación de un servicio profesional, se le restó importancia a la función concediéndole facultades que les eran exclusivas a otros funcionarios de naturaleza distinta.

Durante las negociaciones del Tratado Trilateral de Libre Comercio, se fortaleció e impulsó indebidamente una figura ajena al Notariado. Es cierto que esta figura ya existía desde hace muchos años, pero se encontraba abandonada sin mayores perspectivas de desarrollo, el TLC, le dio vida y súbitamente resurgió con gran fuerza, el Corredor Público, expidiéndose en forma sucesiva la Ley Federal de Correduría Pública y su Reglamento.

Ciertamente la figura del Corredor es casi tan antigua como la del Notario, conocido ya en otros tiempos como mediadores, formaban una clase particular o casta cuya función era la de facilitar y agilizar la contratación mercantil. En Roma se desenvolvió la profesión, pero en el campo de las relaciones familiares.

Se conoció a estos intermediarios en la designación de próxenetes, mediator. . . curritor, currator, currarterius, de cuyas últimas expresiones se derivaron las voces courratier y coutiers en Francia y la española corredor.

La figura evolucionó y una vez más el sentido práctico y el genio jurídico de los romanos como tantas otras instituciones han pasado a nuestros días convirtiéndose a los antiguos mediadores en verdaderos fedatarios públicos, al otorgar así seguridad a los intereses comerciales que les eran confiados e iniciando para ellos una época de auge.

Pero es en la Edad Media, con la intensificación del comercio en las ciudades italianas, cuando se consolidó la figura del Corredor a tal grado, que en algunas de ellas se llegó a prohibir la celebración de cualquier contrato sin su intervención, por considerarla como garantía de probidad y buena fe y con el objeto de facilitar la rapidez y seguridad de las transacción mercantiles.

La primera reglamentación formal de la figura de los Corredores surgió en Francia, ante el temor de los comerciantes de que aquellos aprovecharan sus funciones como fedatarios para realizar negocios y fueran parciales. En estas condiciones les

estaba prohibido ingresar en sociedad, ejercer el comercio por cuenta propia o por cuenta ajena; debían de ser ciudadanos, gozar de buen nombre, ser mayor de veinticinco años y menores de treinta años; se les exigió otorgar fianza, se limitó su número y debían aprobar examen, condiciones que se han conservado hasta la actualidad.

Pero al igual que en el caso del Notariado, el Derecho español es el antecedente más vigoroso para delimitar la figura del Corredor, al cual la legislación de ese país le otorgó notable importancia, regulándose aunque en forma rudimentaria en las siete partidas de Alfonso el Sabio, pero posteriormente en las ordenanzas de Barcelona en 1271, se reglamentó en forma completa y sistemática.

El año de 1444 es una fecha relevante en la historia de la Correduría en España: se dicta la Real Cédula de Alfonso de Aragón, en la que se califica a los Corredores como personas públicas y se les reconoce además la función de fedatarios, independientemente de la de mediadores en los contratos en que intervenían.

Son importantes también las Ordenanzas primitivas de Bilbao en 1459, reformadas en 1560 y en 1737 y substituidas por el

primer Código Español , el cual establecería con absoluta precisión que el oficio de Corredor seria viril y público, de nombramiento real, después de haber examinado y declarados aptos y capaces para ejercer la profesión.

En la exposición de motivos del Decreto de Ley del 30 de noviembre de 1869, se puntualizó: los actuales corredores no son única y exclusivamente personas intermedias de comerciante a comerciante, o entre el vendedor y el comprador de efectos públicos; son además verdaderos escribanos en estas operaciones y contratos, dan valor en juicios a documentos que extienden; representan la fe pública, que garantiza el hecho de la contratación y bien puede decirse con verdad que, bajo este punto de vista, son los Notarios del comercio y de la banca.

Por lo que se refiere a nuestro país, las ordenanzas de Alfonso el Sabio estuvieron en vigor en la Nueva España y poco tiempo después de consumada la conquista, aparece la figura del Corredor. También estuvieron vigentes hasta después de la Independencia las Ordenanzas de Bilbao, en las que también se reguló la función de la Correduría.

"El 18 de noviembre de 1833 se publicó el reglamento y arancel de Corredores, estableciéndose las obligaciones de los

Corredores en forma detallada y además con las características de excluir a los españoles que hubiesen llegado después de la independencia, el 11 de marzo de 1842 se expidió un nuevo reglamento y arancel, que provocó la creación del actual Colegio de Corredores de la Ciudad de México el 20 de mayo de 1842. Este reglamento y arancel fueron derogados por el del 13 de julio de 1854.

El 10. de enero de 1890, entró en vigor el Código de Comercio y en el Título Tercero del Libro Primero se reglamentó la Correduría Pública, a la que le correspondió originalmente la facultad de expedir los nombramientos respectivos al Ministerio de Fomento, la cual, pasó sucesivamente a las Secretarías de Hacienda, Comercio e Industria y Economía Nacional.

El 27 de enero de 1970, se publicaron en el Diario oficial de la Federación, diversas reformas a los artículos 51 a 74 de Código de Comercio, pertenecientes al Título tercero de dicho ordenamiento, que regulan la actuación de los Corredores, cuyo artículo 51 lo definía como agente auxiliar del comercio y en su intervención, se proponían y ajustaban los actos, contratos y convenios y se certificaban los hechos mercantiles."¹⁵²

¹⁵² RUIBAL CORELLA, JUAN ANTONIO. Nuevas temas de Derecho Notarial. Editorial Porrúa, México, 1995. p. 75.

De aquí se desprenden los antecedentes históricos que en nuestro país han determinado la figura del Corredor Público dentro del sistema legal vigente.

Entre los requisitos para ser Corredor se requería ser ciudadano mexicano por nacimiento en pleno ejercicio de sus derechos civiles, estar domiciliado en la plaza correspondiente, haber practicado como aspirante durante seis meses en el despacho de algún Corredor, tener título de licenciado en relaciones comerciales o de licenciado en derecho y aprobar el examen de oposición en su caso del colegio de corredores respectivo.

Las habilitaciones para ejercer como corredor eran expedidas por la entonces Secretaría de Industria y Comercio en el Distrito Federal y por los gobernadores de los Estados y territorios; excepcionalmente podían actuar fuera de su jurisdicción y debían caucionar su manejo por medio de fianza o hipoteca.

"Los Corredores debían proveerse de sello y libro de Registro, debiendo inscribir sello y firma ante la autoridad que los hubiere habilitado, registro público de la propiedad y de comercio y colegio de corredores; una vez en ejercicio,

tenían derecho de cobrar a los interesados los honorarios de acuerdo al arancel respectivo, pudiendo excusarse si los solicitantes de sus servicios no les anticipaban los gastos y emolumentos respectivos.

El artículo 64 concedía tibiamente a los corredores la función de fedatarios, ya que podrían otorgarse o ratificarse ante dichos funcionarios contratos de compraventa en abonos, con reserva de dominio o con cláusula resolutoria sobre bienes muebles, así como los relativos a prenda que se constituyeran sobre los mismos bienes, cuando la ley no exija formalidad especial.

Pero más adelante en el artículo 67, se estableció que las actas y pólizas autorizadas por los corredores surtían los efectos de un instrumento público y agregaba el precepto: póliza es el instrumento redactado por el corredor para hacer constar en él un contrato mercantil en el que esté autorizado a intervenir como funcionario revestido de fe pública, en los términos de este código y de las disposiciones legales aplicables. Acta es la relación escrita de un acto jurídico en el que el corredor intervino.

Los artículos 68 y 69 establecían obligaciones y prohibiciones para los corredores, el 71 y 72 las sanciones y su ejecución, el 73 de los colegios y sus funciones y el 74, la obligación a cargo del ejecutivo federal y de los gobernadores de expedir el reglamento y el arancel de corredores respectivos, especificando las materias que debería contener el citado reglamento.¹⁵³

Hasta esa fecha, la presencia de los Corredores había pasado prácticamente inadvertida en todo el país, con excepción quizá del Distrito Federal. Pero súbitamente debido a las complicaciones de las negociaciones previas al Tratado de Libre Comercio, la influencia del derecho angloamericano, la animadversión de abogados norteamericanos y canadienses en contra de la figura del Notariado a las que se unieron la de funcionarios de la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial y por supuesto, debido al descuido y tradicional exceso de confianza de este último gremio, la irrupción del nuevo Corredor que ya debía ser licenciado en Derecho provocó un fuerte sacudimiento en el mundo notarial.

Sea cualquiera la causa o una fusión de todas las mencionadas, el 25 de noviembre de 1992, el Ejecutivo Federal presentó ante el Senado de la República como cámara de origen, la Ley Federal de Correduría Pública en cuya exposición de

¹⁵³.-Ibidem. p. 77

motivos, se hablaba sugestivamente que a causa de la apertura comercial, ésta exige proseguir decididamente en la tarea de modernización de los instrumentos que hacen posible el tráfico mercantil.

"Más adelante y después de introducir al escenario comercial la figura del corredor público, sostiene la iniciativa que ésta tal y como y como se concibió hace más de cien años, ya no corresponde a las nuevas directrices del comercio, obligándose a replantear los instrumentos precisamente cuando el mundo comercial está necesitado de nuevos esquemas y mecanismos modernos que auxilien a los comerciantes y que otorguen seguridad a sus operaciones de manera rápida, eficaz y a un costo económico menor.

La esencia de la iniciativa a indicación expresa de la misma: radica en las nuevas funciones que se le adicionarán a las que tradicionalmente ha tenido el corredor público, de tal suerte que ahora amplíe su función al verse legalmente posibilitado para actuar como fedatario en la constitución, modificación, fusión, escisión, liquidación y extinción de sociedades mercantiles, además de los actos que tienen que ver con sus órganos de administración, como son las actas, poderes y demás certificaciones de índole mercantil.

Sutilmente, la parte final de la citada iniciativa pretende destacar las ventajas del corredor frente al notario en los términos siguientes: la figura del corredor público como agente mediador y como fedatario puede ofrecer múltiples ventajas al tráfico mercantil en virtud de su actuación ágil y revestida de mínimas formalidades, además el corredor público podría servir como un verdadero asesor jurídico de quienes intervienen en la actividad comercial, al mismo tiempo que desempeñe la función de fedatario público, para darle una configuración versátil y eficiente"¹⁵⁴.

La tantas veces mencionada iniciativa provocó inconformidades, ya que al parecer, provocaba un verdadero boquete en el espacio notarial, dando lugar a que el Consejo Directivo de la Asociación Nacional del Notariado Mexicano, se viera de súbito dentro de una crisis que ya se vislumbraba, pero que se veía como algo alejado de la realidad.

Apresuradamente y con los elementos que se tenían a la mano, los Notarios utilizaron todos los recursos a su alcance, y lograron algo poco usual en el proceso legislativo mexicano; realizar audiencias públicas que permitieran conocer de manera personal y directa las opiniones de Corredores, Notarios Públicos e investigadores de la ciencia del Derecho.

¹⁵⁴.- Ibidem p. 79

"El corredor se ubica en medio de dos partes con intereses diferentes y su papel es el de armonizar dichos intereses, conciliarlos y acercarlos hasta lograr la fusión de sus voluntades en orden a la celebración del negocio. En consecuencia, el corredor tiene una función eminentemente mediadora que lo mantiene a igual distancia de las diferentes partes que participan en el mismo negocio. . .

Al no quedar otro camino, el Consejo Directivo de la Asociación Nacional de Notarios realizó un intenso cabildeo para neutralizar los efectos de la ley de correduría pública federal, que eran en verdad lesivos a la función notarial, lográndose al final las siguientes modificaciones al proyecto original.

a) Se suprimió de la fracción VI del artículo 6o. la posibilidad de que los corredores tuvieran facultades fedarias en materia de otorgamiento, modificación o revocación de poderes otorgados por sociedades mercantiles, en virtud de su naturaleza esencialmente civil y su competencia local, encontrándose por lo tanto reservadas estas funciones a los notarios.

b) Para asegurar la imparcialidad del jurado en el examen definitivo de los aspirantes a corredor, se estableció la prohibición de que pudiera formar parte del mismo, en el último párrafo del artículo 10 a quienes tuvieran relación de parentesco o laboral o percibieran honorarios por parte del sustentante.

c) Se substituyó el texto original del segundo párrafo del artículo 16, ordenándose con referencia a las actuaciones fedatarias del corredor, previstas por la fracción VI del artículo 60. relativas a la constitución, modificación, fusión, escisión, disolución, liquidación y extinción de sociedades mercantiles y en los demás actos previstos en la ley general de sociedades mercantiles que los corredores no usarían el sistema de archivo de póliza y actas y el libro de registro propio, sino que deberían someterse en lo conducente a lo previsto en la ley del Notariado del Distrito Federal, en materia de protocolo, apéndice e índice.

d) Se eliminó el tercer párrafo del artículo 18, que establecía la posibilidad de autenticar sin responsabilidad para el corredor, contratos o documentos mercantiles no redactados por dicho funcionario, al estilo de Notary Public anglosajón, y

e) Se adicionaron cinco fracciones al artículo 20 de la VI a la X, estableciéndose prohibiciones similares a las de los notarios; verbigracia, desempeñar el mandato judicial, actuar como fedatario en caso de parentesco, recibir en depósito sumas de dinero y otras.¹⁵⁵

Respecto al punto tratado en los párrafos anteriores, el Notario Ruibal Corella en su obra que se analiza, nos señala en el momento en que se refiere a la actividad de los gremios tanto Notarial como de Corredores lo siguiente:

"A posteriori, voces opositoras al Notariado han justificado la ley disfrazándola inteligentemente de esta forma: la verdad es que es sabido que la fe pública tal y como se ha venido manejando hasta antes de la presente ley de correduría, ha provocado serios problemas tanto en materia de Correduría Pública como de Notaría Pública, ya que ambos gremios no han sabido actualizarse y adecuar sus servicios, en perjuicio de lo usuarios de estas figuras jurídicas, dando como resultados, el que los servicios de estos fedatarios no sean lo suficientemente ágiles y eficientes.

Y agrega la crítica: la intención original fue la de que el corredor constituyera sociedades rápida y económicamente con la seguridad jurídica que requieren este tipo de operaciones mercantiles, al registrar éstas en libro respectivo y al llevar su archivo los documentos relativos a dicha operación. Sin embargo, nuevamente por presiones del Notariado fue modificado el proyecto de ley, en efecto, el artículo 16 de la Ley Federal de Correduría pública, obliga al corredor público a llevar los mismos sistemas de registro que el Notariado quitándole a su función la eficiencia, sencillez y economía que deben de caracterizar a este tipo de fedatarios.

El Reglamento de la Ley Federal de Correduría Pública, antes de proceder a los comentarios de dicho reglamento, nos permitiremos algunas consideraciones sobre la importancia de la facultad reglamentaria otorgada al Poder Ejecutivo Federal, que no tiene por cierto autorización directa en el texto constitucional a contrario sensu de las constituciones anteriores a la de 1857.

En este sentido, Gabino Fraga, hace derivar dicha facultad en forma implícita y a base de una interpretación, que ya es tradicional de la fracción I del artículo 89 de la Constitución General, que se refiere a las facultades otorgadas al Presidente de la República. El autor en consulta señala que:

Estando definidos los conceptos de promulgación y ejecución, queda como una nueva facultad para el ejecutivo la de proveer en la esfera administrativa a la exacta observancia de las leyes, el sentido gramatical de la palabra proveer es el de poner los medios adecuados para un fin: en el caso, para facilitar la ejecución de las leyes, en los términos anteriores, la interpretación gramatical de la disposición legal lleva a la conclusión de que en ella se otorga juntamente con otras, la facultad de expedir disposiciones generales que sean el medio práctico adecuado para poder dar exacta observancia a la ley.

Respecto al punto anterior, considero que dicha facultad reglamentaria debe pertenecer únicamente al poder legislativo y no al ejecutivo. por qué, porque en un régimen como el nuestro, caracterizado por el protagonismo del presidente de la República, en donde el 90% de las iniciativas de ley provienen de parte suya, la referida facultad esta de más.

Por el contrario, debería de existir como elemento para fortalecer al legislativo frente a la preeminencia del Ejecutivo, en un sano ejercicio de la división de poderes a la manera del sistema de frenos y contrapesos que proponía Montesquieu.

En la práctica, los resultados no se hacen esperar, si tradicionalmente la docilidad del legislativo ha sido manifiesta ante los proyectos de ley que envía el ejecutivo a las cámaras y que aquel se ve obligado a cubrir las apariencias del mandato constitucional, ya en ejercicio de la célebre facultad reglamentaria, el presidente no tiene para que guardar las formas al presentar el documento al Congreso y claro está a lo largo de la historia, ha incurrido en abusos y notorias violaciones a la ley ordinaria.

Para citar un solo ejemplo plenamente ilustrativo, mencionaremos el reglamento de la ley para promover la inversión mexicana y regular la extranjera (derogada por la nueva ley de inversión extranjera), que rebasó notablemente en su tiempo a la ley de la materia y hasta la propia Constitución General de la República en su artículo 27, tratándose de la llamada zona prohibida.

Por supuesto, que el reglamento de la Ley de correduría no escapó a la tentación que se comenta. Publicado el 4 de julio de 1993 en el diario oficial de la federación con 85 artículos y cuatro transitorios, rebasa notablemente en extensión y alcances a la ley que consta de 23 artículos y 5 transitorios.

En la antesala de su entrada en vigor, hubo nuevamente fuertes ataques al Notariado, como una muestra lo siguiente: En México la fe pública mercantil acusa en déficit considerable. Los notarios públicos, regulados por legislaciones locales no están cerca del tráfico mercantil con la celeridad, calidad y costo que reclaman los pequeños y medianos comerciantes, responsables de la mayor parte de la actividad mercantil. En muchos casos, la connotación de los notarios como cuasi servidores públicos y las barreras a la entrada son tales que resultan en la formación de grupos que extraen rentas monopólicas de la actividad, no siempre garantiza la calidad del servicio, sobre todo en los Estados en que la función depende de un acto discrecional de la autoridad.

Retornando al reglamento, la asociación nacional del Notariado mexicano, solicitó al Secretario de Comercio y Fomento Industrial varias modificaciones y aunque ninguna de ellas fue aprobada, destacamos las más notables por considerarlas de profundo interés desde el punto de vista jurídico:

a) En virtud de que el artículo 50. permite la posibilidad de que el corredor pueda cambiar indiscriminadamente de plaza, se solicitó reconsiderar en la materia..

b) Se solicitó la supresión del artículo 60. por considerar que se convertirá en fuente inagotable de conflictos entre notarios y corredores por razones de competencia.

c) Se pidió la modificación respectiva al artículo 23 con el objeto de hacer compatible la función notarial con la de corredor público.

Esta última propuesta, despertó resistencia aún en el propio Notariado, además de que en los últimos tiempos de debilitó el argumento de que una ley notarial tipo era ya un hecho inminente, porque la tendencia a partir de 1994 es precisamente la contraria, es decir, que el centralismo excesivo y centrifugante, también en materia de iniciativa de leyes, ha sido duramente cuestionado por haber sido duramente cuestionado por haber sido una buena medida el obstáculo que ha impedido el desarrollo equilibrado de México:

d) Se propuso la modificación de la fracción VIII del artículo 32, que estableció una extraña y obsoleta regresión al pasado: los testigos que acompañaban antiguamente al fedatario, y

e) Se solicitó la supresión de la última parte de las fracciones I, II, III y IV del artículo 53, por el peligro de reabrir la posibilidad de que el corredor intervenga como fedatario tratándose de inmuebles.

Naturalmente que hay opiniones discordantes. Analicemos una con el debido respeto: si un corredor público está facultado para la celebración como fedatario de actos mercantiles y entre éstos el más importante es el de la constitución de sociedades mercantiles y consecuentemente su modificación, transformación, fusión, escisión, disolución, liquidación y extinción y, el objeto de las sociedades son las aportaciones y estas consisten generalmente en bienes inmuebles, su prohibición es una incongruencia.

Así las cosas y encontrándose la atmósfera sumamente tensa, el 11 de julio de 1993, en reunión extraordinaria del consejo nacional de la asociación del Notariado, se acordó solicitar el amparo y protección de la justicia federal contra la expedición del reglamento de la ley de correduría pública federal, por considerar que el titular del poder ejecutivo de la unión, se había excedido notablemente en sus facultades reglamentarias. Se tomaron las providencias necesarias pero de improviso y a petición de las autoridades gubernamentales se detuvo por las siguientes razones:

1.- El Gobierno aceptó que hay necesidad de hacer aclaraciones al texto del reglamento, mismas que no se harán de inmediato por razones políticas.

2.- Se garantizó que el nuevo corredor no tendría competencia sobre inmuebles, salvo los casos de excepción legal que ya existían antes de la Ley de Correduría, es decir, los casos concretos de buques y créditos refaccionarios o de habilitación o avío con hipotecas inmobiliarias o industriales.

3.- Se garantizó que se respetaría la competencia de los notarios en los Estados y no sería materia de fe pública del corredor, ni las hipotecas sobre inmuebles ni operaciones con inmuebles, ni mandatos, ni los actos esencialmente civiles que quedan reservados a la competencia local.

4.- El Gobierno se comprometió a que no habría más declaración de los funcionarios de SECOFI, en contra del Notariado y de los notarios.

5.- Se garantizó para los notarios de la República la concurrencia con los corredores en asuntos de naturaleza mercantil.

6.- Se ofreció el apoyo del Gobierno Federal, para la modernización de los notariados, bajo la base de permitir una ampliación de sus funciones y su participación en los nuevos proyectos del Gobierno Federal."¹⁵⁶

Esta transcripción nos hace ver en forma clara cual era la situación existente en el momento en que se llevaron a cabo las consultas y análisis del proyecto de Ley Federal de Correduría Pública y fortalece la postura ya indicada de que el gremio notarial realizó actividades hasta entonces inusuales en defensa de su actividad fedataria.

" En efecto basta revisar el índice del Tratado de Libre Comercio, para comprobar que se encuentran incluidas en él prácticamente toda clase de actividades económicas, comercio, inversión, energía y petroquímica, sector agropecuario, medidas sanitarias y fitosanitarias, compras del sector público, telecomunicaciones, comercio transfronterizo de servicios, entrada temporal de personal, medidas de emergencia, medidas de normalización, servicios financieros, propiedad intelectual, publicación, notificación y administración de leyes, resolución

¹⁵⁶.-Ibidem. p. 85.

de controversias, etc."157

"Pero si bien, uno de los principales objetivos del Tratado, es contar con un marco jurídico que de certidumbre a las transacciones económicas entre los tres países; un marco jurídico que sea estable, previsible y general."158

"No podemos obviar como punto de partida que nuestro orden jurídico interno se modificó ante la perspectiva del tratado de Libre Comercio. Y decimos, se modifica porque tal modificación se ha llevado a cabo a la par del proceso de negociación."159

Entre las leyes que se modificaron encontramos:

Ley para la Protección de Variedades Vegetales que se creó para que nuestro país forme parte del Convenio Internacional para la protección de las obtenciones vegetales, así como Canadá y Estados Unidos son parte de ella.

Ley Federal de Derechos, debió reformarse para eliminar los derechos de trámite en relación a los Estados Unidos de América y Canadá.

Ley Federal de Metrología y Normas, que fue aprobada, para crear un sistema unificado de normalización en las dependencias

157. - CONTRERAS MENDEZ, MARCO ANTONIO.- El Tratado de Libre Comercio y la Modificación del orden jurídico Interno. Revista de Investigaciones Jurídicas y Políticas. Año IV. No. 6 octubre de 1993. Universidad Autónoma de Puebla. Pue. Mex. p. 20.

158. - Ibidem. p. 24.

159. - Ibidem.

de la administración pública Federal.

Ley Federal de Competencia Económica, también ha sido aprobada, y abroga la Ley de Monopolios a fin de adecuar la política industrial y comercial, en la materia a las políticas del comercio exterior y liberalización de precios.

Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera, eliminó las incongruencias existentes entre esta disposición, que tiene un espíritu restrictivo del capital extranjero; y el reglamento de la propia ley, que tiene un carácter liberatorio.

Ley de Comercio Exterior, que reglamenta el artículo 131 de la Constitución, modificada conforme a la iniciativa presidencial, a fin de crear un ordenamiento de tipo marco, que sirva de sustento a los diversos instrumentos legales necesarios para la implementación del tratado, en nuestro país.

Ley de Vías Generales de Comunicación, reformada en virtud de que los requisitos que exige para la prestación de diversos servicios de transporte de carga y de pasajeros, son considerados restricciones cuantitativas que impiden la liberalización de dichos servicios.

Ley de Adquisiciones del Sector Público, a fin de unificar los criterios de las compras gubernamentales y adecuarlos al contenido del Tratado de Libre Comercio de América del Norte.

"Pero ello no significa, en forma alguna, que en el ejercicio de esas facultad, el poder ejecutivo pueda colocarse por encima de la Constitución o de las Leyes del Congreso de la Unión que emanan de ella; que junto con los tratados internacionales que estén de acuerdo con la misma y que se celebren con la aprobación del Senado; constituyen, conforme al precepto 133 constitucional, la Ley Suprema de toda la Unión."¹⁶⁰

Si bien es cierto el Ejecutivo tiene facultades legislativas éste tiene limitaciones como: Su facultad no es absoluta, sino condicionada, sujeta al principio de legalidad, que se traduce en el estricto apego al orden jurídico vigente, y por lo que se refiere a que las normas derivadas de los tratados internacionales son incompletas, éstas se deben dar con una complementación de las normas del orden jurídico nacional.

El proceso de reestructuración de la economía nacional en los últimos años difícilmente podía haber sido más radical, al haberse operado una rectificación de las finanzas públicas, se incrementó el ingreso del sector público, se recortó el gasto público, además de la liquidación, privatización y fusión de empresas paraestatales. Sin embargo, la medida más radical fue la apertura comercial que se intentó hacer con los Estados Unidos de América y Canadá, lo que hizo necesario un nuevo ordenamiento legal en diversas materias.

¹⁶⁰.- *Ibidem.* p. 29.

--3

Las implicaciones para la política comercial mexicana se desprende de las tendencias que son la evolución de las exportaciones mexicanas depende, fundamentalmente, de como se comportan las que se dirigen hacia sus socios comerciales de América del Norte.

Dentro de los beneficios que se dice ha producido el Tratado de Libre Comercio de América del Norte es que logra una integración a la economía mundiales en un proceso irremediable hacia el frente e irreversible; por otro lado el que se evite la discrecionalidad en los actos arancelarios de los países fuertes económicamente.

4.5.-Constante y variables aplicables a los sistemas notariales vigentes.

La evolución de las sociedades internacionales no permiten que las diversas naciones se mantengan alejadas unas de otras, la relación entre ellas son cada vez más comunes, y deja a un lado las diferencias ideológicas, sociales, políticas y jurídicas.

En virtud del vertiginoso adelanto de la técnica y la ciencia en general, resulta necesario adecuar los sistemas de comunicación con la actividad Notarial en los dos sistemas de fe pública existentes.

Entre los aspectos que son motivo de análisis en ambos sistemas es el involucramiento de la función Notarial dentro de lo que se denomina jurisdicción no contenciosa, dentro de

nuestro país, existe la propuesta de que, por ejemplo, en los procedimientos de sucesión mortis causa, cuando no exista controversia entre los herederos o éste sea único, aún y cuando se trate de un intestado, el procedimiento se pueda llevar a cabo ante la fe de un Notario Público, quien es un perito en derecho y puede llevar a cabo con toda responsabilidad el mismo, ya que al acudir ante el tribunal no hace sino incrementar la carga de trabajo de los mismos y el juez únicamente llevará a cabo trámites administrativos que no resulta necesario sean motivo de su actividad jurisdiccional, sin olvidar que el Notariado latino cuenta con la formación adecuada, dispone de los medios técnicos necesarios para llevar a cabo la actividad y ya en varios países se ha permitido con éxito lleven a cabo la referida actividad; por otro lado, por lo que respecta al sistema sajón, los Notary Public, en razón de su actividad fedante pueden llevar cabo actividades propias de los tribunales, en cuanto a la recepción de probanzas, por lo que dicha intervención también resulta favorable a la agilización de justicia de sus respectivos países.

Otro punto bastante controvertido es la incursión del documento informático dentro del campo del Derecho Notarial y la seguridad jurídica que ello implica, en virtud de la vulnerabilidad a manipulaciones que este tipo de documentos representa.

La necesidad es la madre de las grandes soluciones, por tanto ante la aplicación de la informática a las más variadas actividades humanas, es necesario tomarla en cuenta y buscar la forma de aplicarla dentro del campo de la actividad notarial.

Actualmente no existe legislación alguna para regular el documento informático como instrumento jurídico, sin embargo se reconoce la necesidad de utilizar la tecnología disponible en materias computacionales y de comunicación al servicio de la función Notarial.

El uso, por ejemplo, del telefax, pone nuevamente de relieve el antagonismo de rapidez en perjuicio de la seguridad jurídica, ya que cuando una persona elige utilizar un telefax en lugar de un procedimiento de comunicación ya bien probado ha tomado su decisión a favor de la rapidez.

Al respecto aparece la duda, respecto si el documento emitido por un telefax es un original o una copia del documento original que obra en poder del que utilizó el medio electrónico, la transmisión puede ser motivo de manipulación o no, la remisión ha sido autorizada o no, o bien se puede manifestar el consentimiento por esta vía, o cómo se prueba el origen de la comunicación.

Sin duda alguna, el facsímil es un documento, ya que es una comunicación que obra en un soporte papel, sin embargo, no es posible que con este fundamento se trate de constituir un contrato, toda vez que no hay manera eficaz de comprobar la manifestación de voluntad de las partes que pretenden contratar por esa vía, al no existir prueba fehaciente de recepción y origen.

Si bien es cierto que no puede constituir el contrato, también lo es que se constituye en un comienzo de prueba por escrito, con el principio de la consensualidad como base de la contratación.

De tal manera, es posible llegar a la conclusión de que es necesario reglamentar este tipo de actividades que cada vez son más comunes dentro de la vida diaria, con los principios de la manifestación de voluntad y comunicación entre no presentes, como lo puede ser la manifestación de voluntad vía telefónica y la responsabilidad de los remitores de oferta sea por la vía que sea, en ambos sistemas de fedación que se han tratado en este trabajo.

Por último, el tema del valor del documento extranjero recibido por un Notario o elaborado por un Notario.

Si se considera que el control de la legalidad en su sentido más amplio se obtiene igualmente cuando el Notario se ajusta al tenor del acto redactado previamente, al realizar el papel de consejero, otorgándole especial interés a aquella parte que no hubiera intervenido en la redacción previa del instrumento.

Los atributos inherentes al documento Notarial, la validez jurídica de prueba auténtica que éste le imprime a la transacción o a un acto jurídico, permite a los ordenamientos jurídicos correspondientes a los Notariados que son miembros de

la Asociación Internacional del Notariado Latino, garanticen a los ciudadanos en general y a los consumidores en particular y a la circulación una seguridad jurídica clara eficaz y económica, la que debe extenderse también al dominio extrajudicial de las normas del derecho.

A fin de evitar conflicto entre el documento expedido por un fedatario de la Unión Internacional del Notariado Latino y el de uno que no lo sea, se propone que se estudie el procedimiento por el cual sea posible aceptar la recepción de documentos de sistema sajón, mediante la celebración de convenios o tratados internacionales, que tengan por objeto facilitar la comunicación de documentos entre los países de sistemas jurídicos distintos, dentro del respeto al principio de seguridad jurídica.

- - - - -

CONCLUSIONES.

1.- El estudioso a través de la ciencia aspira al conocimiento de la realidad existente siempre de manera perfectible, el del Derecho no es la excepción.

2.- En el método jurídico, es trascendente realizar enfoques que tomen en consideración el mundo de la realidad.

3.- En la norma jurídica, actúan dos sujetos, el pretensor y el obligado. Tal actuación se refiere a un objeto directo constituido por los derechos y obligaciones recíprocas.

4.- En el nexo jurídico interviene un previo fenómeno volitivo en la creación de derechos y obligaciones y en virtud del nexo jurídico hay una sujeción de la voluntad al deber contraído.

5.- El Concepto jurídico pretende enunciar las características que dan individualidad a un fenómeno jurídico y se pretende determinar el ser de aquello que es motivo de estudio concreto.

6.- Sistematización jurídica es la ordenación de la materia jurídica en forma orgánica y unitaria.

7.- La técnica jurídica es la aplicación de la sistemática jurídica.

8.- El Notario se encarga de autenticar hechos en un sentido amplio, sean simples o naturales o producto de una relación jurídica.

9.- Es difícil establecer una teoría general de las fuentes del Derecho por la diversidad de posibilidades de creación del mismo.

10.- Se distinguen dos aspectos muy importantes dentro del campo del Derecho Notarial, el de la organización notarial y el de la función notarial.

11.- El Derecho Notarial cuenta con un sujeto de Derecho propio, que se viene a constituir en la figura del notario público.

12.- La autonomía del Derecho Notarial conlleva el hecho de poseer una terminología, un sujeto y un objeto propios, que se traducen en una legislación específica.

13.- Desde el punto de vista científico y didáctico la sistematización de los conceptos, hace más fácil y comprensible el estudio del Derecho.

14.- La seguridad jurídica en el desarrollo de la sociedad, resulta uno de los objetivos esenciales para el Derecho Notarial.

15.- Justiniano, con su compilación normativa, otorga a los tabeliones o artistas de la escritura su función documentadora organizada.

16.- El Notariado es una función de orden público que originalmente se encuentra a cargo del Estado, quien, por delegación, en el sistema latino, lo encomienda a profesionales del Derecho.

17.- El Derecho Notarial es el conjunto de normas jurídicas, doctrinas y jurisprudencias que regulan la organización de la función Notarial y lo relativo al instrumento público.

18.- La fe pública es aquella certeza indiscutible, que proviene de afirmaciones hechas por el hombre, pero que tienen reconocimiento legal, por haber sido emitidas por una autoridad pública.

19.- La más importante posición doctrinaria relativa a la función notarial, es la que considera a ésta dentro de la esfera del poder ejecutivo o de la administración del Estado.

20.- La función esencial del notario es crear un documento jurídicamente valedero.

21.- La función notarial es una función de orden público, cuya finalidad es brindar seguridad jurídica a los actos de los particulares.

22.- La función Notarial, es sui generis ya que otorga una calidad de cierto e indudable al hecho respectivo, al imponerse frente a terceros como una prueba preconstituida.

23.- El corredor público es, por descripción de la Ley Federal de Correduría Pública, un intermediario del comercio.

24.- Conviene reformar la Ley Federal de Correduría Pública, para eliminar la autorización de elaborar instrumentos públicos para la constitución de sociedades mercantiles y la afectación de bienes inmuebles por tal motivo.

25.- El instrumento público, en el sistema jurídico mexicano, está sujeto a las exigencias que establece la legislación aplicable.

26.- Nuestro Derecho Notarial otorga especial atención al instrumento público.

27.- El Derecho Internacional tiene, como última finalidad, la convivencia pacífica entre los pueblos.

28.- Conforme al artículo 133 constitucional, los tratados internacionales, en el derecho interno mexicano, sólo tiene el carácter de Ley Suprema. si están de acuerdo con la Constitución.

29.- La Convención de Viena precisa que la única causa de nulidad de un tratado, es que esté en oposición a una norma imperativa del Derecho Internacional.

30.- Una Alta Parte contratante en un tratado internacional, no puede invocar disposiciones de su Derecho interno para justificar su incumplimiento.

31.- Entre los países ratificantes de la Convención de la Haya de octubre de 1961, que suprime las exigencias de legalización de los documentos públicos extranjeros, no se entra al estudio del fondo de los documentos para que surta efectos.

32.- Por sus efectos, los tratados tienen un doble carácter: en el orden internacional, son fuente de obligaciones para los países celebrantes; y en el interno, son fuente formal del Derecho.

33.- Nadie puede ejecutar funciones públicas de un país en otro, sin el consentimiento expreso de aquel en que se encuentra, siendo en su caso, de carácter recíproco.

34.- En la tradición jurídica anglosajona, se considera al notary public como un oficial público cuya función es administrar juramento; testimonios y certificados, no como perito en Derecho.

35.- La doctrina jurídica anglosajona y su legislación, dejan la carga legal de los trámites jurídicos a los tribunales de los Estados o de la Unión.

36.- El notary public estadounidense, soslaya su responsabilidad con la contratación de seguros, que cubren los riesgos de su actividad, en caso de daños patrimoniales.

37.- El notario de carácter latino, posee una tradición de fedatario y en desarrollo de la misma, desempeña funciones de revisión, redacción y autenticación, en aras de mayor seguridad jurídica.

38.- La vinculación de los notarios públicos de sistema latino con los notary public de tradición anglosajona, no solamente no es aconsejable, sino también es peligrosa, ya que provoca confusión.

39.- Las relaciones jurídicas emergidas en virtud de la integración europea y la celebración del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, requieren conocer la normatividad dual que se da alrededor de la fe pública en los sistemas latino y anglosajón.

40.- En el sistema latino el notariado desarrolla importantes funciones de autenticidad, legalidad, fuerza ejecutiva y eficacia probatoria de los actos escriturados.

41.- El vertiginoso adelanto de la técnica y la ciencia en medios de comunicación, obliga a regular la existencia dual de los sistemas de fe pública, latino y anglosajón.

42.- La incursión del documento informático dentro del campo del Derecho Notarial y la seguridad jurídica que ello implica, es uno de los puntos más controvertidos de los dos sistemas de Derecho Notarial existentes.

43.- La asociación Internacional del Notario Latino, exige requisitos inherentes al documento notarial para garantizar seguridad jurídica.

44.- La existencia de sistemas distintos, latino y anglosajón, alrededor de la fe pública, requiere de normas jurídicas internacionales que faciliten el uso de documentos públicos, en países de diversas tradiciones jurídicas.

BIBLIOGRAFIA

TEXTOS DE METODOLOGIA.

BALLVE FAUSTINO, Esquema de Metodología Jurídica, Ediciones Botas, México, D.F., 1956.

HERNANDEZ GIL, Metodología del Derecho. (Ordenación crítica de las principales direcciones metodológicas). Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid España. 1945.

TEXTOS DE DERECHO.

ALLENDE IGNACIO M., La Institución Notarial y el Derecho. Editorial, Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1969.

AVILA ALVAREZ, PEDRO. Derecho Notarial. 7a. Ed. Bosch Casa Editora. Barcelona España. 1990.

BAÑUELOS SANCHEZ, FROYLAN, Derecho Notarial, (Interpretación, Teoría, práctica y jurisprudencia), Cárdenas Editor, México D.F., 1977.

CARRAL Y DE TERESA LUIS, Derecho Notarial y Derecho Registral. 9a. Ed., Editorial Porrúa, México, D.F., 1986.

CASTAN TOBEÑAS JOSE, Función Notarial y Evolución Notarial del Derecho, Instituto Editorial Reus, Madrid, España, 1946.

DE PINA VARA RAFAEL, Derecho Mercantil Mexicano, Editorial Porrúa., México, D.F., 1985.

DIAZ BRAVO ARTURO, Contratos Mercantiles, Colección Textos Jurídicos Universitarios, Editorial Harla, México, D.F., 1983.

DIAZ MIERES LUIS, Derecho Notarial Chileno, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1965.

DUGUIT, LEON. Las transformaciones del Derecho público y privado. Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires, Argentina. 1975.

GIMENEZ ARNAUD ENRIQUE, Introducción al Derecho Notarial, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid España, 1958.

GOMA SALCEDO JOSE ENRIQUE, Derecho Notarial, Editorial Dyxinson, Madrid España, 1992.

MENGUAL Y MENGUAL JOSE MARIA, Elementos de Derecho Notarial, Librería Bosch, Barcelona España, 1932.

MUSTAPICH JOSE MARIA, Tratado Teórico y Práctico de Derecho Notarial., Ediar Soc. Anon., Editores, Buenos Aires Argentina, 1955.

NUÑEZ LAGOS, RAFAEL. Hechos y Derechos en el documento Público. Editorial del Ministerio de Justicia y Consejo Superior de Investigación Científica. Madrid, España. 1950.

ORENDAY GONZALEZ, ARTURO G. Jurisprudencia Notarial. (Un enfoque temático). O.G.S., Editores S.A de C.V., Puebla, Pue. México. 1995.

PALOMAR OLMEDA, ALBERTO. Derecho de la función pública. Editorial Dykinson, Madrid, España. 1992.

PEREZ FERNANDEZ DEL CASTILLO, BERNARDO. Derecho Notarial. Editorial Porrúa, México, D.F. 1993.

PEREZ NIETO CASTRO LEONEL, Derecho Internacional Privado, Editorial Harla, México, D.F., 1984.

PERRET LOUIS, Aspectos Jurídicos del Tratado Trilateral de Libre Comercio. Editorial Porrúa, México, D.F., 1992.

PERUGINI DE PAZ Y GEUSE ALICIA M., La Validez y Circulabilidad Internacional del Poder de Representación Notarial, Ediciones De Palma, Buenos Aires, Argentina, 1982.

RUIBAL CORELLA, JUAN ANTONIO, Nuevos Temas de Derecho Notarial, Editorial Porrúa, México, D.F., 1995.

SANAHUJA Y SOLER, JOSE MARIA. Tratado de Derecho Notarial. 2a. Ed. Bosch Casa Editorial, Barcelona España. 1945.

ZINNY MARIO ANTONIO, El Acto Notarial (Dación de fe), Ediciones De Palma, Buenos Aires, Argentina, 1990.

DICCIONARIOS CONSULTADOS.

CAMBELL BLACK HENRY, BLACKS LAW DICTIONARY, 6a. Ed. Edic., West Publishcing, St. Paul. Minn., Estados Unidos de América, 1990.

CORNEJO CERTUCHA FRANCISCO M., DICCIONARIO JURIDICO MEXICANO, Tomo II, 3a. Ed. Editorial Porrúa, México, D.F., 1989

DE PINA VARA RAFAEL, DICCIONARIO DE DERECHO, Editorial Porrúa, México, D.F., 1985.

DICCIONARIO ENCICLOPEDICO QUILLET, 11a. Ed., Editorial Cumbre, México, D.F., 1989.

GOLDSCHMIDT ROBERTO, ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, Argentina, 1978.

JOWITT EARL, THE DICTIONARY OF ENGLISH LAW, Sweet Maxwell Limited, Londres Inglaterra, Volumen 2, I-Z, 1985.

M. JUSTO ALBERTO, DICCIONARIO JURIDICO MEXICANO, Tomo III, 3a. Ed., Editorial Porrúa, México, D.F., 1989.

ORGAZ ALFREDO, ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, Argentina, 1978.

PALOMAR DE MIGUEL JUAN, Diccionario para Juristas, Mayo Ediciones, México, D.F., 1981.

HEMEROGRAFIA.

REVISTAS ESPECIALIZADAS.

ADOLFO PARDO RUFINO, Concepto y Contenido del Derecho Notarial. Revista del colegio de Abogados y Notarios de Guatemala, Guatemala Guatemala, 1991.

BAUTISTA PONDE EDUARDO, EL NOTARIO. Revelaciones Ilustrativas sobre el Notary Public de Estados Unidos de América, Publicación del Colegio Notarial de la Provincia de Mendoza, Mendoza Argentina, 1987.

CASTAN TOBEÑAS JOSE, La Ordenación Sistemática del Derecho Civil, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, España, 1954.

CLOSEN L. MICHEL & GRANT DIXON III, NORTH DAKOTA LAW REVIEW, Notaries Public from the time of the Roman Empire to the United States today and tomorrow, Dakota del Norte, Estados Unidos, 1992.

CONTRERAS MENDEZ MARCO ANTONIO, El Tratado de Libre Comercio y la Modificación del Orden Jurídico Interno, Revista de Investigaciones Jurídico Políticas, Universidad Autónoma de Puebla, Puebla Mex., 1993.

IRIZARY RODRIGUEZ JUDITH, Comentarios sobre la Dación de Fe in re olmo, Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico, San José de Puerto Rico, 1985.

MEDINA MORA RAUL, PEMEX LEX, El Artículo 133 Constitucional y la Relación entre el Derecho Interno y los Tratados Internacionales, Revista Jurídica de Petróleos Mexicanos. México, D.F., 1994.

PERUGINNI DE PAZ Y GEUSE ALICIA M., Atribución a un Argentino de la fe publica Notarial, conferida por dos países, uno de ellos la República Argentina., Revista Internacional del Notariado Latino, Buenos Aires, Argentina., 1985.

VALIENTE PALACIOS SERGIO, La Función Notarial en Cuba, Revista Jurídica, La Habana, Cuba, 1987.

VENEGAS TREJO FRANCISCO, La Constitución y los Tratados, Revista de la Facultad de Derecho de México, Tomo XLI, No. 178-179-180, Julio- Dic. 1991, México, D.F., 1991.

WITKER JORGE, Quid Justitia, Los abogados mexicanos ante el TLC. Revista Jurídica del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Zacatecas, Zacatecas, Zacatecas, 1995.

LEGISLACION CONSULTADA.

CODIFICACION NOTARIAL DEL DISTRITO FEDERAL, Editorial Porrúa, México, D.F., 1995.

CODIFICACION NOTARIAL DEL ESTADO DE HIDALGO, Periódico Oficial del Estado, Pachuca de Soto, Hidalgo, 1995.

CODIFICACION NOTARIAL DEL ESTADO DE SONORA, Editorial Porrúa, Hermosillo, Sonora, 1995.

CODIFICACION NOTARIAL DEL ESTADO DE VERACRUZ, Editora de Gobierno del Estado, Xalapa, Veracruz, 1995.

TRATADO DE LIBRE COMERCIO DE AMERICA DEL NORTE, Texto Oficial, SECOFI, Miguel Angel Porrúa Editores, México, D.F., 1994.

INDICE

PROLOGO.....	I
--------------	---

INTRODUCCION.....	II
-------------------	----

CAPITULO PRIMERO.

UBICACION DEL DERECHO NOTARIAL DENTRO DE LA SISTEMATIZACION DEL DERECHO

1.1.- Principios generales de clasificación del Derecho y su sistematización a través de la historia.....	1
1.2.- Ubicación del Derecho Notarial dentro de la clasificación general del Derecho.....	19
1.3.- Sistematización del Derecho Civil.....	23
1.3.1.- Evolución de la sistematización del Derecho Civil a través de la historia.....	24
1.3.2.- Ubicación del Derecho Notarial en la sistematización del Derecho Civil.....	36
1.4.- Los actos del Derecho Mercantil y sus obligaciones.....	39

CAPITULO SEGUNDO.

DERECHO NOTARIAL, CONCEPTOS Y NATURALEZA.

2.1.- Conceptos básicos del Derecho Notarial.....	45
2.1.1.- Concepto de Notario, Notariado y Derecho Notarial.....	48
2.1.2.- Conceptos de fe, fe pública y fe pública notarial.....	59
2.1.3.- Concepto de instrumento público.....	67
2.1.4.- Concepto de función notarial.....	75
2.1.4.1.- Teorías que explican la función notarial.....	82
2.1.4.2.- Características de la función notarial.....	84
2.2.- Forma sui generis de prestación de un servicio por parte del Notario.....	88
2.3.- El instrumento público como creación jurídica del Derecho Notarial mexicano.....	90
2.4.- Características del Derecho Notarial mexicano.....	92

CAPITULO TERCERO.

APLICACION INTERNACIONAL DEL DERECHO NOTARIAL.

3.1.- Principios de Derecho Internacional Privado aplicables en materia de instrumentos públicos y validez de actos jurídicos.....	95
3.2.- Convenciones internacionales que sostienen y regulan la aplicación internacional de los instrumentos públicos notariales.....	120
3.3.- Validez de las actuaciones notariales en transacciones de carácter internacional.....	124
3.4.- Ubicación territorial de los dos sistemas mundiales de derecho notarial.....	135

CAPITULO CUARTO.

BREVE ESTUDIO COMPARATIVO DE LOS SISTEMAS
NOTARIALES ANGLOSAJON Y LATINO (SEGURIDAD JURIDICA
FRENTE A RAPIDEZ).

4.1.- Características generales del sistema notarial anglosajón...	141
4.2.- Características generales del sistema notarial latino.....	167
4.3.- La seguridad jurídica, frente a la agilidad de los trámites legales en los sistemas notariales, estudio comparativo.	173
4.4.- Las condiciones planteadas en el T.L.C. respecto de seguridad jurídica y agilidad de operaciones de intercambio mercantil a nivel internacional (Marco Legal).	181
4.5.-Constante y variables aplicables a los sistemas notariales vigentes.	224
CONCLUSIONES.	229
BIBLIOGRAFIA.	239
INDICE.	244