



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

15279
251

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
"ARAGON"

"Propuesta de Equiparación de la Jurisdicción
Voluntaria, con la Certificación de Documentos
que Efectua el Notario Público"

T E S I S

Que para obtener el Título de:
LICENCIADO EN DERECHO

Presenta:

FERNADO OSORIO GONZALEZ

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

San Juan de Aragón, Estado de México 1992



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

I N D I C E

INTRODUCCION.

CAPITULO I

NOCIONES DE DERECHO NOTARIAL.

- A) ASPECTOS DEL DERECHO NOTARIAL 1
- B) IMPORTANCIA DEL DERECHO NOTARIAL 20

CAPITULO II

LA FUNCION NOTARIAL.

- A) JUSTIFICACION 24
- B) INSTRUMENTOS NOTARIALES 35
- C) TESTIMONIOS 57

CAPITULO III

LA JURISDICCION VOLUNTARIA.

A) ACEPCIONES	63
B) DIFERENCIAS CON LA JURISDICCION CONTENCIOSA..	71
C) ESPECIES DE JURISDICCION VOLUNTARIA	79

CAPITULO IV

EL NOTARIO Y LA JURISDICCION VOLUNTARIA.

A) LA INMATRICULACION	88
B) LA JURISDICCION VOLUNTARIA COMO UN ACTO <u>NO</u> TARIAL	94
C) PROPUESTA DE REFORMAS A LAS LEYES RESPECTIVAS A EFECTO DE TRAMITAR ANTE EL NOTARIO LA <u>JURIS</u> DICCION VOLUNTARIA	105
CONCLUSIONES	111
BIBLIOGRAFIA	114

CAPITULO I

NOCIONES DE DERECHO NOTARIAL.

A) ASPECTOS DEL DERECHO NOTARIAL. A través de los -
- tiempos, muchos autores han trabajado sobre el Derecho Nota-
- rial, pero no obstante esto es necesario reconocer su poco
- desarrollo, ya que el Derecho Notarial surge a la vida jun-
- to con todas las ramas del Derecho, y con todas las demás -
- ciencias, que integran la cultura humana, pero ha tenido -
- un desarrollo un poco más lento; en un principio los que es-
- tudiaban el Derecho Notarial fueron, los especialistas de -
- otras ramas, como los civilistas y los procesalistas, pero
- poco a poco el Notario fue estudiándolo y desarrollándolo -
- junto con aquellos conceptos que daban los citados anterior-
- mente, pero ya desde un punto de vista, desde adentro de -
- la función notarial, la intuición del notariado captó en el
- hecho notarial un sentido mucho más amplio y vasto, pero -
- ésta precisó de interpretaciones que subestimaban la función
- al tiempo que ensalzaban la postura que llamaban "arte de -
- la Notaria", estableciendo principios capaces de vislumbrar
- un contorno científico, lo cual estudiaremos más adelante.

El empeño puesto de manifiesto en la numerosa biblio-

grafía que han producido especialmente los Notarios, que son los que pueden captar desde adentro de la vivencia notarial por estar imbuidos en ella, no sólo como medio de vida sino como forma vital que configura su misma existencia, va abriendo paso paulatinamente a una concepción más firme sobre su puesto y rango dentro de la actividad jurídica.

Estudiando la bibliografía notarial podemos encontrar varios conceptos que se han dado del Derecho Notarial a través del tiempo por diversos autores: Giménez Arnau, en su obra Derecho Notarial señala que el primer problema que se plantea una persona que va a estudiar o a escribir sobre Derecho Notarial, es el saber por donde empezar, considerando que lo más técnicamente apropiado es comenzar por el concepto de Derecho Notarial, dando una visión panorámica y personal, o sea subjetiva al señalar que es "el Derecho relativo a los Notarios y a las funciones que estos realizan", aunque ésta no es muy clara y dice poco, señala que es un punto de partida y que la formulación exacta de la misma, su contenido y alcance sólo podrá concretarse en una definición acabada, cuando ya se haya estudiado toda la materia que comprende, y después de ello se pueden extraer ideas genéricas, pero que éstas sean suficientemente expresivas, sobre el conjunto de la temática estudiada. (1)

(1) Giménez Arnau, Enrique. Derecho Notarial. Ediciones Universidad de Navarra. Pamplona España. 1976. 2a. Edición. pág. 25.

a) El Derecho Notarial como Técnica, como Ciencia y como Rama del Derecho Público o Privado. El Derecho en sí es una técnica, que tiene por objeto a los hechos humanos en cuanto estos tienen que ver con la justicia, pero ésta que busca dar a cada quien lo suyo, implica necesariamente una situación de relación, la cual a su vez, tiene su fundamento, por una parte, en el carácter social del hombre y por otra, en su esencia de ser libre y precisamente por ser libre, la justicia puede ser quebrada, constituyéndose una anomalía dentro del ordenamiento social; he aquí que cuando esto ocurre, la sociedad somete a los hechos a un juicio legal que puede consistir en un silogismo, el cual dictamina, y dada la norma, saca ciertas conclusiones en conformidad.

Es verdad que las relaciones normales, en la vida común, se manifiesta en la palabra, por el concepto del honor, o bien en los documentos que representan una garantía permanente, ya que lo escrito perdura y en algunos casos y debido a la complejidad de los actos tanto negociables como no negociables, es conveniente hacerlo por escrito.

El juicio que actúa cuando la justicia es quebrada, intenta a través de la norma jurídica, restituir la línea recta que fija el Derecho, y para ello utiliza un proceso -

dialéctico que representa los hechos humanos, puestos con esfuerzo y con lucha para reponer la situación dislocada dentro del orden legal; el documento por el contrario refleja "erga partes et erga omnes", los hechos humanos aptos para crear nuevos derechos.

Pero a veces, bien para dar existencia o bien para prestar validez, ciertos actos, presentes o futuros, reciben de la justicia un sello indubitable, la fe. Carlos W Gattari en su obra "El Objeto de la Ciencia del Derecho Notarial", manifiesta que "en realidad los actos de fe no tienen más que la forma externa del juicio, pero que en el fondo son actos de autoridad, que precisamente constituyen el presupuesto, base y fundamento de la fe". (2)

Sigue diciendo que "mientras el juicio se establece sobre la base de los hechos de conducta humana, que tienen por manifestación el desacuerdo de partes en sus puntos de vista y en el derecho aducido con el objeto de restituir y de reponer; la fe sólo se da sobre hechos de conducta humana que se caracterizan por el acuerdo de partes en sus puntos de vista y en el derecho invocado, con el objeto de constituir y de poner; pero sin que ello signifique la nega

(2) Gattari, Carlos. El Objeto de la Ciencia del Derecho Notarial. Editorial De Palma. Buenos Aires, Argentina. 1969. 1a. Edición. pág. 37.

ción de igual necesidad en el caso del juicio, la última -
postura no sólo debe ser manifiesta para las partes sino que
trasciende de su reducido ámbito para extenderse a conoci-
miento de todos". manifestando que "la creación de nuevo -
derecho establece una interrelación dentro de la sociedad y
con cada uno de sus miembros, aunque, en ese acto determi-
nado, las demás aparenten no ser partes; de allí la nece-
sidad y conveniencia de utilizar un medio conveniente para -
el conocimiento de tales hechos, producidos para que el de-
recho creado valga ante todos, y ese medio imprescindible y
eficaz es la registración centralizada del documento, que -
hace fe pública acerca de la fe pública que se dió sobre he-
chos y circunstancias descentralizados".

La sociedad fundada, en la necesidad de tales cir-
cunstancias, creó órganos diferentes para lograr el objeti-
vo de la justicia.

Creando entre otros al que es el objeto de nuestro -
estudio, o sea al Notario, que da fe y autentifica los he-
chos humanos en acuerdo, o sea que sigue un procedimiento -
lineal de constitución, y estos hechos humanos en acuerdo -
constituyen como rama técnica de aplicación jurídica el Dere-
cho Notarial.

En el Derecho Notarial, la forma que el Notario le da al instrumento público es toda una técnica, las formas escritas documentales empleadas por el funcionario público llamado Notario forman parte del Derecho Notarial.

El Derecho Notarial, al referirse a las formas documentales, los contrata desde un punto de vista de documento público, y dentro de estos, se encuentran los instrumentos públicos, que son la creación del Notario, llamándose instrumento público notarial, el cual estudiaremos en el capítulo siguiente.

Pero la creación de este instrumento público notarial requiere de una técnica, que el Derecho Notarial utiliza para la creación del instrumento público, porque es indiscutible que el Notario al crear el instrumento público, al darle forma, emplea una técnica, ya que la creación de ese documento, o más bien su forma y estructura requieren de ciertos requisitos indispensables para su existencia, y ha sido el Derecho Notarial el que ha creado esa técnica, al señalar la forma que deben llevar los instrumentos, forma que como ya señalamos con anterioridad estudiaremos en el capítulo siguiente.

Es indiscutible que el Derecho en sí, es una ciencia

y por consiguiente el Derecho Notarial, al formar parte de él, es también una ciencia; al respecto el maestro Carral y de Teresa cita a Nuñez Lagos, el cual a su vez cita a Carnelutti al indicar que: "no hay que confundir la ciencia con el progreso de la ciencia, esto es, su existencia con la madurez, la ciencia comienza niña, da los primeros pasos inciertos, se apodera poco a poco del lenguaje y tarda en adquirir conciencia de sí misma. Cualquier intento de descubrir las reglas de la vida, por grosero que sea el método y por incierto que sea el resultado, es obra de la ciencia. Por eso, la comparación entre la ciencia del Derecho y las matemáticas, la física y la biología podrá llevar a la conclusión de que éstas son más maduras que la nuestra, pero no a la de que aquellas sean ciencias y la nuestra no". "Cuando se hace la amarga comprobación de un notable desnivel entre la ciencia del Derecho, la matemática, la física o la biología, no se dice más que la verdad; pero la consecuencia que se obtiene no es que la ciencia del Derecho no sea tal, sino que no ha alcanzado el grado de tecnicismo que las otras, lo que significa su madurez. ¿Por qué? la ciencia del Derecho no ha nacido después de sus hermanas. No se trata de una mayor juventud sino de un desenvolvimiento más lento". "La unidad de la ciencia del Derecho, como la de todas las ciencias se quiebra, necesariamente, en la pluralidad de los científicos. Y porque la obra colectiva -

se desarrolla según el principio de la división del trabajo, la unidad de la institución se resuelve en la pluralidad de los institutos". "Ocurre a los científicos del Derecho, - que para poder estudiar ese formidable mecanismo lo han de - hacer a trazos. No de otro modo se comportan los médicos - con el cuerpo humano y los ingenieros con las máquinas. En suma, hay que deshacer el Derecho para su estudio". (3)

El Derecho Notarial, como ya se señaló con anterioridad, es sólo una parte del Derecho, y su evolución será necesariamente igual a las otras normas, al respecto Nuñez Lagos dice: "No hay por que exigir al naciente Derecho Notarial, desde un punto de vista científico lo que no se exigió al Derecho Civil, al Administrativo, o al Procesal". - (4)

Gattari nos señala cual es en su opinión el objeto sobre el cual recae como en algo propio la ciencia notarial, dándonos a conocer algunos objetos que considera propios de la ciencia notarial.

Considera como objeto material, al voluntario o sea

(3) Carral y de Teresa, Luis. Derecho Notarial y Derecho Registral. Editorial Porrúa. México 1984. 9a. Edición. págs. 21 y 22.

(4) Carral y de Teresa. op. cit. pág. 24.

el hecho de las partes y al instrumento, o sea el hecho del Notario; y al objeto formal, la autenticación y la fe pública y al conjunto de todos estos, como hechos jurídicos.

Esto lo contempla partiendo de la base de que el objeto material de la ciencia Notarial es el mismo sobre el cual recae la ciencia del Derecho en general: el hecho jurídico, distinguiendo en toda actuación notarial tres hechos: el hecho de las partes y el hecho del Notario, que son manifestación de la conducta humana, pero si estos se requiere que perduren en el tiempo, es necesario proveerlos de un sustrato permanente, el hecho instrumental. Reconoce la simultaneidad del hecho de las partes y del hecho del Notario que se necesitan y se justifican mutuamente, pero uno y otro son palabras, y como tales temporales y es cuando se hace necesario registrarlas en una forma permanente, que siempre es un hecho jurídico, a esta formalidad es a la que llamamos instrumento público, "es el Notario dice Nuñez Lagos, quién aprisiona en cárcel de papel, a cadena perpetua, el instante fugitivo, la realidad que pasa". (5)

Tenemos ya, a los tres hechos jurídicos, hechos de las partes, hechos del Notario y hecho instrumental que son

(5) op. cit. pág. 116.

objeto material de la ciencia notarial y que en alguna manera se confunden.

Los hechos de las partes constituyen el objeto material de las ramas del Derecho, y en consecuencia la misma ciencia del Derecho Notarial deberá considerarlos en tanto, en cuanto hacen a la necesidad del entronque en una rama general de la teoría: El Derecho.

Igualmente es objeto material del Derecho el hecho del Notario, y a ese objeto que recoge en sí, no sólo el hecho jurídico de las partes, sino el hecho notarial, le llamamos instrumento público.

Dentro del instrumento público se registran en forma refleja los hechos jurídicos y en forma originaria, el hecho notarial, o sea la misión autenticadora del Notario a través del escrito.

Con respecto al objeto formal, o sea la autenticación y la fe pública, Gattari afirma que "la autenticación es la única forma, la forma estructural, la que justifica y da vida a todos los pasos anteriores que, son sólo direccionales" (6) y señala a Bardollo al decir que en la autenticación se resumen los diversos pasos de la actividad notarial (6) Gattari. op. cit. pág. 114.

rial, citando igualmente a Olavarría Téllez al indicar que: "hay una sola función notarial que tiene carácter permanente en la actuación notarial: La autenticación de hechos", concepto con el cual coincide Sanahuja cuando afirma: "Al lado de las escrituras... en que ejerce en toda su extensión la - potestad notarial, en sus diversas funciones... existen - otros instrumentos públicos en los cuales aquel poder se limita a la facultad de autenticación". Navarro Azpeita, por su parte expresa: "Entre las funciones encomendadas al Notariado, la de más trascendencia pública, la que determina su existencia y es causa y origen de todas las demás, es - aquella que consiste en investir todos los actos en que interviene con una presunción de veracidad que los hace aptos para imponerse por sí mismos en las relaciones jurídicas, y para ser impuestos por su propia virtualidad". Olavarría -- Téllez, acertadamente afirma que: "la autenticación de hechos es la única función notarial que se presenta como constante en las diversas manifestaciones del notariado mundial" (7).

O sea que el único hecho relevante, no sólo en el - orden interno de cada país, sino en el orden internacional

(7) op. cit. pág. 116.

y el mismo hecho de la autenticación, en países cuyas legislaciones pueden no coincidir en el espíritu, sin embargo, hayan un punto común de convergencia en la autenticación, - que en definitiva, es el motivo de la existencia histórica de la misma función notarial.

Gattari nos resume al señalar que "el hecho de la autenticación constituye el objeto formal de la ciencia notarial y es esta actividad la que principalmente determina la disciplina. Al extenderse al orden instrumental, nos hallamos con la autenticidad, la cual tiene carácter definitivo, pues implica la firmeza del documento y la autonomía se alcanza únicamente con la firmeza", agregando que "es indudable que si el hecho de la autenticidad con su plano de incidencia originaria y primogenio, determina la disciplina notarial, el foco que ilumina con plena luz y pone de relieve sus cualidades, y lo justifica y lo posibilita y le da su energía y su fuerza expansiva lo que hallamos en la fe pública".

O sea que la autenticación no tendría vigencia alguna si no estuviera iluminada por la fe pública, ambas se hallan ligadas de manera indiscutible, la autenticación absorbe toda su energía de la fe pública, y a su vez, el objeto de la fe pública, de que es titular el Notario, es la auten--

ticación; fe pública y autenticación, como algo correlativo e implicante en modo necesario, en forma tal que estando uno, se da el otro, y faltando uno, desaparece el otro.

Señala igualmente Gattari, a Villalba Welsh, al decir que: "la función notarial es, en su esencia y contenido fundamental función de dar fe. Y el Derecho Notarial no es sino, en último análisis, el conjunto de normas que precipitan aquel contenido. Sin embargo, el Notario no reduce su actividad al sólo otorgamiento de la fe. Su esfera es más vasta, tiene a su cargo otras funciones conexas con la principal y enraizada con ella". Por su parte Martínez Segovia dice: "la autenticación tiene su centro de gravedad en la fe notarial". (8)

Nuñez Lagos afirma: "La autenticación de hechos es y ha sido la esencia de la función notarial, la actividad funcionarista del Notario, como Ministro de Fe Pública, es tá ligada a los hechos, incluso en las escrituras públicas" (9).

Gattari afirma que: "El Notario es el único que da -

(8) op. cit. pág. 124.

(9) Citado por Carral y De Teresa. op. cit. pág. 146.

fe y en consecuencia, en cuanto a ello, la única fe pública es la notarial; el Notario es el único que autentica de ese modo y, en consecuencia, en cuanto a ello, la única autenticación y la única forma auténtica es la notarial" (10)

Como ya se señaló con anterioridad la autenticación es la única función notarial de carácter permanente, la de más trascendencia pública, la que determina su existencia y es causa y origen de las demás, y encontramos en ella, - la realidad de un acontecimiento, la afirmación hecha sobre el mismo por una persona que se presume veraz y un producto, la verdad oficial, o sea la que deriva del oficio, pero en virtud de que los hechos humanos son temporales, para evitar su desaparición, se produce el instrumento público que es auténtico; esta autenticación está íntimamente ligada como ya lo señalamos oportunamente, de una manera indisoluble con la fe pública; la autenticación absorbe toda su energía de la fe pública a su vez, el objeto de la fe pública es la autenticación.

Giménez Arnau indica que: "Jurídicamente la fe pública supone la existencia de una verdad oficial". (11).

(11) Ibidem. pág. 139.

(12) Giménez Arnau. op. cit. pág. 25.

Finalmente Gattari concluye que: "El objeto del procedimiento notarial es constituir los hechos negociables, y asentarse los no negociables por la autenticación. Por ello el Notario es el único que da fe pública; El Notario es el único que autentica y la única autenticación, la única forma auténtica es la notarial". (12).

La existencia del Derecho Notarial, como Derecho objetivo, que es el ordenamiento jurídico del Notario y del instrumento público, no puede ser negado y este Derecho Notarial como sistema científico, aunque presenta en el momento actual una tardía evolución científica, con respecto a otras ramas jurídicas debe tener como materia de estudio, a la investigación y construcción lógico-jurídica de los preceptos y conceptos sobre Notario, función notarial e instrumento público, que es el Derecho Notarial puro, con exclusión de los negocios jurídicos, que son objeto del Derecho sustantivo, pero no obstante ésta exclusión debe estudiarse dentro del Derecho Notarial, todas aquellas normas singulares de la legislación notarial que se refieren a los requisitos de la redacción de los contratos y demás declaraciones de voluntad, lo mismo que aquellas modalidades, técnicas o usuales de aplicación por el Notario del Derecho sug

(12) op. cit. pág. 150.

tantivo. Y como dice Carral y de Teresa, al citar a Castán:
"Es necesario atender a la construcción del Puro Derecho Notarial, pero sin abandonar por ello el cultivo del Derecho Privado Notarial que tanto espera y recoge siempre de la -
aportación de los miembros del notariado. Y será muy conveniente no olvidar tampoco la relación del Derecho Notarial -
con el Derecho Hipotecario o Registral Inmobiliario". (13)

Es indiscutible que el Derecho Notarial es una rama -
del Derecho, ya que el Derecho es uno, pero este no es simple, de ahí las divisiones tradicionales en Derecho público y privado, y las subdivisiones en éstas.

Los universalistas incluían dentro del campo del Derecho Notarial a todas aquellas normas que el Notario, en su variada labor, utiliza y que naturalmente se cuentan en un número muy importante de normas sustantivas de Derecho Civil Mercantil, etc., de ahí que algunos autores atribuyan al -
Derecho Notarial un carácter de substantividad, pero últimamente al irse perfilando los límites del ámbito del Derecho Notarial, ya casi no hay quien niegue el carácter adjetivo de las normas del Derecho Notarial.

Castán Tobeñas (14) afirma que las palabras "adje--

(13) op. cit. pág. 27.

(14) Citado por Carral. op. cit. pág. 30.

tivo" y "sustantivo", son equívocos y requieren aclaración. Agrega que el carácter adjetivo del Derecho Notarial no implica que el instrumento público tenga un interés meramente adjetivo y probatorio, sino que posee también un aspecto sustantivo en cuanto sus finalidades no son sólo facilitar la demostración del acto o negocio, sino también dar a éste una forma que ha de ser base de su eficacia; todo lo cual no obsta para que el Derecho Notarial corresponda al sector de Derecho adjetivo, como antes solía decirse, o formal como se dice hoy, y no al Derecho sustantivo o material. Sigue diciendo que el Derecho es adjetivo, no por que sea secundario, accesorio o de inferior categoría, sino porque tiene caracteres de instrumentalidad, de medio necesario para lograr otro fin, cual es la normalidad de la vida del Derecho y la seguridad jurídica.

Cuando un interés (que es un objetivo determinante de una actividad) es logrado por la acción de los individuos dentro de la esfera de la libertad y de la autonomía individual, estamos ante un interés privado; y en cambio cuando el objetivo del interés afecta a una organización política o administrativa como totalidad, estamos en presencia de un interés público, el cual no puede ser realizado más que por la acción del conjunto. Como las normas jurídicas son condición para la prosecución de intereses, cuando

se refieren a los intereses individuales, nos encontramos - ante el Derecho Privado; y cuando se refiere a los públicos nos encontramos ante el Derecho Público. El Derecho público comprende, una comunidad de intereses, y el privado de intereses individuales, aunque a veces éstos sean coincidentes y otros contrapuestos.

En el Derecho privado el Estado pone a disposición de los particulares el procedimiento para realizar su Derecho, y éstos quedan en situación de igualdad frente al juez como corresponde a sus relaciones de coordinación y pueden inclusive influir en el proceso. En cambio el Derecho Público, - destinado a cumplirse independientemente de una voluntad de las partes la iniciativa para su aplicación no corresponde - en general a los individuos, sino a una autoridad.

Aplicando los principios anteriores a las Normas de - Derecho Notarial, se aprecia que estamos en presencia de le yes de orden público, pues si bien los interesados no están obligados a someterse a la relación notarial, en cambio el Notario no puede organizar ésta ni realizar la creación del instrumento público, sin apegarse a los preceptos de forma que imperativamente le enumera la ley; y una vez que las - partes firmen el instrumento, tendrán que sujetarse a todas las consecuencias que ello implica. Ni éstas ni el Notario

pueden renunciar a que se llene alguna de las formalidades - celosamente precisadas por la ley y que no tienen como finalidad proteger precisamente el interés de las partes que intervienen, sino en general y especialmente, el de terceras personas, pues indudablemente se trata de que el instrumento haga fe frente a todos aquellos que no han intervenido en él. El instrumento público otorga publicidad al hecho o negocio jurídico que contenga, sin perjuicio de que esta publicidad sea, en los casos que la ley determina, completada por la publicidad registral. Las partes sí podrán renunciar a muchos derechos y a lo preceptuado por artículo de la ley, cuando así convenga a sus intereses, siempre que se trate de los negocios jurídicos que con el contenido del instrumento público, porque como ya hemos dicho, ese es el terreno de los preceptos sustantivos que son dictados con mira a la creación de derechos subjetivos. Las normas propiamente del Derecho Notarial (adjetivas) obligan con mira a la seguridad de las transacciones jurídicas, y nunca pueden dejar de ser aplicadas por el Notario y menos renunciadas por éste, que es el único que está obligado a aplicarlas.

B. IMPORTANCIA DEL DERECHO NOTARIAL. Respecto del - concepto o definición de Derecho NOTARIAL, diversos autores han dado sus definiciones acerca de lo que es el Derecho Notarial.

Giménez Arnau opina que el Derecho Notarial es: "El conjunto de doctrinas o de normas jurídicas que regulan la organización de la función notarial y la teoría formal del - instrumento público". (15)

Por su parte Nuñez Lagos concluye con unas afirmaciones que delinean claramente su concepto de Derecho Notarial al afirmar que: "La existencia del Derecho Notarial como - derecho objetivo- ordenamiento jurídico- del notariado y del instrumento público- no puede ser negada. El mayor y menor volumen de sus normas no influye en su naturaleza". Puede - ser objeto del método científico al igual que otras ramas :- del Derecho. No tiene el notarial ninguna incapacidad in---trínseca para su sistematización científica". "Como sistema científico presenta a la hora actual una tardía evolución - científica respecto de otras ramas jurídicas". "Debe tener como materia los preceptos y conceptos sobre el Notario, la función notarial y el instrumento público (Derecho Notarial Puro), por exclusión de los negocios jurídicos objeto del -

(15) op. cit. pág. 30.

derecho sustantivo". "No obstante deben estudiarse las normas singulares que se refieren a los requisitos de redacción de los contratos y demás declaraciones de voluntad conforme al derecho sustantivo (Derecho Notarial Aplicado)". (16)

José Mengual y Mengual lo define desde dos sentidos, en primer lugar 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, constituyendo un todo orgánico, sanciona en forma fehaciente las relaciones jurídicas voluntarias y extrajudiciales mediante la intervención de un funcionario que obra por delegación del poder público". (17)

El aludido autor Carlos Gattari ofrece las siguientes acepciones de Derecho Notarial, las cuales citaremos textualmente por su trascendencia:

"Sistema jurídico que tiene por objeto regular la for

(16) Giménez Arnau. op. cit. pág. 30

(17) Bañuelos Sánchez, José. Derecho Notarial. Cárdenas Editor y Distribuidor. México. 1977. 1a. Edición. pág. 14.

ma jurídica y la autenticidad de los negocios y demás actos jurídicos, para la realización pacífica del Derecho".

"La actuación notarial se desenvuelve en la esfera de los hechos (hechos, actos y negocios como hechos), para darle formas".

"Conjunto sistemático de normas jurídicas que se relacionan con la conducta del Notario; pero esa actividad -suya debe ser entendida ampliamente como actividad cautelar, de asistencia y regulación de los derechos de los particulares".

"El objeto formal de la función notarial, o sea su fin, es la seguridad, valor y permanencia de hecho y de derecho, del documento notarial y de su contenido".

"Es aquel complejo normativo que regula el ejercicio y efectos de la función notarial, con objeto de lograr la seguridad y permanencia en las situaciones jurídicas a que la misma se aplica".

"Es aquella parte del ordenamiento jurídico que asegura la vida de los derechos en la normalidad, mediante la autenticación y legalización de los hechos de que dependen".

"El que tiene por objeto la conducta del Notario en cuanto autor de la forma pública notarial". (18)

(18) Gattari. op. cit. págs. 48, 49 y 50.

CAPITULO II

LA FUNCION NOTARIAL.

A. JUSTIFICACION. Hablar de la justificación de la función notarial, es hablar en sí del Notario y remontarnos a los primeros siglos en que existe la escritura como medio de comunicación, naciendo la necesidad de hacer constar en una forma fehaciente los pactos, contratos, y otros actos jurídicos que satisfagan necesidades innegables en el espíritu humano, como la seguridad jurídica, el orden y la tranquilidad.

A través de la historia se puede demostrar que lo escrito como medio de expresión es producto de la voluntad humana para comunicarse y dejar constancia de los acontecimientos y los actos del hombre, cosa que la sola comunicación oral no logra.

Es necesario que la persona que ejerce la función notarial tenga ante todo amor a su profesión, ya que si no cuenta con esto, en vez de dignificarla, la envilece; se puede ver con satisfacción que "de un simple arte empírico que fue, el notariado se ha transformado en una ciencia que

poseen y viven profesionalmente juristas que dedican su vida y esfuerzos a superarse y a honrar esa profesión". (19)

Normalmente y como es natural, los que estudian el notariado son Notarios y en consecuencia son éstos los que ensalzan sus virtudes. Es conveniente hacer notar que figuras en el campo del Derecho Universal y que no son Notarios, como Carnelutti en Italia y Castán Tobeñas en España, han dicho del notariado y de la naturaleza de su función, lo que muchos Notarios, no han osado afirmar.

Dentro del ambiente del Derecho en México se puede notar la ignorancia que existe en relación al Derecho Notarial ya que no son pocas personas y aun abogados, que han osado despreciar a la Institución Notarial. Existe gente que afirma que el Notario es un simple autenticador de firmas, un firmón, que después de stampar su firma y su sello, extiende su mano para recibir una retribución que no ha justificado. Esto sólo se puede considerar como absoluta ignorancia. Al respecto el maestro Carral y de Teresa dice "...la labor del Notario bien entendida y bien desempeñada constituye un verdadero apostolado y puede asegurarse que sin Notarios competentes y honorables, muchísimas personas, pero espe-

(19) Carral. op. cit. pág. 43.

cialmente de humilde condición, serían víctimas diarias del abuso y del engaño". (20)

Nos sigue diciendo el maestro Carral que el Notariado es una institución nobilísima e indispensable, ya que actualmente no existe un Estado de civilización avanzada, que no tenga un notariado, cualesquiera que sea su tipo o sus características.

No se tiene que probar que los hombres tienen relaciones de interdependencia económica entre sí, o sea, que celebran a cada instante y en algunos casos inconscientemente actos jurídicos, de los que derivan obligaciones y derechos recíprocos. Ahora bien cuando éste acto consiste en un simple trueque, en el que se toma inmediata posesión del bien quedando, terminada la actividad y la relación de las partes, no hace falta en verdad, un sistema de notariado. Es te surge al darse cuenta el hombre que necesitaba lograr un fin que no podría alcanzar sin un medio adecuado, al echar mano de personas especializadas y capacitadas desde un punto de vista de su conocimiento y de su responsabilidad moral, con el objeto de prestar mayor garantía a las transacciones.

(20) op. cit. pág. 10.

El maestro Carlos Emérito González en su libro Derecho Notarial, (21) nos señala algunas de las teorías acerca de la justificación de la función notarial. Algunos, basándose en que tal función no encuadra dentro de la legislativa ni la judicial, opinan que lo más acertado es situarla dentro de la órbita del Poder Ejecutivo o Administración Pública.

Otros le atribuyen un lugar aparte dentro de la organización del Estado, que podría llamarse "autorizante" - instrumental o poder certificante. Otro grupo doctrinario es el que incluye la función del Notario en la labor jurisdiccional, y dentro de ésta le asigna la jurisdicción voluntaria.

Señala igualmente que "podría parecer que hay cierta analogía entre la función judicial y la notarial, ésta se desvirtúa a poco que indagemos en el exacto contenido de ambos. Veremos que no sólo se distinguen en que una sería contenciosa y otra, la notarial voluntaria. En efecto, el Notario jamás participa de la litis, porque su clima es pacífico y no de guerra, porque interpreta la ley, transformando el hecho en derecho y ofrenda luego a los interesados un documento valedero que se llama Escritura Pública".

(21) Emérito González, Carlos. Derecho Notarial. Editora e Impresora La Ley. Buenos Aires, Argentina. 1971
1a. Edición. págs. 199 y 200.

Por último señalan las doctrinas que ubican a la función notarial dentro del Poder Legitimador del Estado. Concluyendo que no obstante tener dichas teorías evidente fundamento lógico, se empeñan en encuadrar siempre a la función notarial dentro de algunos de los poderes del Estado, siendo que sean o no funcionarios públicos los Notarios, lo cierto es que están totalmente desligados de la administración pública, ya que sólo son funcionarios públicos en cuanto actúan por delegación del poder público del Estado.

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

La ley del Notariado para el Distrito Federal en su Artículo primero señala que: "Artículo 1o.: La función Notarial es de orden público. En el Distrito Federal corresponde al Ejecutivo de la Unión ejercerla por conducto del Departamento del Distrito Federal, el cual encomendará su desempeño a particulares, Licenciados en Derecho, mediante la expedición de las patentes respectivas".

De este artículo es de donde se desprenden todas las doctrinas señaladas con anterioridad, esto es, que la fun-

ción notarial si emana del Poder Ejecutivo, o sea que se -
podría considerar como parte de éste, pero al estar delega-
do en profesionales del Derecho por medio de una patente, -
la función notarial sale de la esfera de las demás ramas de
la función pública del Estado, o sea la judicial o la admi
nistrativa.

Cuando los hombres en el tiempo pasado necesitaban a
alguien que les proporcionara seguridad en sus transacciones
lo tuvieron que buscar entre personas con conocimientos de -
la escritura, y con experiencia en la contratación, así -
como ejemplaridad en su conducta.

Es necesario remontarnos a la época primitiva en la -
cual no existían ni arquitectos ni ingenieros, ni médicos,
ni notarios, ya que como sabemos la enfermedad precedió al
médico, la construcción al arquitecto y el documento al no-
tario, en aquel entonces había curanderos, artesanos y los
llamados "hombres sabidores de escribir". En la actualidad -
existe una ciencia de la medicina, una ciencia de la arqui-
tectura y una ciencia que se llama "Derecho Notarial".

Ahora bien surgió la necesidad de que todo tipo de -
transacciones tuvieran una seguridad jurídica real, y quien
sino un Notario puede hacer el documento humanamente perfeco

to, conservarlo y reproducirlo, garantizando a todas las partes que intervienen en el acto la protección de sus derechos. (22).

Dentro de la concepción tradicionalista de la doctrina, la función notarial es principalmente la que compete al Notario como forjador material de los instrumentos públicos, función que le es otorgada exclusivamente por imperio de la ley; no se puede olvidar que el Notario debe escoger y aconsejar los medios más idóneos para el cumplimiento de la voluntad de los intervinientes y en las consultas que se le formulen no ha de juzgar, sino prevenir porque antes habrá de ilustrar y explicar el Derecho: asimismo, deberá adecuar, dar forma jurídica a las voluntades que las partes le presentan, y no acabará aquí el desempeño de su función, ya que esa relación jurídica que comienza, él la autentica y con su alta misión de depositario a nombre del Estado del poder de dar fe, inviste a aquella de los requisitos necesarios para que la legitimidad sea plena y sea ese instrumento admitido por todo el mundo como válido e irrefutable. Su labor será aquí autenticadora o legitimadora.

El maestro Enrique Giménez Arnau, en su libro "De--

(22) Carral. op. cit. pág. 13.

recho Notarial" señala a López de Haro al decir que: "la memoria falla, el testimonio verbal sobre falible es efímero: fallecidos o ausentes, otorgantes y testigos; la preexistencia de un acto o contrato es casi imposible de probar; por otra parte, la mala fe niega aquello de lo que no hay constancia. Surge el especialista que en el barro del alfar traza el relato de una acción o de un convenio. Los primeros contratos aparecen formalizados en ladrillos con escritura cuneiforme; sigue la tabla encerada, el pergamino, el papel. Quién escribió conserva lo escrito y a él se acude en caso de duda o pleito. Ha nacido el instrumento público y el protocolo, su primera colección". (23)

En la misma dirección los escritores antiguos suelen fundamentar la Institución en los indiscutibles beneficios que produce la elaboración de la prueba preconstituida. Más no es solamente porque el notariado prepare una posición fuerte para la prueba por lo que hay razón de existir en la Institución notarial. Ciertamente, la fe pública notarial, sana y sabiamente ejercida, es el mejor freno al litigante profesional, al mal intencionado o al apasionado que, de no existir un determinado instrumento público, se lanzaría al pleito que pudiera apoyarse en cuestiones de hecho indis-

(23) op. cit. págs. 58 y 59.

cutibles y recusables, y casi nunca de certeza absoluta, - si hubieran de apoyarse en dichos testificables o en documentos privados de dudosa eficacia.

La actuación del Notario no se limita a crear una prueba preconstituída, sino que tiene una función interpretativa, aunque sea judicial de las normas legales. No es frecuente que los otorgantes actuen en tal forma que la actitud del Notario sea meramente pasiva de "fehacencia". Ocurre así cuando el documento es primero privadamente redactado por las artes, con o sin asesoramiento del letrado, y el Notario se limita a transcribir lo que los interesados - desean. Sin embargo, aún en este caso, la actitud o la - posición del Notario no es absolutamente pasiva, ya que si lo estipulado es nulo o meramente ineficaz, debe, en conciencia y con deber jurídico, negar su intervención.

Fuera de estos casos que, en la práctica no se presentan de modo habitual, el Notario colabora con los comparecientes en la correcta producción del negocio jurídico para que este se produzca con todos los requisitos necesarios para su validez, y además, con la claridad precisa para - que no haya dudas de interpretación de las voluntades actuales. El documento notarial perfecto, no sólo a su perfección formal, sino también a la que prevé todas las complica

ciones y las resuelve, es a modo de una sentencia sin fuerza ejecutoria, ya que si uno de los firmantes se desdice, - hay que ir a buscar el imperio judicial para hacerlo cumplir. Ello es lo que ha movido a algunos autores a comparar la - función notarial con la judicial y al notario con el juez.

Para realizar esta función no basta con que el Nota--rio sea "Sabidor de Escribir"; por el contrario hace falta que conozca la ley y que la sepa interpretar (aplicar el caso concreto) y que sepa hacerla, y se puede considerar el Instrumento Público como "la ley del caso concreto", - el Notario, como el creador de esa ley privada, es a todas luces, un colaborador del Estado en el cumplimiento del Derecho en la vida normal (pero no por eso es juez, porque carece de "imperium").

Giménez Arnau señala las posiciones doctrinales sobre el encuadramiento de la función notarial de la siguiente manera:

- "a) A juicio de un sector la función notarial forma parte de la Administración o Poder Ejecutivo del Estado, con la misión de colaborar en la realización pacífica del Derecho; sus características serían muy semejantes a las de un servicio p^ublico:

- b) Partiendo de considerar insuficiente la clásica división de los poderes del Estado (legislativo, judicial y ejecutivo), consideran otros tratadistas que el Estado tiene además de las potestades que le atribuye la división trimembre aludida, un poder certificante que en su mayor parte confía al Notario. o como decía Otero Valentín, una función autorizante instrumental;
- c) La función notarial, en fin, puede considerarse como una función jurisdiccional, de jurisdicción voluntaria". (24).

(24) Giménez Arnau. op. cit. pág. 62.

B) INSTRUMENTOS NOTARIALES. La actividad del Notario y la de todos los que intervienen en el acto, no persiguen más que una finalidad, la de producir el instrumento público.

El estudio del instrumento se vincula a la forma, ya que en el desarrollo de la vida jurídica, todo hecho que excede del campo puramente intelectual, debe tener una forma, igualmente el estudio del instrumento se vincula a la prueba y al negocio jurídico que contiene, de los requisitos o solemnidades que deben concurrir para el perfeccionamiento de éste. De todos estos, no hay duda que la forma descuella todos los demás, ya que sin el cumplimiento de los requisitos legales el instrumento público no existe.

La forma tiene que existir, es una exigencia lógica, ya que es la exteriorización de las voluntades jurídicas vinculantes, cuyas modalidades dependen del modo como se ejerce la actividad que busca una representación de los hechos

El hombre crea y produce hechos jurídicos, luego pone su voluntad y éstos se convierten en actos jurídicos. Para que el exterior conozca esa declaración de voluntad, que nace en su interior, y adquiera valor ante todo el mundo, debe darle forma. La forma en el instrumento público

constituye una de las bases fundamentales para la sistematización de la disciplina jurídica notarial, la que sirve a su vez para poner en movimiento la función notarial.

Giménez de Arnau en su libro "Derecho Notarial" al señalar a Carnelutti (25), nos dice que el valor del documento está en función de la autoridad de que el sujeto goce cuando éste se extienda, distinguiéndolo de la siguiente manera:

- 1) El documento que emana de los mismos interesados, por sí solos o con la ayuda o intervención de peritos juristas o letrados, técnicos, desde luego, pero sin función de autoridad. Es el documento privado, que puede ir adquiriendo en el curso de la vida, cualidades que no tenía al nacer.
- 2) Otras veces el documento no lo hacen los interesados, sino un tercero, investido de función pública para crearlo dentro de su específica competencia. Es el documento público.
- 3) Cuando el documento está autorizado por un Notario y va destinado desde su creación a formar par

(25) op. cit. pág. 396.

te del archivo de documentos análogos custodiados por aquél (protocolo), se llama instrumento público.

La última diferencia dentro del género documento hay que buscarla en esta vía: La de la intervención notarial en la producción del documento.

El Código Civil Español en su Artículo 1216 da un concepto del instrumento: "instrumento público es el autorizado por un Notario competente con arreglo a las formalidades establecidas por las leyes".

Señala además Giménez Arnau que en los países latinos las misiones o cometidos del Notario son: Creación, redacción, autorización o autenticación, conservación y reproducción de instrumentos públicos.

Es conveniente señalar que lo característico del instrumento público, es la circunstancia de su elaboración por Notario.

Señala Giménez Arnau (26) que lo característico del

(26) op. cit. pág. 399.

instrumento público es que entraña:

- 1) Presunción de veracidad (autenticidad o fuerza probatoria).
- 2) Expresión formal externa (documental) de un negocio jurídico o de la realidad de un hecho.
- 3) Presunción de validez de lo probado y expresado (o representado, si se quiere seguir la terminología ya oficial) en el documento.

De todo lo anterior se deduce que una cosa es la prueba, otra la forma o solemnidad y otra la eficacia. La prueba puede existir sin solemnidad, pero entendiéndose ésta en sentido documental; pero a su vez no habrá forma o solemnidad que no tenga un cierto sentido probatorio, por mínimo que éste sea, aún en un documento privado, y refiriéndose al tercer elemento, o sea la eficacia, ésta se robustece con la presencia de las otras dos, y por virtud del carácter técnico-jurídico que tiene la intervención del Notario. La eficacia se logra además con la presunción de validez que se deriva de la calificación notarial. Cuando un Notario da fe, lo hace siempre de un hecho lícito, realizado por per-

sonas con capacidad, que se relacionan jurídicamente alrededor de un objeto o cosa sobre el cual, tienen un interés común.

En el libro del maestro Giménez Arnau (27) señala los fines, efectos y naturaleza del Instrumento público, determinados por Rodríguez:

- "1) Estructura: su contenido directo e inmediato está constituido por pensamientos del hombre, y, especialmente, por declaraciones de ciencia o de voluntad.
- 2) Función: Es un hecho jurídico, productor de los más variados efectos jurídicos, y no sólo probatorios, como medio de prueba legal en juicio o fuera de él.
- 3) Autor: Su autor único y exclusivo es el Notario cuando el documento contiene declaraciones de particulares, éstos son los autores de sus declaraciones, pero no del documento notarial.
- 4) Es siempre y en su totalidad documento público,

(27) op. cit. pág. 97.

por tener por autor a un funcionario público, - el Notario, en el ejercicio de su función pública y con arreglo a los cauces formales por que se rige.

- 5) Es también siempre y en toda su integridad documento auténtico, porque su origen público genera su eficacia de hacer fe o autenticidad.

- 6) Sin embargo, es una consideración analítica, - de la que no cabe deducir un nuevo y restringido concepto de documento auténtico, la autenticidad sólo puede predicarse respecto al documento como cosa (autenticidad corporal) y en cuanto a la afirmación del Notario autorizante referente a la esfera de los hechos (autenticidad ideológica). Los juicios del Notario no engendran - autenticidades, sino presunciones "juris tantum" y legitimaciones para el tráfico, salvo - ciertos juicios que legalmente reciben la consideración de hechos: la fecha, la identidad de los otorgantes y la identidad del propio Notario (autenticidad de la autoría, matriz de todas - las autenticidades del instrumento). Las declaraciones de los particulares no son auténticas,

sino autenticadas y producen los efectos que correspondan a su especial y variada naturaleza.

- 7) La autenticidad del documento surte todos sus efectos, en juicio y fuera de él, mientras que una sentencia firme, en proceso penal o civil declarativo, no le prive de su fe pública, declarando su falsedad. En el proceso civil, la carga de la alegación (querrela civil de falsedad, corporal o ideológica) y de la prueba contra la autenticidad del documento incumbe a aquél frente al cual se intenta valer el documento, sin que sea esencial que la cuestión se sugtancie en vía incidental".

En resumen, el instrumento público tiene unos fines fundamentales o esenciales y como consecuencia de ellos, -- otros fines secundarios pueden señalar como fines fundamentales: crear o dar forma a los negocios jurídicos; probar que se ha producido un hecho o que ha nacido un negocio jurídico; y dar eficacia al negocio o al hecho que refleja el instrumento, aunque es más conveniente al referirse a los hechos, en dar certeza.

De estos fines fundamentales, surgen los secundarios que son: hacer ejecutiva la obligación, sustituir a la tradición real y garantizar a los terceros.

Por último al hablar de la definición del instrumento público, Giménez Arnau lo define de la siguiente manera: - "Es el documento público, autorizado por Notario, producido para probar hechos, solemnizar o dar forma a actos o negocios jurídicos y asegurar la eficacia de sus efectos jurídicos". (28)

La ley del Notariado para el Distrito Federal no da una definición de instrumento público, pero en sus artículos 60, 82 y otros emplea este término de instrumento público para designar el documento que produce el Notario, en el entendido que en el Artículo 82 se habla de Acta Notarial como instrumento público:

Escritura: En México el instrumento público abarca las escrituras y las actas: la Ley del Notariado define en el Art. 60 a la escritura: Para los efectos de esta Ley se entiende por escritura cualquiera de los siguientes instrumentos públicos:

I. El original que el Notario asienta en el libro -

autorizado, conforme al Artículo 46 de este ordenamiento, para hacer constar un acto jurídico y que contenga las firmas de los comparecientes y la firma y sello del Notario.

- II. El original que se integre por el documento en que se consigne el acto jurídico de que se trate y por un extracto de éste que contenga sus elementos esenciales y se asiente en el libro autorizado.

El documento deberá llevar las formalidades que señala este capítulo, ser firmado en cada una de sus hojas y al final por los comparecientes y el Notario; llevar el sello de éste en los expresados lugares, y agregarse al apéndice con sus anexos.

El extracto hará mención del número de hojas de que se compone el documento y relación completa de sus anexos y será: firmado por los comparecientes y el Notario.

La autorización definitiva y las anotaciones marginales se harán sólo en el libro de protocolo. Y el Artículo 82 define al acta: "Acta Notarial es el instrumento origi--

nal en el que el Notario hace constar bajo su fe uno o varios hechos presenciados por él y que éste asienta en un libro de protocolo a su cargo a solicitud de la parte interesada y que autoriza mediante su firma y sello".

Por lo cual se aprecia que la escritura es el instrumento que contiene un acto jurídico, o sea que se contienen declaraciones de voluntad, manifestaciones de consentimiento, contrato y otros actos jurídicos; y el acta es el instrumento que contiene un hecho jurídico o sea hechos jurídicos que no son actos jurídicos.

Es conveniente señalar las definiciones generales de acto y de hechos jurídicos.

Acto jurídico es el acto de la voluntad humana que produce efectos jurídicos, sin que la producción de éstos haya sido la finalidad perseguida por quien efectuó el acto. Y hecho jurídico es todo acontecimiento o suceso que tiene su trascendencia jurídica, esto es que produce efectos jurídicos.

Carral y de Teresa dice que la forma general de la escritura debe ser: la comparecencia, la exposición, las estipulaciones, el otorgamiento y la autorización; y la --

del acta: el requerimiento, la narración del hecho y la autorización. (29)

Al señalar las definiciones que la ley del Notariado para el Distrito Federal da para la escritura y el acta, se puede apreciar con claridad que ambos deben constar siempre en el protocolo del Notario ante el cual se otorgan; esto se reafirma con el Artículo 82 por lo que hace a las actas al afirmar que: "Acta Notarial es el instrumento original.. que el Notario hace constar bajo su fe...", y el Artículo 98 que invalida la certificación que no mencione el número y la fecha de la escritura o del acta respectivamente. O sea que en Mexico todas las escrituras y las actas, que son los instrumentos públicos, deben constar siempre en el protocolo. En España por ejemplo hay algunos documentos otorgados por el Notario que pueden hacerse constar fuera del protocolo, como son los testimonios, legalizaciones, legitimidad de firmas, certificados de existencia o vigencia de leyes o traducciones. La diferencia formal que señala el Derecho Notarial Español entre los documentos con valor de instrumentos públicos y los que no lo tienen, está en el signo notarial, expresión de la autenticidad del documento: Aquellos son asignados por el Notario con lo que se simboliza su pri-

(29) op. cit. pág. 148.

vilegiado carácter cuanto a prueba y eficacia; los otros son solamente firmados: No les alcanzan los beneficios del instrumento público y por grande que sea su credibilidad no tienen la misma presunción de veracidad, aunque tenga carácter oficial o administrativo y especialmente a los efectos de la falsedad que pueda cometerse en ellos, la consideración de documentos públicos en la mayoría de los casos.

la incorporación o no del original al protocolo tiene en España una gran trascendencia diferenciadora de las distintas clases de documentos, atendiendo al punto de vista legal o reglamentario.

Con todo lo antes indicado se puede apreciar claramente una de las diferencias que existen entre el Derecho Notarial Español y el Derecho Notarial en México, ya que en nuestro país como lo señala la ley del Notariado, todos los documentos otorgados y autorizados por el Notario, o sean las actas y las escrituras deben hacerse constar en el protocolo.

La ley del notariado para el Distrito Federal habla en su capítulo cuarto de las escrituras, señalando su definición que ya indicamos anteriormente y los demás requisitos que debe llevar ésta.

Es parte integrante de la escritura el documento en que se consigna el contrato o acto jurídico de que se trate, siempre que, firmado por el Notario y por los otorgantes de la misma, en cada una de sus hojas se agrega al "apéndice", llene los requisitos señalados en dicho capítulo y en el pro tocolo se levante un acta en la que haga un extracto del so- cumento, en la cual se indicarán sus elementos esenciales. Es conveniente señalar la definición que nuestra ley da del protocolo en el Artículo 42: "protocolo es el libro o juego de libros autorizados por el Departamento del Distrito Fede- ral en los que el Notario, durante su ejercicio, asienta y autoriza con las formalidades de la presente ley, las escri- turas y actas notariales que se otorguen ante su fe".

Sigue señalando la ley notarial en su capítulo de es- crituras que éstas se asentarán empleándose tinta indeleble, con letra clara y sin abreviaturas, salvo el caso en que se haga la inserción de algún documento y que además no se uti- lizarán guarismos, a no ser que la misma cantidad se asien- te en letras, todos los huecos deberán ser cubiertos con - líneas de tinta antes de que se firme la escritura, y al - final de ésta se cruzarán con una sola línea para dejarlas - legibles, y se hará constar que no valen y las enterrerenglo- nadas que sí valen. Quedan prohibidas las enmendaduras y - raspaduras.

Sigue hablando la ley de las reglas que seguirá el Notario para redactar las escrituras y las características que deben tener los otorgantes de la autorización preventiva y definitiva de la escritura.

Las escrituras deben ser redactadas en castellano, podemos señalar que éste debe contener los siguientes capítulos: preámbulo, antecedentes o declaraciones, cláusulas, personalidad, generales y fe notarial.

Dentro de lo que llamamos preámbulo, quedan desde luego, el número de la escritura y el volumen en el que se otorgue, el lugar y la fecha en que se extienda, el nombre completo del Notario y el número de su notaria, indicará igualmente la hora en los casos que así lo prevenga la ley, así como el acto que se consigne y el nombre de los otorgantes. Dentro del capítulo de antecedentes o declaraciones, tal como su nombre lo indica, hará constar los antecedentes, certificando que ha tenido a la vista los documentos que le sirvan para la elaboración de la escritura, pero tratándose de bienes inmuebles se debe hacer constar cuando menos el último título de propiedad, citando su inscripción en el Registro Público correspondiente y cuando no tenga éste, expresará la razón por la cual no se hubiera registrado. Asimismo, cuando cite a un Notario de número o escrito, ante

cuya fe hubiera pasado algún instrumento debe citar el número, la fecha, el número de la notaría en que despachaba al otorgarse dicho instrumento, ya que de ésta manera será siempre más fácil su localización.

Citará igualmente la declaración del otorgante respecto a que el bien objeto del contrato reporta o no gravámenes, así como de que dicho bien se encuentra al corriente en el pago de sus impuestos, igualmente debe mencionar la declaración a que se refiere la ley de Asentamientos Humanos en vigor, en el caso de que se consigne alguna transmisión de propiedad de un inmueble o que éste se grave. Debe hacer constar además cuando la ley lo requiere el avalúo practicado por una Institución Bancaria. Debe igualmente hacer constar la declaración bajo protesta de decir la verdad, en el caso de que se transmita la propiedad de un inmueble.

Acto seguido se pasa al capítulo de cláusulas, en donde el Notario redactará éstas con toda claridad y concisión y debe evitar utilizar palabras o fórmulas inútiles o anticuadas, designando con exactitud las cosas objetos del acto para que no puedan confundirse con otras y en caso de tratarse de bienes inmuebles, determinará su naturaleza, ubicación, colindancia, medidas y linderos y de ser posible su extensión territorial, determinando las renunciaciones de

derechos o leyes y obligaciones que los contratantes contraigan válidamente.

Dentro de la personalidad deberá acreditar la de aquéllos que concurran en representación de otros, relacionando los documentos con que lo acrediten insertándolos, o bien - agregándolos, al apéndice que de cada protocolo debe llevar el Notario.

El Notario debe compulsar los documentos de que deba hacerse la inserción a la letra, los cuales en su caso, -- agregará al apéndice correspondiente. El Notario al agregar al apéndice de cada escritura cualquier documento, debe expresar la letra bajo la cual se coloca en el legajo correspondiente.

Acto seguido seguirá el capítulo de generales, en donde los otorgantes bajo protesta de decir verdad deberán - declarar su nombre completo, edad o fecha de nacimiento, - lugar de origen, estado civil, nacionalidad, profesión; posteriormente el Notario hará constar bajo su fe, que conce a los otorgantes y que estos tienen capacidad legal, que les leyó la escritura o que la leyeron por sí solos, que - les explicó su valor y las consecuencias legales del contenido de la escritura, ya que en virtud de ser el Notario -

profesional del Derecho, ilustra a las partes en materia jurídica, exceptuando de esta explicación a los abogados y licenciados en Derecho.

Que los comparecientes otorgaron la escritura, manifestando su conformidad, estampando su firma los que supieron hacerlo y los que no supieron estamparán su huella digital, firmando otra persona a su ruego. Dará fe de la fecha o fechas en que firmaron las escrituras los otorgantes y de los hechos que presencie dentro del acto que autorice, como la entrega de dinero, o título y otros.

Para que el Notario de fe de conocer a los otorgantes y de que éstos tienen capacidad legal, bastará que sepa su nombre y apellido, que no observe en ellos manifestaciones patentes de incapacidad natural y que no tenga noticia de que estén sujetos a incapacidad civil.

Si el Notario no conoce a los comparecientes, hará constar su identidad y capacidad con la declaración de dos testigos a quienes conozca el Notario, quien así lo expresará en la escritura, en la práctica normalmente cada otorgante que no conozca al Notario, se identifica generalmente con un documento oficial reciente y con fotografía, haciendo constar esto en la escritura o agregándolo al apéndice.

La ley sigue señalando las diversas modalidades acerca de la identidad y comparecencia de los otorgantes.

Una vez firmada la escritura por todos los otorgantes será inmediatamente autorizada por el Notario preventivamente con la razón "ante mí", con su firma y sello. Una vez pagado el impuesto sobre adquisición de inmuebles o cualquier otro que cause, o se compruebe que está cumpliendo con cualquier otro requisito que la ley señale, debe autorizarse definitivamente la escritura, esta autorización debe contener la fecha y lugar donde se haga, así como la firma y sello del Notario.

Si los otorgantes de una escritura, no se presentan a firmarla en el tiempo señalado por la ley, o sea de un mes contando a partir de su otorgamiento, este quedará sin efecto y el Notario pondrá al pie de la misma la razón de "no pasó", firmándola (Artículo 72 de la Ley del Notariado para el Distrito Federal).

Si la escritura fue firmada en el término legal, pero no se acreditare al Notario el pago del impuesto sobre adquisición de inmuebles dentro del plazo señalado por la ley, el Notario pondrá la nota de "no pasó" al margen de la escritura, la cual se podrá revalidar en el momento en que se pague dicho impuesto.

El Notario igualmente rubricará las razones marginales puestas en el protocolo.

El Notario hará saber a los otorgantes que el que declare falsamente en una escritura, incurrirá en la pena a que se refiere el artículo 247 del Código Penal, si de ello resulta perjuicio para terceras personas o para los intereses fiscales.

Acta. La sección segunda de este capítulo se refiere a las actas, cuya definición asentamos con anterioridad, señalando en su artículo 84 los hechos que debe consignar el Notario en actas:

- I. Notificaciones, interpelaciones, requerimientos protestas de documentos mercantiles y otras diligencias en las que puede intervenir el Notario según las leyes.
- II. La existencia, identidad, capacidad legal y comprobación de firmas de personas identificadas por el Notario.
- III. Hechos materiales, como el deterioro en una fin-

ca por construcciones de otra en terreno contiguo o próximo a la primera.

IV. Cotejo de documentos.

V. La existencia y detalles de planos, fotografías y otros documentos.

VI. Entrega de documentos, y

VII. Declaraciones de una o más personas que bajo protesta de decir verdad, efectuen respecto de hechos que les consten, propios o de quien solicite la diligencia, y

VIII. En general, toda clase de hechos, abstenciones, estados y situaciones que guarden las personas y cosas que puedan ser apreciadas objetivamente.

En las actas relativas a los hechos a que se refiere la fracción I del artículo antes señalado, se observará lo establecido en el artículo 62 de dicha ley, cuyo contenido es el siguiente:

El Notario redactará las escrituras en castellano y observará las reglas siguientes:

- a) Expresará el lugar, fecha y hora en que se extiende la escritura, su nombre, apellidos y número de notaría.
- b) Consignará antecedentes y certificará haber tenido a la vista los documentos que se le hubieren presentado para la escritura.
- c) Al citar un instrumento otorgado ante otro Notario, expresará el nombre y los datos de éste.
- d) Consignará el acto de cláusulas redactadas con claridad.
- e) Designará con precisión las cosas que sean objeto del acto.
- f) Determinará la renuncia de derecho o de leyes de los contratantes.
- g) Compulsará los documentos necesarios.

- h) Traducirá al castellano los documentos extranjeros.
- i) Expresará los generales de quienes intervengan en el acto, así como de los testigos.

Y hará constar bajo fe:

Que aseguró la identidad de los contratantes.

Que fue leída la escritura por él o por los otorgantes.

Que explicó a los otorgantes el valor y consecuencias del acto que se llevó a cabo.

Que otorgaron la escritura los comparecientes bajo su conformidad.

La fecha o fechas en que se firmaron las escrituras.

C) TESTIMONIOS. La ley del Notariado define en su Artículo 93 al testimonio, al señalar:..."testimonio es la copia en la que se transcribe íntegramente una escritura o acta notarial y se transcribe o se incluyen reproducidos los documentos anexos que obran en el apéndice, con excepción de los que estuvieren redactados en idioma extranjero, a no ser que se les incluya en fotocopia, con su respectiva traducción, y los que se hayan insertos en el instrumento". - El testimonio será parcial cuando sólo se transcriba en él una parte, ya sea en la escritura o del acta, o de los documentos del apéndice. El Notario no expedirá testimonio o copia parcial sino cuando por la omisión de lo que no se transcriba no pueda seguirse perjuicio a tercera persona.

En la parte final de cada testimonio, el Notario hará constar, la cantidad del primero, segundo o ulterior número ordinal que le corresponda, el nombre del interesado a favor de quien se expida y a que título, el número de hojas de que consta y la fecha de su expedición, siendo autorizado por el Notario con su firma y sello.

Para que una certificación tenga validez, en ella el Notario debe constar imprescindiblemente el número y la fecha de la escritura o del acta respectivamente, pudiendo sólo expedir certificaciones de actos o hechos que consten en

su protocolo.

El Notario. Notario es el funcionario público, investido de fe pública, facultado para autenticar y dar forma en los términos de la ley, a los instrumentos en que se consignen los actos y hechos jurídicos. La formulación de los instrumentos se hará a petición de parte.

Giménez Arnau define al Notario de la siguiente manera: "...El Notario es un profesional del Derecho que ejerce una función pública para robustecer, con una presunción de verdad, los actos en que interviene, para colaborar en la formación correcta del negocio jurídico y para solemnizar y dar forma legal a los negocios jurídicos privados y de cuya competencia sólo por razones históricas están sustraídos los actos de la llamada jurisdicción voluntaria". (30)

La conclusión a) del apartado, b) del I Congreso Internacional del Notariado Latino celebrado en 1948 en Buenos Aires, Argentina, decía que: "El Notario latino es un 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

(30) op. cit. pág. 52.

a este 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".

De todo lo anterior se puede deducir que el Notario, ante todo es un profesional del Derecho, pero esto sólo en los países latinos, ya que en los países sajones los Notarios no son necesariamente profesionales del Derecho.

Dentro de los requisitos que señala nuestra ley del notariado para ser Notario, se encuentran el ser Mexicano o por nacimiento, en pleno uso de sus derechos, tener veinti cinco años cumplidos y no más de sesenta, y tener buena con ducta, ser Licenciado en Derecho con la correspondiente cá- dula profesional y acreditar cuando menos tres años de prác- tica profesional, a partir de la fecha de exámen de licen- ciatura; comprobar que por lo menos durante ocho meses inin terrumpidos e inmediatamente anteriores a la solicitud del - exámen ha realizado prácticas notariales bajo la dirección y responsabilidad de algún Notario del Distrito Federal; no - haber sido condenado por sentencia ejecutoria, por delito - intencional , y solicitar ante la Dirección General Jurí- dica y Gobierno del Departamento del Distrito Federal el - examen correspondiente y ser aprobado en el mismo.

Los Notarios son, a la vez, profesionales del Derecho y funcionarios públicos y son funcionarios públicos ya que con base en los que señala el artículo primero de la ley esta función está a cargo del Ejecutivo de la Unión, el cual lo ejercerá por conducto del Gobierno del Distrito Federal y que por delegación, éste lo encomienda a profesionales del Derecho en virtud de la patente que otorga para tal efecto del propio Ejecutivo.

Asimismo, el artículo 14 de la ley señala otros requisitos para ser Notario, como son: presentar la patente de aspirante al notariado expedida por el Departamento del Distrito Federal; gozar de buena reputación personal y profesional; haber obtenido la calificación correspondiente en los términos del Art. 23 de esta ley; que exista vacante en alguna notaría de las ya establecidas o de las que crearen en lo sucesivo; y haber triunfado en la oposición que al efecto se celebre en la forma prevista por la ley; además necesita no haber sido condenado por delito internacional.

El Notario además guarda escritos y firmados en el protocolo, los instrumentos relativos a los actos y hechos ante él otorgados, con sus anexos.

Al llevar a cabo el ejercicio de sus funciones, el -

Notario recibe las confidencias de sus clientes y en consecuencia debe guardar reserva sobre lo pasado ante ellos, es tando sujeto a las disposiciones del Código Penal sobre secreto profesional.

La Notaría: La oficina en donde actúa el Notario en el ejercicio de sus funciones, se le denomina "Notaría número..." autorizándose al Notario a poner un letrero en la puerta de entrada con el nombre y apellido del Notario y el número de la Notaría, ésta deberá estar por lo menos abierta siete horas diarias, y se deberá tener fácil acceso a la misma por parte del público.

Cada Notaría será servida por un Notario. La misma - debe estar ubicada en el lugar donde ejerza sus funciones.

Existen en el Distrito Federal Notarías Asociadas, - las cuales se componen por dos Notarios, lo que se asociarán durante el tiempo que estimen conveniente, pudiendo actuar indistintamente en un mismo protocolo, que será el del Notario más antiguo. Esta asociación y su separación, que puede efectuarse cuando cualquiera de ellos lo desee, será registrada y publicada en la misma forma del nombramiento - de Notarios, en el momento en que se separen, el Notario - más antiguo continuará actuando en su protocolo, y el menos

antiguo debe proveerse del protocolo para su notaría.

El Notario puede separarse provisionalmente de su notaría con licencia del Gobierno del Distrito Federal.

En la notaría serán reservados todos los protocolos - del Notario con su apéndice, hasta que llegue el momento de remitirlos al Archivo General de Notarías, o sea a los cinco años de su cierre, siendo el Notario responsable de los mismos hasta ese momento.

En la notaría, el Notario deberá proveerse a su costa de todos los elementos necesarios para la elaboración de las escrituras.

CAPITULO III

LA JURISDICCION VOLUNTARIA.

A) ACEPCIONES. La fijación del concepto de jurisdicción voluntaria es extraordinariamente difícil, como lo demuestra el hecho de que entre los innumerables que se han formulado por los tratadistas de Derecho Procesal no exista siquiera uno que haya sido seriamente opjetado.

En el Derecho Romano la jurisdicción voluntaria era concebida como aquella especie de la jurisdicción en que el magistrado interviene, sin litigio o conflicto, colaborando en la celebración de un acto o negocio jurídico, cual la in iure cessio, la adoptio, etc. jurisdicción que los cónsules conservaron cuando se les despojó de la jurisdicción - contenciosa. (31)

Un concepto de jurisdicción voluntaria, característico de la posición tradicionalmente seguida por los jurisconsultos españoles y americanos de la formulada por Escriche en su Diccionario de "Legislación y Jurisprudencia" en los siguientes términos: "llámese así por oposición a la contenciosa, la que se ejerce por el juez, en las demandas que -

(31) Gutiérrez Alviz, Faustino. Diccionario de Derecho Romano. Ed. Reus. Madrid 1948. 1ª Edición. pág. 97

ya por su naturaleza, ya por razón del estado de las cosas, no admiten contradicción". (32)

De acuerdo con la opinión de Prieto Castro cualquier concepto que quiera darse de la jurisdicción voluntaria deberá prescindir de la diversidad de órganos judiciales y tener en cuenta el carácter de ellos. A su entender con el nombre de jurisdicción voluntaria se quiere expresar la intervención que el Estado realiza para tutelar el orden jurídico, cooperando a la constitución, desenvolvimiento y modificación de estados y relaciones jurídicas con carácter general, o sea, frente a todo el mundo, una intervención muy distinta a su juicio, de la que asume ejerciendo la contenciosa por medio del proceso civil, donde la tutela del orden jurídico se verifica protegiendo derechos subjetivos, intereses y situaciones, con la cosa juzgada. (33)

Como ha escrito el maestro Rafael de Pina con la denominación de jurisdicción voluntaria: "Lo que realmente se designe es la actividad judicial encaminada a resolver sobre

-
- (32) Escriche, Joaquín. Diccionario de Legislación y Jurisprudencia. Madrid, España 1881. 1ª Edición. Pág. 363
 - (33) Prieto Castro, Leonardo. Tratado de Derecho Procesal. Tomo I. Derecho Procesal Civil. Madrid, España 1952. 1ª. Edición. pág. 147.

una determinada clase de cuestiones (relativas, principalmente, al estado civil, de las personas) que el legislador somete a un procedimiento especial (que se caracteriza por su sencillez), con el criterio inseguro y veleidoso, que ha llevado, históricamente a colocar algunas de ellas, unas veces en el ámbito de la jurisdicción voluntaria y otras en el de la jurisdicción contenciosa". (34)

Recuerda el autor citado que la jurisdicción voluntaria a juicio de algunos autores no se puede definir exactamente. Por eso se ha afirmado también que lo que es o no es jurisdicción voluntaria depende de la determinación del legislador. Kisch dice al respecto que la jurisdicción voluntaria comprende un número considerable de negocios de la naturaleza más diversa y de los fines más diferentes que apenas se pueden agrupar desde un punto de vista general sistematizador.

El maestro Floris Margadant en su libro Derecho Privado Romano, (35) al hablar de la jurisdicción nos indica que: "La *jurisdictio*" del magistrado era la facultad de conceder o de negar una "*actio*", es decir, de permitir o prohibir el acceso al arbitraje de jueces privados".

-
- (34) De Pina Rafael. Derecho Procesal. Ed. Porrúa. México. 1951. 1ª. Edición. pág. 213
- (35) Margadant S. Guillermo Floris. Derecho Privado Romano Ed. Esfinge. 1982. 12a. Edición. pág. 142

"La jurisdicción" queda sujeta a requisitos especiales en cuanto a territorio, la materia, la cuantía y el grado, requisito por lo tanto, que determinan la competencia". Indicando igualmente que la "jurisdicción" era la facultad de dirigir la administración de justicia, siendo ésta una de las facultades del cónsul.

En el antiguo Derecho Romano, la jurisdicción significaba igualmente, algunas de las facultades que ahora se atribuyen al Poder Legislativo y las que tienen los Tribunales.

Al hablar de la etimología de esta palabra, el decir el Derecho significaba en la época Romana, lo mismo proponer una regla de derecho que aplicar una regla preexistente, los magistrados encargados de las funciones judiciales publicaban edictos que contenían reglas aplicables a todos los ciudadanos, todo esto desde un punto de vista más amplio.

Y en sentido menos extenso, la jurisdicción comprende más especialmente, "el poder del magistrado de organizar la instancia y de enviar las partes delante de un juez, o de juzgar él mismo el asunto; derecho que se ejerce bajo las acciones de la ley, y que no puede usarse bajo el procedimiento nada más que en casos determinados; el poder de

dar solemnidad a los actos jurídicos cuyas formas derivan -
las acciones de la ley". (36)

Becerra Bautista (36) nos señala que: "la juris-
dicción es una actividad en la que el Estado-juez, trata de
realizar la vigilancia efectiva de la norma jurídica violada
o desconocida por los particulares y como emanación de la -
soberanía del Estado, debe participar de sus característi-
cas".

De todo lo anterior, se puede decir que la función -
jurisdiccional, satisface una necesidad: la de hacer justi
cia. La doctrina le ha atribuido como características esen-
ciales, la facultad decisoria, la facultad de coerción y -
la facultad de documentación; agregándole características -
formales, como son la existencia de un órgano especial, -
distinto de los otros órganos que, ejercitan las demás -
funciones del Estado, pero con posición independiente, ga-
rantizando la igualdad de las partes, en un procedimiento
preestablecido con formas predeterminadas que garanticen la
libertad de las partes y la independencia del juez.

Becerra nos resume, indicando que: "El Estado-juez

(36) Porte Petit, Eugene. Tratado Elemental de Derecho Ro-
mano. Ed. Porrúa. México. 1988. 4ª Edición. pág. 613.

(37) Becerra Bautista, José. El Proceso Civil en México. Ed
Porrúa 1986. 12a. Edición. pág. 53.

debe satisfacer el interés social de mantener la paz pública mediante la vigilancia efectiva del derecho, haciendo justicia en los casos de violación o desconocimiento de la norma abstracta, declarando soberanamente cual es la voluntad de la ley en el caso concreto y usando los medios de coacción adecuados para el respeto, por parte del renuente, de ese querer soberano; pero como todo acto de soberanía supone no sólo vasallaje sino también implica derechos de los subordinados frente al Estado, éste tiene el deber de administrar justicia mediante un órgano especial, que respete las ganancias de las partes, mediante la aplicación de normas instrumentales adecuadas a la realización del proceso correspondiente". (38)

Se puede concluir que el concepto de jurisdicción es esencialmente jurídico, y que corresponde no sólo de atribución es decir o declarar el derecho, sino también la de aplicarlo y hacer cumplir la decisión jurisdiccional.

La doctrina divide a la jurisdicción por razón de su origen, en eclesiástica y temporal, ésta última es la que emana del poder del Estado, y ésta a su vez se subdivide --

(38) op. cit. pág. 8

en judicial, administrativa, militar y la jurisdicción judicial, se divide a su vez en contenciosa y voluntaria, - siendo esta última objeto de nuestro estudio.

La función judicial está encomendada en nuestro Derecho Positivo Mexicano al Poder Judicial, siendo ejercida - ésta por los jueces, entre otros, por medio de un proceso. Rafael De Pina al hablar del proceso, supone una actividad generadora de actos jurídicamente reglados, encaminados todos a obtener una determinada resolución jurisdiccional, se ñalando igualmente que el proceso esté constituido por la - serie de actos del juez y de las partes y aún de terceros, encaminados a la realización del Derecho objetivo, estos - actos, considerados en su aspecto exterior y puramente formal, constituyen el procedimiento. (39)

Esta denominación viene siendo aceptada, sin excep-- ción por los tratadistas y por las legislaciones desde los - viejos tiempos del Derecho Romano hasta nuestros días, usán dose también como término sinónimo el de jurisdicción gracio sa, especialmente en la literatura procesal francesa.

Sin embargo, como hace notar Redenti, el Código de

(39) op. cit. pág. 185.

Procedimientos Civiles Italiano vigente: "afecta ignorar la designación de jurisdicción voluntaria", aunque "casi involuntariamente le viene ella a los labios en el Artículo 801". (40).

Hay que aclarar al respecto de este artículo que es el único del Código citado que menciona la jurisdicción voluntaria, lo hace para señalar los efectos de los actos de jurisdicción voluntaria extranjeros en el territorio italiano.

Dicen los autores que tratan esta materia que, actualmente el nombre se conserva porque es muy difícil encontrar otro distinto que comprenda la extraordinaria variedad de ésta manifestación de la actuación del Estado. Dentro de la denominación de jurisdicción voluntaria figura un número variable de actos y procedimientos que cambian de un caso a otro; esto es uno de los motivos que ha dificultado el estudio a fondo de la jurisdicción voluntaria, así como que existen disposiciones que no se pueden aplicar fuera del país para el cual ha sido redactado.

(40) Redenti, Mario. Derecho Procesal Civil. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, Argentina. 1957. 4ª. Edición. pág. 83.

En la Edad Media los glosadores extendieron su denominación y como la ley Española de Enjuiciamiento Civil de 1855 estableció en su texto la oposición entre jurisdicción contenciosa y voluntaria, esta circunstancia repercutió en la codificación de Hispanoamérica por la reconocida influencia que tuvo esa Ley en dichos Códigos.

La denominación de jurisdicción voluntaria o graciosa ha sido y es respetada por los procesalistas, aunque respecto al contenido que se le atribuye exista actualmente una divergencia extraordinaria.

Aunque esta es la orientación que predomina en el campo de la literatura procesal y en la de la legislación, actualmente hay que esperar que la denominación de jurisdicción voluntaria sea prontamente relegada al olvido y considerada como una curiosidad histórica.

El nombre de jurisdicción voluntaria ha sido calificado por Calamandrei como equívoco de jurisdicción, si bien dice acompañado con el atributo de voluntaria que tiene la finalidad de distinguirla de la verdadera y propia jurisdicción, según el autor citado. (41)

(41) Calamandrei Piero. Instituciones de Derecho Procesal Civil. Traducción. Ed. De Palma. Buenos Aires, Argentina. 1943. 1ª. Edición. pág. 128.

B) DIFERENCIAS CON LA JURISDICCION CONTENCIOSA. Exiten diversos criterios los cuales permiten establecer claramente las diferencias, entre ambos tipos de jurisdicciones.

1. Criterio Legal. El criterio legal relativo a la distinción entre jurisdicción voluntaria y contenciosa lo encontramos, por lo que respecta a la legislación vigente en nuestro país, en el artículo 893 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, según el cual la jurisdicción voluntaria comprende todos los actos en que por disposición de la ley o por solicitud de los interesados, se requiere la intervención del juez, sin que esté promovida ni se promueva cuestión alguna entre partes determinadas. De acuerdo con éste texto legal, y con la generalidad de los existentes en México al respecto, lo que distingue la jurisdicción voluntaria de la contenciosa es que ésta se resuelve sobre un conflicto de oposición de intereses y en aquella simplemente sobre una cuestión no contenciosa.

Pero en realidad, la distinción entre las dos jurisdicciones, voluntaria y contenciosa, sólo puede establecerse de manera segura fundándola en el criterio legal, habiéndose afirmado a este respecto, que en jurisdicción voluntaria todo aquello que el legislador ha querido que sea juris-

dicción voluntaria.

Así desde un punto de vista rigurosamente científico, esto podrá parecer un tanto absurdo, pero desde el punto de vista de la realidad legislativa, hay que reconocer que es bastante claro, lo que el legislador considera como jurisdicción voluntaria, sin perjuicio de la opinión que sobre el mismo se tenga. Por lo menos, hasta que llegue a formularse un criterio científico al respecto, que pueda considerarse certero, no habrá más remedio que aceptar el criterio del legislador, no siendo esta posición caprichosa, sino obligada, principalmente, por las exigencias de la práctica jurídica.

Es claro que, es una tesis de investigación por modesta que sea, este criterio no es suficiente por lo que, nos ocuparemos en el siguiente capítulo del criterio doctrinal.

2. Criterio Doctrinal. Don José de Vicente y Carravantes ha señalado entre la jurisdicción voluntaria y la contenciosa, las diferencias siguientes:

- a) La contenciosa se ejerce inter nolentes, esto es,

entre personas que tienen que acudir a juicio -
contra su voluntad por no hallarse de acuerdo so-
bre sus pretenciones respectivas, mientras que -
la voluntaria se ejerce inter volentes, es decir,
entre personas que se hallan de acuerdo sobre el
acto que se ejecuta o a solicitud de una sola per-
sona a quien importa la práctica de algún acto,
en cuya contradicción no aparece interés de ter-
cero.

- b) La contenciosa se verifica con conocimiento legí-
timo de causa y la voluntaria sin conocimiento de
causa o con sólo conocimiento informativo y de -
aquí la distinción que hacen de la jurisdicción -
voluntaria los autores en simple y cualificada, -
según se necesite o no conocimiento.

- c) La contenciosa se ejerce pronunciando un fallo o
providencia con arreglo a lo que resultaba de lo
expuesto y probado por las partes y en la volun-
taria sólo se pide al juez la intervención de su
autoridad para dar fuerza y eficacia a aquel ac-
to. (42)

(42) De Vicente y Caravantes, José. Tratado Histórico,
Crítico y Filosófico de los Procedimientos Judiciales
en Materia Civil. Tomo I. Madrid España 1856. 1a.
Edición. págs. 121 y 122.

Menéndez Pidal, por su parte dice que: "Se ha creído encontrar el criterio diferencial de ambas jurisdicciones en el carácter contencioso de la relación jurídica; pero éste no es esencial en el proceso; puede haber proceso sin contienda (contumacial) y aún puede haber proceso litigioso en que el demandado reconozca la pretensión adversa".

Ni siquiera la coacción es un carácter exclusivo del proceso contencioso, No es exacto que toda resolución de jurisdicción voluntaria carezca de carácter obligatorio. Las resoluciones relativas a la tutela son ordinariamente obligatorias y realizables coactivamente (por ejemplo: el nombramiento de tutores o de miembros por consejo de familia).

Sigue diciendo el autor citado que, es inexacto afirmar que el fin de los actos de jurisdicción contenciosa sea la represión y de los actos de jurisdicción voluntaria la prevención. Hay formas procesales contenciosas de tutela preventiva y en cambio muchos actos de jurisdicción voluntaria carecen de finalidad preventiva (organismo tutelar).

La jurisdicción voluntaria tiene un fin constitutivo;

los actos de jurisdicción voluntaria tienden siempre a la -
constitución de estados jurídicos nuevos y cooperan al desa-
rrollo de relaciones existentes según la autorizada opinión
de Wach.

La jurisdicción contenciosa supone, en una parte,
la expectación de un bien respecto de la otra, sea este -
bien una prestación, sea un efecto jurídico. Esto falta -
en la jurisdicción voluntaria; no se dan dos partes, no -
hay un bien garantizado contra otro, una norma de derecho
objetivo para actuar contra otro, sino un estado jurídico
que intervención del Estado no podría nacer o desarrollarse
o se desarrollaría imperfectamente.

Concluye diciendo que no es el carácter de la jurisdicción voluntaria la falta de contradicción, sino la falta de dos partes. También la jurisdicción contenciosa tiene procesos sin contradicción, pero no sin dos partes. -
Puede tomarse una decisión inoída parte, pero siempre contra o frente a una persona y en favor de otra. En la jurisdicción voluntaria, es posible la existencia de varios solicitantes más no de varias partes. Este criterio lo confirman las normas generales de la Ley de Enjuiciamiento Civil. (43)

(43) Menéndez Pidal, Faustino. op. cit. págs. 991 a 993.

La jurisdicción voluntaria según Rosenberg comprende principalmente la actividad del tribunal de tutelas y del tribunal de sucesiones, la legislación de los negocios jurídicos y la certificación de las firmas, el registro: - Registro de Asociaciones de régimen, bienes de comercio, de sociedades cooperativas, de muestras de buques de mar y barcos (fluviales). Además la actividad del Registro de la Propiedad (catastro) y del Registro Civil y muchos otros asuntos particulares enumerados y otras leyes,

Esta amplia actividad de las autoridades de la jurisdicción voluntaria, tiene en resumen, por objeto las siguientes tareas:

- a) La Constitución del Derecho, mediante participación constitutiva, los negocios jurídicos (por ejemplo: intervención de los funcionarios del Registro Civil en la realización de los matrimonios, confirmación de la adopción, etc.) mediante otorgamiento de la capacidad negocial (declaración de mayoría de edad), mediante otorgamiento o retiro de la capacidad jurídica (inscripción en el registro de asociaciones cooperativas, etc.).

- b) La asistencia de las personas y el aseguramiento de derechos existentes, en especial en la actividad del tribunal de tutelas para pupilos entregados en custodia y sus bienes y en múltiples asuntos de familia y régimen de bienes, en la actividad del tribunal de sucesiones.

- c) La ayuda para el desenvolvimiento de relaciones jurídicas por ejemplo, en la división de la herencia y del condominio, en la liquidación y en la confección del inventario de la herencia.

3. Criterio. Jurisprudencial. En los casos de jurisdicción voluntaria, según la Suprema Corte de Justicia, el juez actúa igual que el Notario o que otro funcionario público que autorice el acto. (44)

Las resoluciones dictadas en jurisdicción voluntaria de acuerdo con la Suprema Corte de Justicia, no constituyen cosa juzgada ni verdad legal, en virtud de que pueden ser modificadas por el mismo juez que las proveyó. (45)

(44) Semanario Judicial de la Federación. Tomo XXXIX. pág. 895.

(45) Semanario Judicial de la Federación. Tomo XIX. pág. 929.

Este criterio ha sido reiterado posteriormente y en tal sentido entiende la Suprema Corte de Justicia que las resoluciones dictadas en jurisdicción voluntaria no causan estado y que como resoluciones puramente administrativas no producen la cosa juzgada, pudiendo ser modificadas o revocadas por la misma autoridad que las haya dictado. (46)

La Suprema Corte de Justicia ha mantenido firme este criterio en otras sentencias entre las que pueden recordarse aquella en la cual sostiene que la resolución pronunciada en diligencias de jurisdicción voluntaria en que no ha habido controversia judicial alguna, no puede conceptuarse como sentencia definitiva. (47).

Las anteriores sentencias de la Suprema Corte de Justicia traducen el criterio que tradicionalmente se ha tenido de la jurisdicción voluntaria, tanto de la doctrina como de la legislación; pero en realidad, este criterio no es en la actualidad admitido unánimemente, por lo cual se trata de un criterio desde luego autorizado, pero que no puede tomarse como totalmente válido para elaborar un concepto de jurisdicción voluntaria.

(46) Semanario Judicial de la Federación. Tomo XXXIX. pág. 896.

(47) Semanario Judicial de la Federación. Tomo LXXXVI. pág. 783.

C) ESPECIES DE JURISDICCION VOLUNTARIA. Dentro de los diversos tipos de jurisdicción voluntaria, nuestro Código de Procedimientos Civiles señala los siguientes:

- a) Nombramiento de tutores y curadores y discernimientos de estos cargos (artículo 902 a 914).
- b) De la enajenación de bienes de menores o incapacitados y transacción acerca de sus derechos (artículo 915 a 931).
- c) Adopción (artículo 923 a 926).
- d) De las informaciones ad-perpetuum (artículo 327 a 931).
- e) Apeo y deslinde (artículo 932 a 937).
- f) Disposiciones relativas a otros actos de jurisdicción voluntaria (artículo 938 a 939).

De todos estos tipos solamente comentaremos las informaciones ad-perpetuum, el apeo y deslinde y el permiso para

que los cónyuges celebren contratos entre ellos o para obligarse solidariamente o ser fiador uno del otro, perteneciendo este último al inciso II) del artículo 938.

El artículo 927 del Código de Procedimientos Civiles establece que la información ad-perpetuum sólo podrá decretarse cuando no tenga interés más que el promovente y se trate: I) De justificar algún hecho o acreditar un derecho; II) Cuando se pretenda justificar la posesión como medio para acreditar el dominio pleno de un inmueble, y III) Cuando se trate de comprobar la posesión de un derecho real.

Igualmente ordena el citado artículo 927 que en los casos de las dos primeras fracciones, la información se recibirá con citación del Ministerio Público, y que éste puede tachar a los testigos por circunstancias que afecten su credibilidad.

En el caso de la fracción tercera, la información se recibirá con citación del propietario o de los demás partícipes del derecho real.

La fracción segunda de este precepto, se relaciona con el artículo 3047 del Código Civil que señala que: "El que haya poseído bienes inmuebles por el tiempo y con las

condiciones exigidas para prescribirlos y no tenga título - de propiedad o teniéndolo no sea inscribible por defectuoso, si no esta en el caso de deducir la acción que le concede el artículo 1156, por no estar inscritos en el Registro Público los bienes en favor de persona alguna, podrá demostrar - ante el juez competente que ha tenido esa posesión, rindiendo la información respectiva en los términos que establezca el Código de Procedimientos Civiles. A su solicitud acompañará precisamnte certificado del Registro Público que de--- muestre que los bienes no están inscritos y otro relativo al estado actual de la finca en el catastro y en los padrones - de la Dirección de Catastro e Impuesto Predial. La información se recibirá con citación del Ministerio Público, del registrador de la propiedad, de los colindantes y de la - persona que tenga catastrada la finca a su favor o a cuyo - nombre se expidan las boletas del impuesto predial. Los - testigos deben ser, por lo menos tres, de notorio arraigo en el lugar de la ubicación de los bienes a que la informa-- ción se refiere. No se recibirá la información sin que previamente se publique la solicitud del promovente, por tres veces, de tres en tres días en un periódico de amplia circulación y en el Boletín del Registro Público. Comprobada debidamente la posesión, el juez declarará que el poseedor se ha convertido en propietario, en virtud de la prescripción y tal declaración se tendrá como título de propiedad y

será protocolizada e inscrita en el Registro Público".

El Código de Procedimientos Civiles, en su artículo 928 indica que el juez está obligado a ampliar el examen de los testigos con las preguntas que estime pertinentes, para asegurarse de la veracidad de su dicho, y el artículo 929 del mismo ordenamiento señala que si los testigos no fueren conocidos del juez o del secretario, la parte deberá presentar dos que abonen a cada uno de los presentados.

El artículo 930 del Código de Procedimientos Civiles nos habla de que las informaciones se protocolizarán en el protocolo del Notario, que designe el promovente, quien dará al interesado el testimonio respectivo para su inscripción en el Registro Público de la Propiedad.

Finalmente, señala el artículo 931 del ordenamiento citado que en ningún caso se admitirá en jurisdicción voluntaria informaciones de testigos, sobre hechos que fueren materia de un juicio comenzado.

Podemos indicar finalmente que en todos los preceptos antes señalados e igualmente en los que señalan los artículos 3048 al 3052 del Código Civil, la intervención del órgano judicial se reduce a dar fe de la veracidad de las de-

claraciones de los testigos y en los casos de que esas informaciones hayan convertido al poseedor en propietario, a hacer la declaración correspondiente mediante resolución.

Respecto a las diligencias de apeo y deslinde, el maestro Becerra Bautista (48), señala que el Código usa como sinónimos ambos vocablos, por lo que debió conservarse la "o" del Código de 1884. Dice que apeo es la operación de medir el terreno que va a deslindarse y que, en sentido lato, es el deslinde mismo; que el deslinde es el acto de fijar y determinar la línea divisoria, y por consiguiente, la pertenencia legítima de cada una de las heredades contiguas. Justificando su inclusión dentro de la jurisdicción voluntaria, diciendo que tiene ese carácter mientras se ejecuta el beneplácito de los interesados: pero desde el momento en que alguno de éstos se opone, bien sea antes de la operación, bien en el momento de ejecutarla, la lleva al campo de lo contencioso.

El artículo 932 señala que: "El apeo o deslinde, tiene lugar siempre que no se hayan fijado los límites que separan un predio de otro u otros, o que habiéndose fijado hay motivos fundados para creer que no son exactos, ya porque naturalmente se hayan confundido, ora porque se hayan destruído las señales que los marcaban, bien porque éstas -
(48) op. cit. pág. 457.

se hayan colocado en lugar distinto del primitivo.

Tienen derecho para promover el apeo; el propietario, el poseedor con título bastante para transferir le dominio y el usufructuario (artículo 933), debiendo contener la petición de apeo: el nombre y ubicación de la finca que debe deslindarse; la parte o partes en que el acto debe ejecutarse; los nombres de los colindantes que puedan tener interés en el apeo; el sitio donde están y donde deben colocarse las señales, y si estas no existen, el lugar donde estuvieron; los planos y demás documentos que vengán a servir para la diligencia, y designación de un perito por parte del promovente (artículo 934).

Una vez hecha la promoción, el juez la mandará hacer saber a los colindantes para que dentro de tres días presente título o documento de su posesión y nombren perito si quieren hacerlo, y se señalará el día, hora y lugar para que dé principio la diligencia de deslinde, si fuere necesario identificar alguno o algunos de los puntos de deslinde, los interesados podrán presentar dos testigos de identificación cada uno, a la hora de la diligencia (artículo 935).

El día y hora señalados, el juez acompañado del secretario, peritos, testigos de identificación e interesa-

dos que asistan al lugar designado para dar principio a la diligencia conforme a las reglas siguientes:

Se practicará el apeo, asentándose acta en que constarán todas las observaciones que hicieren los interesados; y ésta no se suspenderá por estas observaciones, sino sólo en el caso de que alguna persona presente en el acto un documento debidamente registrado que pruebe que el terreno que se trata de deslindar es de su propiedad; el juez al practicar el apeo, irá demarcando los límites del fundo deslindado, otorgará posesión al promovente de la propiedad que quede comprendida dentro de ellos, si ninguno de los colindantes se opusiera, o mandará que se mantenga en la que éste disfrutando; mandará también que se fijen las señales convenientes en los puntos deslindados, mismos que quedarán como límites legales.

Si hay oposición de algunos de los colindantes respecto a un punto determinado, por considerar que conforme a sus títulos quede comprendido dentro de los límites de su propiedad, el tribunal oirá a los testigos de identificación y a los peritos, e invitará a los interesados a que se pongan de acuerdo, si esto se lograse, se hará constar y se otorgará la posesión según su sentido. Si no se logra el acuerdo, el juez se abstendrá de hacer declaración algu

na en cuanto a la posesión, respetando en ella a quien la disfrute, y mandará reservar sus derechos a los interesados para que lo hagan valer en el juicio correspondiente; los puntos respecto a los cuales hubiera oposición, no quedarán deslindados ni se fijarán en ellos señal alguna, -- mientras no haya sentencia ejecutoria que resuelva la cuestión, dictada en el juicio correspondiente.

La naturaleza voluntaria del procedimiento establecido por el artículo 936, deriva de la necesidad que el juez tiene de respetar cualquier oposición de los colindantes - del promovente del deslinde el que, en consecuencia; sólo puede practicarse cuando no hay oposición alguna.

Aún más, si los colindantes no quieren asistir a - la diligencia ni nombrar peritos, el deslinde y el acto - que el mismo se practique no les causará perjuicio. En esta diligencia el secretario debe asistir al juez para dar - fe de lo actuado.

Finalmente, el artículo 938, en su fracción II, - habla del permiso para que los cónyuges celebren contratos entre ellos o para obligarse solidariamente o ser fiador - uno del otro, todo esto referido a los casos de los artículos 174 y 175 del Código Civil, los cuales señalan:

"Artículo 174: Los cónyuges requieren autorización judicial para contratar entre ellos, excepto cuando el contrato sea el de mandato para pleitos y cobranzas o para actos de administración".

"Artículo 175: También se requiere autorización judicial para que el cónyuge sea fiador de su consorte o se obligue solidariamente con él, en asuntos que sean de interés exclusivo de éste, salvo cuando se trate de otorgar caución para que el otro obtenga su libertad".

"La autorización, en los casos a que se refieren éste y los dos artículos anteriores, no se concederá cuando resulten perjudicados los intereses de la familia o de uno de los cónyuges".

CAPITULO IV

EL NOTARIO Y LA JURISDICCION VOLUNTARIA.

Después de haber estudiado en los capítulos anteriores el Derecho Notarial, al Notario y a la jurisdicción voluntaria, penetraremos en el último capítulo de nuestro trabajo con el objeto de dar a conocer la conveniencia de que ante el Notario se siga el trámite de la llamada jurisdicción voluntaria, sobre todo en aquellos trámites que tienen íntima relación con la función notarial actual.

A través de diversos estudios, se puede apreciar que la mayoría de los notaristas que se han dedicado al estudio de este tema, están hoy concordes de que gran parte, si no toda la actividad que compete a la jurisdicción voluntaria, debe pasar a la función notarial.

A) LA INMATRICULACION. Recientemente la ley otorgó al Director del Registro Público de la Propiedad la facultad para que ante él se siga un trámite de jurisdicción voluntaria; esto es "de la Inmatriculación de inmuebles".

El Código Civil vigente para el Distrito Federal - dentro del título del Registro Público, en su artículo: - 3005, fracción III, dice que sólo se registrarán: "Los documentos privados que en esta forma fueren válidos con arreglo de la ley, siempre que al calce de los mismos halla la constancia de que el Notario, el registrador, el corredor público o el juez competente, se cercioraron de la autenticidad de las firmas y de la voluntad de las partes. Dicha constancia deberá estar firmada por los mencionados funcionarios y llevar impreso el sello respectivo".

Este artículo está en relación con el 3046 fracción V del mismo ordenamiento legal, al indicar que la inmatriculación se practicará mediante la inscripción del contrato privado de compra-venta autenticado, en los términos del artículo señalado con anterioridad, y que dicho contrato privado debe de estar acompañado del certificado de no inscripción de la finca y de un plano de la misma.

Sigue indicando la ley que el efecto de la inscripción será tener la posesión inscrita como apta para traducir la prescripción al concluir el plazo de cinco años contados desde la misma inscripción, para que al concluir este plazo sin que en el Registro Público aparezca algún asiento que contradiga la posesión inscrita, tiene derecho

el poseedor, comprobando este hecho mediante la presentación del certificado respectivo, a que el juez competente declare que se ha convertido en propietario en virtud de la prescripción y ordene se haga en el Registro Público la inscripción de dominio correspondiente, (artículo 3048, párrafo IV y 3050).

Continúa señalando el Código Civil en su artículo - 3053 y siguientes que para la inmatriculación de inmuebles que carezcan de antecedentes registrales, los interesados podrán ocurrir ante el Registro Público a solicitarla, mediante el procedimiento que establezca el reglamento respectivo, y que además de cumplir con todos los requisitos que señala el reglamento citado, deberán acreditar, a juicio del director del Registro Público, que les asiste derecho para obtenerla.

Pero esta inmatriculación, al igual que el trámite judicial, nada prejuzga sobre los derechos de propiedad o posesión que puedan existir en favor de los solicitantes o de terceros. Una vez que se haya hecho la inmatriculación no podrá modificarse o cancelarse sino mediante determinación judicial contenida en sentencia irrevocable dictada en juicio en que haya sido parte el Director del Registro Público. La resolución que éste dicte y que ordene la inma

triculación, además de expresar los fundamentos en que se apoye, debe comprender la siguiente advertencia: "Esta - resolución no prejuzga sobre derechos de propiedad o posesión a favor del solicitante o de terceros". Finaliza diciendo: que una vez ordenada la inmatriculación de un inmueble se hará, desde luego la inscripción en el folio correspondiente previo al pago de los derechos que se deban cubrir.

Igualmente, el Reglamento del Registro Público de la Propiedad, dedica su capítulo IX al procedimiento que se debe seguir en la inmatriculación de inmuebles, al señalar en los artículos del 182 al 190, los siguientes requisitos:

Los interesados en la inmatriculación de un inmueble ocurrirán ante el Director del Registro Público de la Propiedad, mediante solicitud escrita en la cual expresará:

- I. Su nombre, nacionalidad y domicilio;
- II. El título documental correspondiente al inmueble que se pretende inmatricular;
- III. El plano catastral expedido por la Dirección co-

responsable del Departamento del Distrito Federal o en su defecto, plano autorizado por un profesional con título registrado, y

- IV. Certificado de no inscripción del inmueble de que se trate en el Registro Público de la Propiedad, expedido con anterioridad no mayor de noventa días.

Acto seguido el Director del Registro Público de la Propiedad iniciará un expediente numerado, formado éste, se ordenará la publicación de un extracto de la solicitud y de los datos complementarios, por dos veces, con intervalo de diez días hábiles en el boletín registral, por cuenta del interesado. Además se girará oficio, con copia del extracto, al titular de la Delegación de la ubicación del inmueble, para su fijación en los tableros de avisos de la misma y en lugar visible de aquél. Pudiendo el director del Registro cuando lo estime necesario ordenar también la publicación del mencionado extracto por otros medios. Cuando sean recibidas las constancias de las publicaciones mencionadas, el director del Registro resolverá sobre la inmatriculación solicitada dentro de los 30 días hábiles siguientes. Y cuando por causas imputables al interesado se

interrumpiera el procedimiento durante más de 60 días hábiles, éste quedará sin efecto, sin perjuicio de poder iniciar uno nuevo. Cuando durante el procedimiento se formule oposición de algún interesado, se dará por terminado aquél y se reservarán al opositor sus derechos para que los haga valer en la vía y forma que corresponda. La resolución del Director del Registro Público que niegue la inmatriculación será impugnabile ante el tribunal que corresponda.

Como podemos apreciar la ley le otorga a una autoridad administrativa una facultad que igualmente se la puede otorgar al Notario.

B) LA JURISDICCION VOLUNTARIA COMO UN ACTO NOTARIAL.

El Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal en su artículo 872 al 876 habla de la tramitación por Notarios, respecto de los juicios sucesorios testamentarios, al indicar que cuando todos los herederos fueren mayores de edad y hubieren sido instituidos en un testamento público, la testamentaría puede ser extrajudicial, con la intervención del Notario, y mientras no hubiere controversia.

E igualmente cuando sean reconocidos judicialmente todos los herederos y éstos fueren mayores de edad de un juicio intestamentario, éste podrá seguirse tramitando con la intervención de un Notario.

La tramitación del juicio sucesorio por Notario, se realiza de la siguiente manera:

Acuden ante el Notario de su elección, los herederos y albacea nombrados en el testamento, con el objeto de llevar a cabo la radicación de dicha testamentaría, presentando al Notario copia certificada de la partida de defunción y del testimonio del testamento del de cujus, acto seguido le manifestarán su aceptación a la herencia, y el nombrado como albacea, aceptará su cargo y protestará el

mismo, en este punto el Notario debe juzgar y estudiar tanto el testamento presentado como el acta de defunción, con el objeto de verificar si el testamento reúne los requisitos señalados en el Código Civil, a quien o quienes se nombró herederos o legatarios, si éstos tienen capacidad de heredar, etc., además debe verificar si se nombró albacea dentro del testamento, y si no es así debe nombrarse por los herederos en este acto, quien debe aceptar o protestar su cargo.

En este acto debe igualmente el albacea de la sucesión manifestar que procederá a formular el inventario de los bienes del de cujus.

Acto seguido debe el Notario dar a conocer estas declaraciones por medio de dos publicaciones, que se harán de diez en diez días en un periódico de los de mayor circulación en la República, con el fin de dar a conocer dichas declaraciones para que las personas que se crean con derecho a dicha sucesión se presenten a manifestarlo.

Iguualmente el Notario verificará que el acta de defunción, sea de la persona que dictó el testamento, y que ésta contenga los requisitos legales.

Una vez practicado el inventario por el albacea y aprobado por todos los herederos o legatarios, acudirán ante el Notario para su protocolización, y la correspondiente adjudicación de bienes, previo pago de los impuestos correspondientes conforjme a las leyes fiscales en vigor.

Actualmente el Notario realiza otros tipos de la llamada jurisdicción voluntaria, como son las notificaciones y las interpelaciones; y si la ley le ha concedido estas facultades, por qué no habría de otorgarle también la facultad de realizar dentro de sus funciones todos aquellos actos que actualmente son conocidos como de jurisdicción voluntaria, y que son realizados por la autoridad judicial; pero sobre todo consideramos que deben realizarse por el Notario, los actos que tengan íntima relación con la función notarial; o más bien con los instrumentos que formaliza el Notario.

Todo esto lo afirmamos ya que en principio se puede partir desde el punto de analizar a la persona física, Notario y juez y su manera de lograr el puesto en que se encuentran.

Ambos son profesionales en Derecho, o sea Licenciados en Derecho, con título reconocido y registro por la

Dirección General de Profesiones, son ciudadanos, en pleno ejercicio de sus derechos, así como deben de acreditar una práctica profesional a partir de la fecha del examen de Licenciatura, y ser de reconocida honorabilidad.

Pero en donde superan los Notarios a los jueces, es en la manera de su designación, ya que mientras a los los nombra el Tribunal Superior de Justicia, en acuerdo de Pleno, los Notarios deben de pasar una serie de exámenes teóricos y prácticos para lograr la patente de Notario, o sea que en términos generales llegan con mayor preparación a ocupar su puesto, de un juez.

Como ya indicamos con anterioridad, el juez y el Notario son peritos en la materia legal, y la preparación que puedan tener, puede ser todo lo eficiente que sea necesario, pero el juez no debe de pasar por ningún examen para lograr su nombramiento, y en cambio el Notario para lograr su patente deben necesariamente, como ya indicamos, pasar por una serie de exámenes teóricos y prácticos.

Otra ventaja que tiene el Notario sobre el juez, es el tiempo en que dura en su puesto, ya que mientras que la patente del Notario es vitalicia, el juez puede ser removido en cualquier momento de su puesto, y es por esto

que el Notario tiene cierta tranquilidad al desempeñar su puesto, y en cambio el juez vive y actúa con la incertidumbre de que en cualquier momento o cambio en su mayoría de tipo político, pueda ser removido de su cargo y es por eso en que hay ocasiones que un juez debe de terminar lo que otro comenzó.

Además a través de las experiencias, se ha podido comprobar la rapidez y la eficacia de la tramitación por Notarios de las testamentarias, notificaciones, interpelaciones y la continuación de las sucesiones testamentarias, después de la designación de los herederos en el juicio correspondiente de la jurisdicción voluntaria.

Estamos de acuerdo en que como su nombre lo indica, el juez, juzga y resuelve sobre los documentos y demás medios, declaraciones, etc., que ante él llegan, con el objeto de dictar una resolución o sentencia; pero aún en este aspecto, el trabajo que realiza el Notario al recibir la documentación necesaria para integrar o formar sus instrumentos, es todo un arte, ya que él debe estudiar y juzgar todos los documentos con el objeto de verificar la legalidad de los mismos.

Al recibir los documentos, por ejemplo, en un con-

trato de compra venta debe verificarse si el antecedente - que va a servir de base, cumple con todos los requisitos - legales, si está inscrito en el Registro Público de la Propiedad, el estado civil de la persona que vende, que el - inmueble objeto de la operación no reporta ningún gravamen o limitación de dominio, que se encuentre al corriente en el pago de sus impuestos, debe igualmente verificar la capacidad legal y física de los comparecientes, si alguno de los comparecientes es representado por una tercera persona, y si ésta tiene las facultades necesarias para su comparecencia, debe igualmente verificar las identidades de las partes, y advertirles en las penas en que incurren quienes declaran con falsedad ante Notario.

Con todo lo anterior sólo queremos demostrar que el Notario, al igual que el juez, juzga y con base en este estudio da su resolución y otorga su instrumento.

Y que igualmente al declarar una parte con falsedad ante el juez, incurre en un delito, si declara con falsedad ante Notario, incurre también en un delito.

Estamos igualmente de acuerdo en que el juez es una autoridad y el Notario es un funcionario público investido de facultades por el Ejecutivo, como son, como ya indica-

mos con anterioridad, la fe pública y la autenticación, y que las sentencias que dicta el juez son cosa juzgada, o sea que causan ejecutoria, pero es indudable que las resoluciones dictadas por el juez en los casos de jurisdicción voluntaria, no son cosa juzgada, o sea que no causan ejecutoria, y no tienen un tiempo límite para interponer una apelación, ya que estas resoluciones siempre dejan a salvo los derechos de terceros, por lo que si las dicta un Notario deben tener la misma fuerza e igualmente ser impugnadas por un tercero que se crea con derecho a pedir su revocación.

"Las resoluciones dictadas en jurisdicción voluntaria, son actos fuera de juicio y contra ellas no cabe el recurso del amparo". (49)

"Las resoluciones practicadas en jurisdicción voluntaria no constituyen cosa juzgada ni verdad legal, en virtud de que pueden ser modificadas por el mismo juez que las proveyó". (50)

El maestro Andrés Serra Rojas, en su libro "Derecho

(49) Tesis Jurisprudencial No. 615. Semanario Judicial de la Federación.

(50) Semanario Judicial de la Federación Tomo 19. 5ª Epoca pág. 929.

Administrativo" (51), nos dice que: "...el concepto de - jurisdicción voluntaria es un concepto de proceso de desintegración o de transformación. La misma denominación es - poco precisa y origina numerosas contradicciones. Aplicando nuestro criterio de análisis de los actos jurídicos, -- decimos que la jurisdicción voluntaria son actos formalmente jurisdiccionales, y materialmente administrativos".

Finaliza señalando que: "En términos generales, y - en los casos de excepción inevitables, los actos de jurisdicción voluntaria deben salir del ámbito de los tribunales judiciales y pasar a la jurisdicción administrativa. Con - ello se contribuirá grandemente a aliviar y depurar a la - acción judicial y reducirla a su auténtica misión.

Es conveniente hacer notar que de todos los actos - que existen en la ley de jurisdicción voluntaria, solo algunos tienen íntima relación con la actividad notarial, o que su terminación debe darse en un instrumento notarial, - como son las diligencias de información ad-perpetuum, de apeo y deslinde, intestados, el permiso para la venta de bienes de menores, el permiso que solicitan los cónyuges -

(51) Serra Rojas, Andrés. Derecho Administrativo. Tomo I. Ed. Porrúa. México 1985. 13ª. Edición. pág 286.

para contratar entre ellos, en los casos de ventas de bienes inmuebles, e inclusive se pueden incluir dentro de éstos, la autorización que otorga el juez en los casos de la constitución o reformas a los estatutos de una sociedad mercantil.

Y es especialmente en estos casos en donde proponemos sea llevada la tramitación por los Notarios.

Señalamos en el capítulo anterior que la jurisdicción voluntaria presupone actos jurídicos, declaraciones privadas de voluntad, para cuya eficacia y plenitud de efectos jurídicos, el Estado requiere su intervención, mediante un examen de conveniencia o legalidad.

Y esto es la función que ejerce el Notario, ya que ante él acuden los interesados a hacer declaraciones privadas de voluntad que engendran actos o hechos jurídicos y para que estos tengan eficacia o plenitud de efectos jurídicos, el Estado ha investido al Notario de facultades, las cuales aplica en un examen o estudio para darles plena legalidad.

Con todo lo anterior sólo deseamos demostrar que las funciones del juez en los trámites de jurisdicción volunta-

ria, pueden ser realizados por el Notario con mayor facilidad y rapidez y por supuesto deberá seguirse un procedimiento parecido al judicial para dar la resolución correspondiente.

Respecto al nombre de jurisdicción voluntaria, consideramos que es inapropiado, sobre todo si se le encarga a la función notarial este trámite.

Vicente Font Boix, Notario de la Ciudad de Granada, España, en la ponencia presentada al VIII Congreso Internacional del Notariado Latino, del año de 1965, por la Junta de Decanos de los Colegios Notariales de Madrid, concluye que: "La denominación de jurisdicción voluntaria es inadecuada para designar los actos que, históricamente, han venido englobándose en la misma. Se propone la sustitución por otro término más expresivo, tal como el de "ius additio" o "iusadición", o cualquier otro..."

Como indicamos en el capítulo anterior, la jurisdicción voluntaria, no es verdadera jurisdicción, por no ocurrir en ella los datos definidores de ésta, como según la doctrina procesalista, la contención entre partes, la pretensión, etc., pero tampoco puede la jurisdicción voluntaria ser función administrativa, ya que falta la idea

de servicio o de interés público.

La función notarial es también una función pública - que se ejerce, como la jurisdicción voluntaria sobre intereses privados. Dentro del campo de la actividad notarial caben los actos de la llamada jurisdicción voluntaria que implican "solemne e indirecta publicidad jurídica", previo proceso de calificación, comprobación, publicación de trámites y declaración terminal de suficiencia. A estos - actos es a lo que les llama el Notario Vicente Font de - "iusadición", concluye este autor que las actas notariales instrumentadoras de actos de "iusadición" deben producir los efectos declaratorios de las resoluciones judiciales de jurisdicción voluntaria, que nunca causan estado de cosa - juzgada.

La jurisdicción voluntaria es una función declarativa y constitutiva del derecho en forma solemne por el representante del poder público, o solicitud y decisión propia y autónoma o de común acuerdo entre las partes; previa recepción de la expresión de voluntad manifiesta o con conocimiento de causa, o en virtud de que no existe interés ajeno en contradecir dicho derecho.

C) PROPUESTA DE REFORMAS A LAS LEYES RESPECTIVAS A A EFECTO DE TRAMITAR ANTE EL NOTARIO LA JURISDICCION VOLUNTARIA. Los actos de jurisdicción voluntaria, vienen siendo encomendados a los jueces civiles de primera instancia.

Este hasido el criterio legal establecido tradicionalmente y vigente todavía en la actualidad.

No obstante algunos tratadistas de Derecho Notarial - entienden que estos actos deberán ser entregados a la competencia de los Notarios, como una consecuencia de la naturaleza de su función; pero aun entre los mismos Notarios esta posición no es unanime pues muchos la rechazan por entender que entre la función notarial y la que ejercen los jueces en relación con los actos de jurisdicción voluntaria, no existe nexo alguno que permita o que autorice a los Notarios para hacerse cargo de esta actividad desplazando de ella a los jueces.

Tradicionalmente, los Códigos de Procedimientos Civiles (o leyes de enjuiciamiento civil), han entregado la jurisdicción voluntaria a la competencia de los jueces civiles de primera instancia.

La cuestión, sin embargo, es interesante y no puede

por menos de abordarla en cualquier estudio que se haga del tema de la jurisdicción voluntaria.

La fe pública notarial, encomendada a los Notarios, es una actividad acerca de cuya naturaleza se han producido opiniones muy diversas.

Este tema fue tratado ampliamente por el procesalista uruguayo, Couture, en su libro "El Concepto de la Fe Pública", en el año de 1947. (52)

Gabino Fraga dice que el funcionario público supone un encargo especial que a transmitido en principio por la ley que crea una relación externa, que da al titular un carácter representativo, de tal manera que examinando a los funcionarios enumerativamente fijados en el capítulo denominado "De las Responsabilidades de los Funcionarios Públicos", en nuestra Constitución Federal, el artículo 108 se refiere a los Senadores y Diputados, al Congreso de la Unión, a los Magistrados de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al Presidente de la República, a los Secretarios de Despacho, al Procurador General de la República y a los Gobernadores y Diputados de los Estados. (53).

(52) Couture, Eduardo J. El Concepto de Fe Pública. Revista del Notariado. Uruguay 1947. págs. 5 a 16.

(53) Cfr. Fraga, Gabino. Derecho Administrativo. Ed. Porrúa México 1960. 4ª Edición. pág. 132.

El ilustre maestro de nuestra facultad Doctor Andrés Serra Rojas considera que la administración pública tiene una compleja actividad encaminada a fijar los métodos y principios que regulen la acción administrativa, es decir, poner en marcha todos los elementos operativos que hagan posible la realización del bien común. (54)

El Notario en el Procedimiento Civil. El Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal en sus artículos 68, 203, 234, 412, 782, 808, 872 a 876, se refiere a la intervención del Notario en el procedimiento civil. Así vemos que el artículo 68 dice que el promovente de diligencias de jurisdicción voluntaria, así como los litigantes podrán designar un Notario. En las testamentarias e interesadas, la designación podrá hacerse por el albacea...

En el capítulo relativo a los Medios Preparatorios del Juicio Ejecutivo, el artículo 203 se refiere al reconocimiento de documentos firmados ante Notario Público, en el momento del otorgamiento o con posterioridad siempre que lo haga la persona obligada directamente, su representante legítimo o su mandatario con poder bastante. El Notario hará constar al reconocimiento al pie del documento, asentándose si la persona que reconoce es apoderado del deudor y la cláusula (54) Cfr. Serra Rojas, Andrés. Derecho Administrativo. - Tomo II. México 1959. 2ª Edición. pág. 123.

sula relativa.

En el capítulo de los Preliminares de la Consignación, el artículo 234 se refiere a las diligencias que fueren hechas con intervención del Notario, la designación del depositario será bajo la responsabilidad del deudor.

El artículo 412 que queda comprendido en el capítulo Del Valor de las Pruebas, se refiere al valor que concede la ley procesal a las partidas registradas por los párrocos, anteriores al establecimiento del Registro Civil, concediéndose prueba plena si tales partidas son cotejadas por Notario Público.

El capítulo de los Juicios Sucesorios, contiene una disposición (artículo 782) que faculta a los herederos, - una vez iniciado el juicio sucesorio, siempre y cuando sean mayores de edad y después del reconocimiento de sus derechos, a encomendar la formación de inventarios, avalúos, liquidación y partición de la herencia, ante un notario, procediendo desde luego todos los herederos de común acuerdo, - haciéndose constar en una o varias actas. Podrán convenir los interesados que los acuerdos se tomen a mayoría de votos, que siempre serán por personas, y que cuando no hubiere este convenio, la oposición de parte se substanciará sumaria-

mente ante el juez que previno.

El artículo 868, menciona las formalidades que deben observarse para la adjudicación de los bienes hereditarios, facultando la ley al albacea para nombrar un Notario que será el que otorgue la escritura.

El capítulo relativo a la Tramitación por Notarios, que comprende los artículos 872 a 876, inclusive, faculta a los herederos que sean mayores de edad, y hubieren sido instituidos en un testamento público, a seguir la tramitación de la testamentaria ante un notario, mientras no hubiere controversia alguna, el cual analizará todos los actos que se lleven a cabo protocolizando el inventario en caso de que estén conformes todos los herederos y después de haber hecho las publicaciones que exige la ley. Pero cuando haya oposición de algún aspirante a la herencia o de cualquier acreedor, el Notario suspenderá su intervención, ventilándose tal oposición ante el juez competente de acuerdo con las reglas establecidas por la ley procesal, para tal caso.

En el mismo capítulo se establecen las demás disposiciones del procedimiento para seguir el juicio sucesorio ante Notario.

Estudiando todo lo anterior, es conveniente que se modifique la ley del Notariado para el Distrito Federal y el Código de Procedimientos Civiles de la misma entidad, en el sentido de que el Notario sea el encargado de llevar a cabo el trámite de jurisdicción voluntaria.

En el Código de Procedimientos Civiles, debe desaparecer por completo el capítulo de la llamada jurisdicción voluntaria, con el objeto de que salga de la esfera judicial este trámite, y forme parte integrante del Derecho Notarial.

Y en la Ley del Notariado para el Distrito Federal, debe crearse un capítulo especial sobre este tema, en donde se hará constar la forma y los requisitos para el otorgamiento de este trámite.

C O N C L U S I O N E S

PRIMERA. La jurisdicción voluntaria no es estrictamente un acto jurisdiccional, sino se traduce en un medio para probar la existencia de un acto determinado, como por ejemplo, la celebración de un contrato de arrendamiento.

SEGUNDA. El Notario Público tiene plena capacidad para reemplazar al Juez de primera instancia en actos susceptibles de encuadrarse en la jurisdicción voluntaria.

TERCERA. La importancia del Notario Público estriba en que se convierte en delegado de los designios del Gobernador del Estado o del Jefe del Departamento del Distrito Federal, en su caso para ejecutar los actos que la Ley le faculta a llevar a cabo.

CUARTA. La actuación del Notario puede también ser interpretativa, toda vez que como Abogado tiene la capacidad para desentrañar el contenido de las Normas Jurídicas.

QUINTA. Resulta indebido que en el rubro de la jurisdic---

ción voluntaria referida a controversias sobre -
arrendamiento inmobiliario, se señale actor y de-
mandado, toda vez que no es un juicio propiamente
dicho.

- SEXTA. La intervención del Notario Público en la jurisdic-
ción voluntaria redundaría en un considerable aho-
rro de tiempo para las partes.
- SEPTIMA. La labor del Notario es tan importante que de no -
existir ésta, personas de condición humilde se---
rían víctimas del abuso y del engaño.
- OCTAVA. La función primordial del Notario Público es pro--
porcionar seguridad a los hombres en la realiza---
ción de una serie de actos, que influyen en su es-
fera jurídica y económica.
- NOVENA. El Notario debe ser valorado con mayor justicia,
en virtud de que se trata de un jurisperito y no -
de un simple fedatario público tal y como despecti-
vamente se le denomina.
- DECIMA. Debe modificarse el Código de Procedimientos Civi-
les en el sentido de que el trámite de la jurisdic

ción voluntaria por jueces de primera instancia -
desaparezca, e igualmente en la Ley del Notariado
para el Distrito Federal, debe crearse un capítu-
lo especial que reglamente la actividad del Nota-
rio en la jurisdicción voluntaria.

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

1. BECERRA BAUTISTA, JOSE. El Proceso Civil en México. Ed. Porrúa. 1986. 12a. Edición.
2. BAÑUELOS SANCHEZ, JOSE. Derecho Notarial. Cárdenas Editor y Distribuidor. México. 1977. 1a. Edición.
3. CALAMANDREI, PIERO. Instituciones de Derecho Procesal Civil. Traducción. Editorial De Palma. Buenos Aires, Argentina 1943. 1a. Edición.
4. CARRAL Y DE TERESA, LUIS. Derecho Notarial y Derecho Registral. Ed. Porrúa. México 1984. 9a. Edición.
5. COUTURE, EDUARDO J. El Concepto de Fe Pública. Revista del Notariado. Uruguay 1947.
6. DE PINA, RAFAEL. Derecho Procesal. Ed. Porrúa. México 1951. 1a. Edición.
7. EMERITO GONZALEZ, CARLOS. Derecho Notarial. Editora e Impresora La Ley. Buenos Aires, Argentina 1971. 1a. Edición.

8. **ESCRICHE, JOAQUIN.** Diccionario de Legislación y Jurisprudencia. Madrid, España 1881. 1a. Edición.
9. **FRAGA, GABINO.** Derecho Administrativo. Ed. Porrúa. México 1960. 1a. Edición.
10. **GATTARI, CARLOS.** El Objeto de la Ciencia del Derecho Notarial. Editorial De Palma. Buenos Aires, Argentina 1969. 1a. Edición.
11. **GIMENEZ ARNAU, ENRIQUE.** Derecho Notarial. Ediciones Universidad de Navarra. Pamplona, España 1976. 2a. Edición.
12. **GUTIERREZ ALVIZ, FAUSTINO.** Diccionario de Derecho Romano. Ed. Reus. Madrid, España 1048. 1a. Edición.
13. **MARGADANT S. GUILLERMO. FLORIS.** Derecho Privado Romano. Ed. Esfinge. México 1982. 12a. Edición.
14. **PORTE PETIT, EUGENE.** Tratado Elemental de Derecho Romano. Ed. Porrúa México 1988. 4a. Edición.
15. **PRIETO CASTRO, LEONARDO.** Tratado de Derecho Procesal. Tomo I. Derecho Procesal Civil. Madrid, España 1952. 1a. Edición.

16. REDENTI, MARIO. Derecho Procesal Civil. Ediciones Jurídicas. Europa-América. Buenos Aires, Argentina. 1957. 4a. Edición.
17. SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACION XXXIV.
18. SERRA ROJAS, ANDRES. Derecho Administrativo. Tomo I. Ed. Porrúa. México 1985. 13a. Edición.
19. SERRA ROJAS, ANDRES. Derecho Administrativo. Tomo II Ed. Porrúa. México 1959. 2a. Edición.
20. TESIS JURISPRUDENCIAL No. 615 Semanario Judicial de la Federación.
21. VICENTE Y CARAVANTES, JOSE. Tratado Histórico, Crítico y Filosófico de los Procedimientos Judiciales en - Materia Civil. Tomo I. Madrid, España. 1856. 1a. Edición.