

878509

UNIVERSIDAD NUEVO MUNDO

ESCUELA DE DERECHO

Con estudios incorporados a la Universidad Nacional Autónoma de México

20
20



ESTUDIO INTEGRAL PARA DETERMINAR LA NATURALEZA JURIDICA Y FUNCIONAL DEL NOTARIO EN NUESTRO PAIS

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A
VICTOR HUGO TOUSSAINT VIDAL

DIRECTOR DE TESIS : LIC. ALEJANDRO RUBIO GUERRA

NAUCALPAN DE JUAREZ, MEX.

1995



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.

ESTUDIO INTEGRAL PARA DETERMINAR LA NATURALEZA JURIDICA Y
FUNCIONAL DEL NOTARIO EN NUESTRO PAIS

INTRODUCCION

CAPITULO I

ANTECEDENTES HISTORICOS

1.1	La Notaría en la Antigüedad.....	1
1.2	La Notaría en la Edad Media.....	8
1.3	Epoca Precolonial.....	10
1.4	Evolución Histórica en México.....	20

CAPITULO II

EL NOTARIADO

2.1	La función Notarial.....	25
2.2	El Notario.....	33
2.3	El instrumento público.....	42
2.4	Justificación de su existencia.....	46
2.5	Análisis de la ley del Notariado para el Distrito Federal.....	51

CAPITULO III

EL DERECHO NOTARIAL

3.1	El Derecho Notarial como rama del Derecho.....	59
3.2	Existencia de una legislación notarial.....	61
3.3	Sistema notarial.....	64
3.4	Ubicación del Derecho Notarial dentro del Derecho de formas.....	65
3.5	Objeto del Derecho Notarial.....	66

CAPITULO IV

NATURALEZA Y FUNCION DEL NOTARIO PUBLICO

4.1	Concepto de fe pública.....	81
4.2	Funciones del Notario.....	103
4.3	El Notario como recaudador de impuestos.....	111
4.4	Análisis del Artículo 10 de la Ley del Notariado.	120
4.5	Semejanzas y Diferencias entre el fedatario público y el recaudador de impuestos.....	127

CONCLUSIONES.....	135
-------------------	-----

BIBLIOGRAFIA.....	139
-------------------	-----

INTRODUCCION

Como sabemos el Notario Público en nuestro país tiene una importancia trascendental en los actos jurídicos celebrados por las personas que acuden a él, razón por la cual y más que nada debido a la fe pública, con que cuenta esta persona, nos motivó a escribir sobre el particular y más que nada en razón de determinar en un momento dado, si el notario es un fedatario público o un recaudador más de impuestos, o si en él recaen estas dos figuras.

Ahora bien tratando de resolver las cuestiones que necesariamente surgirán en el desarrollo del presente trabajo, considero necesario de antemano analizar por una parte la persona del Notario, como profesional del Derecho; el Notario como funcionario público y por último en forma específica la función Notarial tanto del punto de vista subjetivo como el objetivo.

El estudio pretendo enfocarlo con respecto a dos problemas principales que surgen en materia Notarial: El de la seguridad y certeza jurídica que debe tener el profesional del Derecho misma que debe trascender para las personas que ocurren ante el Notario y para terceros y por otra parte de seguridad y certeza jurídica con relación al

Poder Público que ha investido al notario de fe pública, como funcionario descentralizado del mismo Estado, o si éste efectivamente funge también como recaudador de impuestos, al realizar los actos que celebra.

Pongo a consideración de la parte revisora el trabajo recepcional mismo que realizamos con la mejor y más grande de las intenciones jurídicas y personales.

CAPITULO I

ANTECEDENTES HISTORICOS

Conforme la historia, en la antigüedad surgen los primeros antecedentes de la función Notarial en particular en los pueblos hebreo, egipcio, griego y romano, aún cuando en los dos primeros pueblos mencionados quienes desempeñaban funciones de tipo Notarial, no eran más que empleados de funcionarios de quienes dependían, no así en Grecia y Roma donde por el grado de adelanto en tales pueblos, se confirió la investidura de la fe pública a determinadas personas dándoles el carácter de funcionarios independientes con facultades propias, ajenas a las de otros funcionarios o autoridades.

Después de esta breve introducción, considero de gran importancia señalar someramente los rasgos distintivos de los países antes mencionados en relación a la figura del notario, mismos que a continuación detallo.

1.1 La Notaría en la antigüedad

Pueblo Hebrero

Dentro de la organización jurídica rudimentaria del pueblo hebreo, encontramos varias clases de *scribae*, de los cuales existían algunos de suma importancia que era los *scribae* de la ley; además existían los *scribae* del Rey, los del pueblo y del Estado. Estos tres últimos tenían la fe pública, pero sin ser propia de ellos, sino de la persona de la que dependía, ya que el motivo real por el que se les empleaba para las actividades particulares encomendadas, lo era por sus conocimientos más amplios en caligrafía".(1)

De lo anterior deducimos que el cometido asignado a tales personas no era el de un Notario sino la de un amanuense que dependía de un funcionario público.

Los *scribae* de la ley tenían una función o cometido más amplio e importante en el pueblo judío, ya que se dedicaban al estudio de las normas religiosas, de las cuales como en todo pueblo en la antigüedad surgían las normas jurídicas e incluso no se distinguían unas de otras.

Estos *scribae* de la ley eran llamados también "Doctores de la ley" y estaban consagrados al estudio, interpretación y explicación de las Leyes Divinas.

(1) ASPEITIA ESTEBAN, Mateo. Legislación Notarial. 5a. edición. Atenas. Madrid. 1988. p. 70

" En un principio los scribeas tenían el carácter de secretarios del Rey, pero posteriormente desempeñaron funciones múltiples tales como las de Jefe de la milicia o instructor de la misma, administradores de cárceles, etc." (2)

En un principio los scribeas de la ley desempeñaron también las funciones de sacerdotes, aun cuando al transcurso del tiempo fueron separados de dichas funciones.

Además de las actividades relativas al estudio, interpretación y explicación de las leyes, tenían la obligación de transmitir las a sus descendientes en su tribu, en un principio en forma oral y posteriormente a través de las Sagradas Escrituras.

Más que una función Notarial los scribeas de la ley eran Jueces y Sacerdotes del pueblo hebreo, dedicados a la enseñanza de la ley y velar por la observancia de la misma.

Pueblo Egipcio

"En Egipto en la época de los faraones se crearon los scribeas que tuvieron funciones muy diversas a más de que el término *scribae*, tenía una connotación muy amplia, en cuanto

(2) BAÑUELOS SANCHEZ, Froylán. Derecho Notarial. 3a. edición. Cárdenas editor. México. 1991. p. 37

que se designaba con esta palabra a quienes sabían escribir correctamente con determinados conocimientos superiores al común de las gentes, quienes por lo general recibían su formación en una modesta aldea o en su propio hogar".(3)

Ahora bien, los verdaderos scribeas eran los que participaban en política y desempeñaban cargos públicos muy variados y de diferentes rangos, pero para adquirir la calidad de scribeas era necesario demostrar la realización de estudios en alguna de las escuelas de mayor importancia que existieron. Estos scribeas por lo general también eran sacerdotes y maestros que preparaban a posteriores scribeas que deberían seguir las enseñanzas al pie de la letra sin variar una sola palabra, existiendo desde los encargados de la correcta redacción de los contratos, que posteriormente debían ser autenticados con el sello del Magistrado o el de otros altos funcionarios.

Dentro de la compleja organización y formalismo administrativo, la mayor parte de las actividades eran desarrolladas por los Escribas, que de acuerdo a la importancia de sus cargos y rango recibían diversos nombres de los que más importantes eran: "El Basilicogramate o Escribano Real, que residía en la capital y tenía a su cargo el personal de las oficinas encargadas de repartir los

(3) CASTAN TOBENAS, José. Hacia la constitución científica del Derecho Notarial. 10a., edición. Harla. España. 1972. p. 80

impuestos, de anotar las modificaciones de los contratos sobre arrendamiento y propiedades, confeccionar las estadísticas, proponer aumentos o disminución en las contribuciones, según las condiciones de las tierras, es decir llevaban una especie de catastro y cuidaban de la administración financiera. Este escribano dependía del estratega, pero a su vez tenía a sus órdenes a los Topogramatas y a los Comogramatas que eran dos clases inferiores de escribanos".(4)

El escriba denominado Basilicogramate, que era propiamente el Secretario; el escriba o secretario del estratega y por último, de los más importantes el Secretario de la Metrópoli que tenía a su cargo el control y redacción de las declaraciones de nacimiento, de muerte y declaraciones personales de los súbditos.

Como se puede observar en esta época se empieza a vislumbrar en una forma rudimentaria, el Registro Civil y el Registro Público de la Propiedad, pero los escribas aun cuando asumen la función propia de un escribano, no tienen facultad para autenticar, requiriéndose el sello de la autoridad de quien dependen.

En cuanto los documentos, éstos se extendían en papiro, similar a nuestro papel.

(4) ASPEITIA ESTEBAN, Mateo. Op. Cit. p. 73

Grecia

Los griegos instituyeron Oficiales Públicos, señalándose facultades y atribuciones, unos eran encargados de un Registro Público con una función notarial rudimentaria, que son los que más se asemejan a los Notarios, siendo a su cargo el Registro Público; a estos funcionarios se les denominaba Singraphos; existiendo otros Oficiales Públicos llamados Apographos quienes desempeñaban funciones de Magistrados Encargados del registro y reparto de las causas y procesos. El término Apographos se empleaba también para designar el traslado de una copia fiel de un escrito, tomado de su original. Además existían los Mnemom, que más que todo eran encargados del archivo y registro de tratados públicos y contratos privados, teniendo la guarda de los documentos correspondientes sin que se observe propiamente función notarial.

Roma

El pueblo romano que como sabemos fue el que tuvo una mayor evolución dentro del Derecho, que tuvo un sin número de disposiciones legales, tuvo necesidad igualmente de encomendar a un número importante de funcionarios públicos, lo que correspondió a la función notarial, entre ellos se contaban los Tabellio, Tabullarius, Notarius, Argentarios, Amanuensis y otros más.

"Quienes tienen mayores semejanzas en su actividad con la función notarial, son el Tabellio y posteriormente el Tabullarius, aún cuando la formalidad de los actos no estaba en el instrumento sino en la práctica de la Sponsio, consistente en la pronunciación ritual de las palabras de la fórmula, con la entrega real o simbólica de la cosa objeto del contrato según su naturaleza, ya fuere contrato personal o real".(5)

En algunos casos era necesario la forma escrita del contrato, para lo cual se realizaban por medio del *instrumenti* escritos que podía redactar cualquier persona sin la intervención del notario, es decir del Tabellio o del Tabullarius.

En esta época los Notarios no tienen la Fe Pública, sino que los actos deberían ser aprobados dándoles valor y fuerza legal los Jueces, por lo que dichos Tobellio y Tabullarius eran más que funcionarios, meros profesionales. No obstante lo anterior, el Tabullarius tenía fe pública con respecto a los censos y al hecho de entrega de los documentos que tenían bajo su custodia y que por lo general eran contratos de diversas clases, testamentos y otros actos de cierta importancia.

(5) GARCIA GARCIA, Honorio. Distribución de los Elementos del Instrumento Público. 6a. edición. Trillas. México. 1994. p. 68

1.2 La Notaría en la Edad Media

A partir de la Edad Media la actividad de los escribanos tiene significación y destaca el carácter de fedatarios en diversos países europeos, siendo mayor la fuerza del instrumento suscrito por el Notario hasta llegar a ser los detentadores de la fe pública, aún de sus propios actos, sin necesidad, como ocurrió en la antigüedad, de que su actuación fuese autenticada por la autoridad del lugar.

"Es imprecisa la fecha exacta en la que el escribano adquiere la fe pública, pero es de hacerse notar que a mediados del siglo XIII el Notario realiza funciones de fedatario de los actos y contratos realizados en su presencia. Parece ser que aun cuando la función Notarial surge en todos los países de Europa, tiene mayor importancia su desarrollo en España, ya que en el Fuero Real y en las Partidas y en particular en la Partida Tercera, se consignan normas expresas sobre Notaría". (6)

En la Edad Media surge una escuela de significación e importancia sobre el Derecho Notarial, siendo la figura más destacada como tratadista Rolandino, quien a virtud de su cultura y conocimientos expone una serie de obras doctrinales sobre Notaría, siendo de las más notables La

(6) LARRAUD, Rufino. Curso de Derecho Notarial. 11a. edición. De palma. Buenos Aires, Argentina. 1989. p. 130

Suma Artis Notarie, cuyo fondo principal fue la corrección y mejoramiento de las fórmulas Notariales que se usaban a fin de conseguir uniformidad y mayor claridad en lo expresado.

El *tractum notularum* que establece o consigna la íntima relación que existe entre el Derecho Notarial y el Derecho Sustantivo y la importancia de que el escribano esté penetrado de los conocimientos de Derecho Privado principalmente.

En este período de la historia surgen dos fenómenos relacionados con la Notaría, el primero es la distinción entre lo que es el Derecho Común en lo general y lo que es el Derecho Notarial propiamente dicho, a la vez que señala la imperiosa necesidad en el Notario de tener bastos conocimientos del derecho en general, y el segundo el requerimiento de parte del Notario o Escribano para el otorgamiento de la Fe Pública, op sea, para que se le otorgue la calidad de funcionario público de parte del Estado, apareciendo igualmente el conflicto surgido por las competencias jurisdiccionales y la necesidad de la unificación Notarial.

Debido a tales conflictos y acertada solución establecida por las leyes que reglamentaron la materia Notarial, aparece el Escribano con funciones diferentes a

las que venían realizándose en la época antigua y adquieren la calidad de funcionarios públicos.

1.3 Epoca Precolonial

Antes de explicar lo referente a la época colonial en lo que a antecedentes del notario se refiere, considero de gran importancia hablar, aunque sea genéricamente, de la notaría en España, para posteriormente hablar de la figura jurídica en comento, en México.

Para hablar del Notario, antes que nada considero conveniente que en lo que a España se refiere, se divida en los siguientes períodos.

"Primer período comprendido desde la independencia española del Imperio Romano, hasta el siglo XIII, Casiodoro, Senador durante el reinado de Teodorico, Rey Godo, hizo la distinción entre el Juez, cuya función era la resolución de los conflictos surgidos, y los Escribas, cuya función era la de prevenir los conflictos que pudieran suscitarse por la ignorancia de la mayoría de la gente".(7)

En este período aparecen o se formulan las cuarenta y seis fórmulas visigodas que constituyen normas para la

(7) GIMENEZ ARNAU, Enrique. Introducción al Derecho Notarial. 4a. edición. Botas. Madrid. 1990. p. 79

formación o formulación de los instrumentos públicos, estableciendo la intervención de otorgantes y contratantes, de los testigos presenciales que variaban en número y el Escriba que, al presenciar el acto, confirmaba y juraba en Derecho, lo que constituía un principio de fe pública, ya que mediante esta forma de celebración del acto se establecía que lo dicho en el mismo fuera creído por quienes no hubiesen oído o presenciado el acto.

Pero las mencionadas fórmulas no obligaban la presencia del Escriba, sino que era tan sólo a petición de las partes otorgantes, sin ser un requisito esencial para la celebración del acto.

En este período de la historia los Escribas tenían como función esencial la confirmación de los contratos, aún cuando hay que hacer notar que al promulgarse el Código Español "Fuero Juzgo", tal ordenamiento consignaba dos clases de Escribanos, los del pueblo y los comunales otorgándoseles la facultad exclusiva y tan sólo para ellos de leer y escribir las leyes dando fe pública de su contenido a fin de evitar las malas interpretaciones que pudieran darse a dichas leyes, con lo que se buscó garantizar su existencia y legitimidad de tales disposiciones legales.

"Segundo período. Abarca desde el siglo XIII hasta antes del siglo XV, en el que se define con mayor precisión la función Notarial con el carácter público que fue otorgado principalmente por el Rey Alfonso X (El Sabio) mediante la expedición de las leyes de las Siete Partidas y el Fuero Real".(8)

En el Fuero Real se establecía la obligación del testador de otorgar su testamento ante el Escribano que, como se mencionó anteriormente juraba en Derecho para que no hubiera duda de la veracidad del documento.

El Escribano era considerado como simple auxiliar de las partes otorgantes, que debía tomar notas de las operaciones en que intervenía para, en caso de pérdida del documento, fuese posible probar la existencia, así como en el caso de duda tener ese elemento que aclarase la esencia del acto realizado ante él.

El Código de las Siete Partidas establecía la obligación por parte de los Escribanos Públicos, de llevar notas en un Libro de Registro al que se le denominó Minutario, en el que se consignaban extractos del contrato o convenio y que deberían ser firmadas por las partes y el Notario; consignándose la fecha, ya que de lo contrario se consideraba falseado el Libro de Registro.

(8) Ibidem. p. 80

Igualmente se estableció en la reglamentación mencionada que el Escribano debía conocer directamente a los otorgantes, que el instrumento se formularía con la intervención cuando menos de tres testigos y la obligación de redactar las cartas públicas manuscritas y sin abreviaturas, llevando en sus archivos los Libros de Registro, uno por año y la obligación de sellarlo al final del mismo. También se considera a la función notarial como de interés social y obligatoria en caso de transacciones sobre inmuebles y otorgamiento de testamentos, bajo el concepto de que los instrumentos notariales podían ser reproducidos con la autorización del Alcalde, quien tenía atribuciones judiciales. El Escribano tenía la obligación de seguir los requisitos que establecían las Leyes para formular las escrituras, estableciéndose modelos o fórmulas sobre los contratos y actos de mayor uso en la época y al morir el Escribano, el Alcalde del lugar en presencia de tres testigos, debía recoger los archivos y entregarlos al sucesor.

Los instrumentos públicos otorgados con intervención de Escribanos se denominaban escrituras o cartas y tenían la mayor importancia en juicio que sobre el particular se suscitase, debiendo justificarse que el instrumento en cuestión había sido suscrito por notario auténtico, ya que si el Escribano negaba, la carta se consideraba falsa bajo

el concepto de que la deposición de testigos en contra de lo actuado por Escribano de buena fama no tenia validez siempre y cuando no existiese nota en el Minutario del Escribano, pues el contrato cuando no se encontraba la nota respectiva en el Registro del notario, prevalecía el dicho de los testigos.

"Posteriormente, en el reinado de Alfonso XI, a fin de reunir y coordinar las diversas leyes en la materia expidió el Ordenamiento de Alcalá, dentro del cual existían dos leyes referentes a la materia de Notaría, la Ley Unica del Título 16 Décimo sexto y la del título 10 Décimo noveno del Ordenamiento antes citado que establecía que la obligación contraída por los otorgantes faltando la intervención del Escribano, la falta de forma o solemnidad, no podía alegarse por las partes y que dicho contrato y las obligaciones correspondientes serían válidas. Por medio de tales dispositivos se llegó a la distinción de la convención propiamente dicha y la estipulación o distinción entre el convenio y el contrato. Igualmente, se estableció y reconoció la validez en cuanto que el testador muriere con parte de sus bienes testado, y otra parte intestado, pero el testamento debería otorgarse ante Escribano Público en presencia de tres testigos vecinos del lugar".(9)

(9) CASTAN TOBERAS, José. Op. Cit. p. 181

A fines de este segundo período surge el problema denominado Enajenación de Oficios, no obstante que la Ley de las Partidas establecía que la función de Escribano era pública y no propiedad particular, que pertenecía al Reino Español, consecuentemente al morir el titular del oficio se extinguía la función. Esta disposición nunca llegó a operar y el Escribano vendía o heredaba el cargo que se entendía a perpetuidad, de aquí que la persona del Escribano fue en demérito, pues su función quedó como una cosa que se encontraba dentro del comercio y por otro lado hubo exceso de Escribanías que se dieron por amistad o compra del oficio, habiendo llegado a pagarse por la dispensa de la edad cuando no se tenía la requerida por la ley para ejercer el cargo de Escribano, y en otros casos que se llegaron a subastar los oficios vacantes y a otorgarse dispensa de las visitas de inspección.

Esta irregularidad de la enajenación de oficios fue controlada posteriormente en un tercer período, mediante las disposiciones de los Reyes Católicos que prohibieron dar precio a los oficios.

Tercer período es el conocido por "Reforma de los Reyes Católicos", que comprende dos épocas:

"La primera, que abarca desde poco antes del descubrimiento de América hasta casi fines del siglo XV, en

cuyo período se dictaron cinco disposiciones relacionadas con la función del Escribano, entre las cuales la de mayor importancia era referente a la competencia de los Escribanos y establecía que las escrituras, testamentos y contratos principalmente de bienes raíces deberían pasar ante Escribanos Reales o Escribanos de número, éstos últimos con la obligación de dar copia de las cartas a los recaudadores de las Alcaldías, y prohibido los actos mencionados para los Escribanos de Cabildos, de Consejos y de Cámara".(10) Las demás disposiciones sobre la materia eran relativas a la restricción en los nombramientos de Escribanos y el requerimiento del previo examen para su nombramiento, prohibiéndose igualmente el comercio con los oficios y en cuanto al valor probatorio de las cartas era relativo.

"En la segunda época aparecen otras disposiciones que establecían que los Escribanos de Notarías renunciadas presentarían los oficios a los Ayuntamientos dentro de los sesenta días siguientes, estableciéndose igualmente prohibición de nombrar Escribanos para aquellos lugares donde hubiese de número y la más importante de las disposiciones en esta época fue relativa a la reglamentación para formar los protocolos".(11)

(10) PEREZ FERNANDEZ DEL CASTILLO, Bernardo. Derecho Registral. 13a. edición. Porrúa. México. 1994. p. 124

(11) RIERA AISA, Luis. Derecho Notarial. 7a. edición. Trillas. México. 1993

El protocolo debía llevarse por el Escribano quien asentaría el original de la escritura y la obligación de dar copias literales tomadas del original a las partes u otorgantes; que dicho libro de protocolo debe estar encuadernado en el que deberán escribirse todas las notas por extensas que sea, consignándose los nombres de las partes, cláusulas, renunciaciones y sumisiones que deberán leerse en presencia de las partes y de los testigos, salvándose las notas de lo ha de añadirse o suprimirse antes de las firmas de las partes y testigos y para el caso de que uno de los otorgantes no sepa firmar, deberá hacerlo un testigo nombrado por él y a su ruego, consignando el Notario la observación en el protocolo.

Después de este breve esbozo histórico, abordaremos la regulación que del notario se hacía en la época colonial en nuestro país, y así tenemos que "los primeros actos notariales que se realizaron en la Nueva España se encuentran vinculados a la conquista del territorio, lo que se debe principalmente a que Don Hernán Cortés, a más de Capitán que dirigió la conquista y dominación de los territorios descubiertos, era un hombre letrado conocedor de las leyes y de la importancia del Escribano en la sociedad, por lo que como lo menciona el historiador Bernal Díaz del Castillo, Cortés se hizo acompañar durante la conquista por un Escribano Real, de nombre Diego Godoy y ante él requirió a los indígenas de paz en la desembocadura del río Grijalba,

en el actual Estado de Tabasco, requerimiento que fue rechazado, siendo entonces dispersadas las tribus, tomando Hernán Cortés posesión de aquellos lugares, ante el Notario y a nombre de los Reyes de España".(12)

Igualmente, Hernán Cortes había practicado la Notaría antes de venir a la conquista de América, teniendo el carácter de colaborador de Escribanos, primeramente en Valladolid y posteriormente en Sevilla.

Tiempo después, ya en la Nueva España, Hernán Cortés solicitó del Rey la Escribanía en Santo Domingo, la que nunca le fue otorgada, pero posteriormente se le confirió la Escribanía del Ayuntamiento de Asúa, que tuvo a su cargo durante cinco años y con posterioridad obtuvo de Diego Velázquez, Gobernador de Parracoa, la Escribanía en dicho lugar que fue a su cargo durante siete años.

Debido a la conquista de América por el reino Español, las leyes de España y en especial las de Castilla, se fueron incorporando el nuevo Continente, siendo así que las leyes sobre Notaría existentes en España en tal época, también tuvieron vigencia en Hispanoamérica y las disposiciones gubernamentales de la Nueva España, algunas

(12) ESQUIVEL, Toribio. Apuntes para la Historia de México. 20a. edición. Fondo de Cultura Económica. México. 1992. p. 117

vinculadas a la función notarial, tenían su antecedente en las disposiciones españolas, entre otras las siguientes:

"El Cudulario Andiano de Diego de la Encina que estableció normas para el uso y características del libro protocolo, el archivo y manejo de los oficios por los Escribanos.

El Cudulario de Puga que prohíbe el cobro excesivo de honorarios por los Escribanos y establece el desempeño personal de la función notarial de los Escribanos de Minas.

Las Pandectas Hispano-Mexicanas, que contienen disposiciones genuinamente mexicanas sobre materia notarial".(13)

En la ciudad de México durante la Colonia se constituyó una organización notarial a la que se denominó Cofradía de los Cuatro Evangelistas, iniciándose en el año de 1592 y que vino en decadencia por el año de 1777, principalmente como consecuencia de la admisión en dicha función de personas inadecuadas.

En el año de 1776 se iniciaron por un grupo de Escribanos las gestiones tendientes a la constitución de lo

(13) DE LORENZANA, Francisco Antonio. Historia de la Nueva España. 4a. edición. Porrúa. México, 1993. p. 117

que llegó a ser el primer Colegio de Escribanos en América, con sede en la ciudad de México y que llevó por nombre el de Real Colegio de Escribanos de México, y que se estableció con la autorización del Rey Felipe V en el año de 1792 y se le otorgó el título de Real Colegio de Escribanos, con facultades para el uso del Sello con el Escudo de Armas, facultad que por otras disposiciones varias ha continuado ininterrumpidamente hasta la fecha y el que lleva el nombre de Colegio de Notarios de la Ciudad de México.

1.4 Evolución Histórica en México

A partir de la Independencia de México a nuestros días se han expedido de parte de la Federación Seis Leyes que han reglamentado la función notarial.

"La primera de ellas según Decreto expedido en el año de 1834 y que se denominó Organización de los Juzgados del Ramo Civil y del Criminal en el D.F., cuyo ordenamiento dispone que en cada Juzgado de lo Civil existan anexos dos oficios públicos, los cuales serían vendibles o renunciables por sus titulares, conforme lo establecía la ley.

La segunda fue la Ley Central de 1853, expedida por don Antonio López de Santana y que se denominó Ley para Arreglo de la Administración de Justicia en los Tribunales y Juzgados del Fuero Común, cuyo ordenamiento declara en vigor

las disposiciones anteriores ya sean españolas o del México Independiente".(14)

Es de hacerse notar que durante el gobierno de López de Santana que fue centralista, las leyes obligaban en todo el país y es por ello que en el título octavo de dicho ordenamiento se establece organización nacional del Notariado, determinándose los requisitos para ser Escribano Público, quien debía ser mayor de 25 años, haber cursado dos años de la materia de Derecho Civil relacionado con la Notaría; otro de práctica forense y del otorgamiento de documentos públicos; tener escritura clara y conocimientos de gramática y aritmética; haber practicado la Notaría durante dos años; tener honradez y fidelidad y aprobar un examen ante el Supremo Tribunal y otro obtener el título del Supremo Gobierno. El Escribano también estaba obligado al registro o inscripción del título, sello y firma en el Colegio de Escribanos.

En el período de vigencia de la última Ley mencionada se conservan los Escribanos Actuarios para el servicio de los Juzgados a los que quedaban adscritos para el ejercicio de los oficios de hipoteca.

(14) RUIZ GOMEZ, Eugenio. Comentarios a la ley del Notariado y su Reglamento. 7a. edición. El Colegio de México. México, 1993. p. 112

La tercera Ley fue la Ley Orgánica de Notarios y Actuarios del D.F., promulgada y publicada en el año de 1867.

"En este ordenamiento se hace la distinción por medio de una definición de lo que es el Notario y lo que es el Actuario, diciendo: El Notario es el funcionario que reduce a instrumento público los actos, contratos y últimas voluntades, y el Actuario es el destinado para autorizar los Decretos de los Jueces y Arbitros, mencionando también que las dos funciones son incompatibles".(15)

Asimismo, la propia ley estableció requisitos de mayor importancia para obtener el Fiat, dentro de los que se consignan el ser mexicano por nacimiento, ser abogado o por lo menos haber cursado la preparatoria y dos años más de estudios profesionales en las materias de Derecho Civil, Mercantil, Procesal y Notarial y por último sustentar dos exámenes, el primero ante el Colegio de Notarios con duración de dos horas como mínimo y el segundo ante el Tribunal Superior de Justicia.

De acuerdo con este ordenamiento el protocolo se formaba por acumulación de pliegos sellados que deberían empastarse y cerrarse en Junio y Diciembre de cada año y llevar un registro cronológico de los instrumentos.

(15) *Ibidem.* p. 113

En el año de 1901 se expidió nueva ley que entró en vigor a principios del siguiente años, la que define o establece con mayor claridad en su exposición de motivos que el Notario debe ser profesional del Derecho, quien quedará sujeto al Gobierno que ha de nombrarlo y vigilarlo, limitándose igualmente el número de Notarios y estableciéndose la obligación para el Notario de tener dos aspirantes a Notario, adscritos a ellos y que desempeñarán funciones de testigos calificados, sin eliminar los testigos de las partes.

Tal ordenamiento establece los impedimentos y obligaciones de los Notarios, determinando también que el protocolo debe llevarse con pastas sólidas y que no exceda de cinco libros que deben llevarse cronológicamente y sin interrupción.

El cargo sigue siendo vitalicio y los requisitos para ser Notario los mismos de la Ley anterior a excepción de la obligación de tener título de abogado y otorgamiento de fianza en garantía de las responsabilidades en que pudiera incurrir y en cuanto al número de Notarios se limitó a cincuenta.

En el año de 1932 se expide nueva Ley del Notariado para el Distrito y Territorios Federales a fin de reafirmar

y modificar lo establecido por la Ley anterior, dándole más atribuciones a los Notarios adscritos, los que quedan autorizados para actuar con el número del Notario titular y además para suplir a éste en sus ausencias temporales. Esta Ley aumenta el número de Notarios a sesenta y dos.

"En el año de 1945 se expide nueva Ley del Notariado en el Distrito Federal, cuyo ordenamiento hace la distinción entre instrumento escritura e instrumento acta, que se refieren a actos jurídicos y hechos jurídicos respectivamente, se aumenta el número de notarios a ciento treinta y cuatro y en cuanto al número de Libros de protocolo establece un máximo de diez, suprimiendo las Minutas, bajo el concepto de que este ordenamiento faculta al Ejecutivo para autorizar mayor número de Notarías, según las necesidades en el Distrito Federal y se otorgarán los cargos por oposición".(16)

Tales ordenamientos mencionados hasta el correspondiente al año de 1901 tuvieron proyección en la República y se aceptaron por los diversos Estados de la Federación y a partir de la Ley de 1932, las disposiciones son para el Distrito Federal.

(16) CARRAL Y DE TERESA, Luis. Derecho Notarial y Derecho Registral. 17a. edición. Porrúa. México. 1993. p. 67

CAPITULO II

EL NOTARIADO

Es evidente que la función notarial ha evolucionado de acuerdo con las necesidades de cada época, como lo hemos apuntado en el capítulo anterior, desde la simple actividad de Escribiente y Fedatario de los actos de funcionarios públicos, hasta llegar al Notario a la calidad misma de funcionario con atribuciones propias y exclusivas de un Notario Fedatario de sus propios actos y con la reglamentación específica para la realización de su actividad, como consecuencia de la necesidad que tiene toda sociedad en cuanto a la seguridad y certeza jurídica de aquellos actos importantes y trascendentes que originariamente correspondieron en su formulación al Estado mismo, a quien corresponde por origen mantener el equilibrio en las relaciones individuales y colectivas, pero que delegando parte de sus funciones a personas que satisfacen los requisitos básicos, les inviste la fe pública y con ello se busca satisfacer necesidades de particulares sin la intervención directa del Estado mismo, pero con protección tanto de los intereses particulares como de los colectivos.

2.1 La Función Notarial

Pretendiendo distinguir la función notarial de la función propia del Estado, expresaré mi idea tendiente a consignar una definición en la función notarial que propongo en los siguientes términos: La función notarial es la actividad encomendada por el Estado al profesional del Derecho a quien inviste de fe pública otorgándole el carácter de fedatario para intervenir en los actos y contratos entre particulares y en ocasiones ante la propia autoridad. Al titular de dicha función se le ha denominado Notario Público.

La función notarial que es delegada por el poder público en favor del profesional del Derecho dándole el carácter de funcionario, es objeto de reglamentación con disposiciones de carácter adjetivo en cuanto a la función misma y sustantivo en cuanto a los requerimientos para el profesional del Derecho a fin de que asuma la función que se le confiere por el Estado.

La actividad notarial que realiza el profesional del Derecho con fe pública es diversa de otras actividades públicas delegadas por el Estado, ya que el Notario no queda subordinado en forma directa e inmediata bajo la dirección y dependencia del Estado, ni es retribuido por éste y una vez conferida la función notarial, la misma se realiza de acuerdo con las determinaciones de la Ley y sus reglamentos, sin subordinación directa e inmediata al poder público y los

servicios o trabajos notariales deberán ser retribuidos por quienes lo solicitan y los reciben.

Consignaré en capítulo posterior los requerimientos que conforme a la Ley vigente se establecen como básico para que el profesional del Derecho pueda actuar como funcionario público denominado Notario.

Igualmente, haré constar que para desempeñar la función notarial el profesional del Derecho, se requiere el otorgamiento de la calidad de Funcionario Público que conforme a nuestro ordenamiento legal lo otorga el Estado por conducto del Poder Ejecutivo, en cuya forma se confiere la calidad de funcionario invistiéndole de fe pública para todos los actos y contratos que ante él ocurran o sean otorgados. Tal actividad debe realizarse de acuerdo con las disposiciones expedidas por el Poder Público, cuyas disposiciones son de carácter general y que constituyen propiamente el Derecho Notarial.

De lo expresado se desprende la necesidad de que el poder público requiere establecer el sistema adecuado para la seguridad y certeza jurídica dentro de la función Notarial, consignando las normas que regulen y rijan las actividades de dichos funcionarios públicos, tanto en lo individual como en el aspecto colectivo, surgiendo con ello la persona del Notario y el documento público formulado por

éste, a quien se le ha conferido la fe pública por delegación del propio Estado, lo que analizaremos delante.

"La función notarial en la actualidad constituye una importantísima rama del Derecho formada por una serie de normas jurídicas que regulan la organización de dicha función y la teoría formal del instrumento público".(17) Es de lamentarse que aún en los tiempos actuales algunos sectores dentro de la profesión del derecho consideran la actividad notarial como secundaria o sin mayor importancia, cuando que debe reconocerse como una rama del Derecho de gran significación y trascendencia y es por ello que el poder público ha establecido como norma para ejercer la función notarial, a más de la calidad de profesional del Derecho, tener un mínimo de experiencia en el ejercicio de la profesión de abogado, como complementaria de la preparación en las aulas, requiriendo igualmente un mínimo de edad y un máximo para ejercerla; justificación de buena conducta y en general una serie de principios y normas básicas indispensables para que al profesional del Derecho se le pueda otorgar la función notarial, todo ello para que ésta sea ejercida en forma eficiente y satisfactoria para garantizar la estabilidad jurídica, así como la certeza y claridad de los actos y contratos que se le encomienden por los particulares siempre en atención a la función pública conferida por el poder público.

(17) Ibidem. p. 68

"Las normas que regulan la función notarial son adjetivas en cuanto su aspecto instrumental, como medio necesario para lograr un fin, o en otros términos el Derecho Notarial es el derecho para el derecho mismo o sea la forma de aplicación correcta de la Ley Sustantiva ya sea Civil, Mercantil, etc.,. que requieran estar revestidas de formalidades para su validez y existencia de los actos celebrados por particulares en sus relaciones jurídicas. Es complemento de la norma sustantiva la disposición adjetiva en materia notarial, que establece el procedimiento para que la norma sustantiva tenga la eficacia que se requiere en derecho".(18)

La finalidad en la función notarial podemos observarla en tres aspectos, primero trata de alcanzar la seguridad o certeza jurídica; establece el valor o fuerza legal del documento y realiza la permanencia y estabilidad en la seguridad y certeza a través del tiempo y las personas.

Será la seguridad, firmeza y certeza jurídica al consignar la voluntad de las partes en sus relaciones jurídicas dando a los documentos el carácter de instrumento público a virtud de la intervención del Notario, responsable de su actividad, con lo cual los hechos o actos consignados en un documento público aseguran a quienes comparecen ante

(18) PEREZ FERNANDEZ DEL CASTILLO, Bernardo. Derecho Notarial. 6a. edición. Porrúa. México. 1993

Notario la validez de los mismos, evitando la variación o falseamiento de los hechos o de los actos ya que el Notario al formular o redactar el documento, debido a su preparación jurídica, lo hace en forma tal que no permite una falsa interpretación en beneficio o perjuicio de los otorgantes o de terceros, sin variar el sentido de la convención o convenio en el documento mismo, que requiere la aprobación de las partes para ser elevado a instrumento público.

El instrumento público tiene mayor fuerza y validez al documento privado y la propia ley le reconoce pleno valor probatorio dentro o fuera de juicio no tan sólo entre las partes, sino para terceros y en determinados casos se complementa el documento o instrumento con la inscripción en el Registro Público.

La permanencia del documento notarial, íntimamente relacionada con el factor tiempo, se encuentra garantizada por la serie de normas que establecen la firmeza y seguridad del documento público, lo contrario del documento privado que se encuentra expuesto con mayor facilidad a su deterioro, destrucción o alteración y que no tiene o no consigna la autenticidad del documento público, éste del que se pueden expedir copias o testimonio, conservándose el original en los archivos existiendo normas y procedimientos especiales para la conservación adecuados, a más de establecerse una serie de requerimientos formales

complementarios de las garantías del instrumento público, llegando a establecerse normas sobre las características de papel y tinta usados en la formulación.

La función Notarial es una función jurídica de orden público, pues no tan sólo atiende a necesidades de derecho privado, sino que por la calidad del funcionario que interviene así como la reglamentación que se establece, tendiente a la firmeza y seguridad jurídica, tiene aspectos básicos de Derecho público y al instrumento que le da el carácter también de público.

"La función notarial, constituye también una función jurídica, diferente de las que realizan los diversos organismos Estatales, bajo el concepto de que el Notario no tiene la calidad de autoridad como los funcionarios dependientes directamente del Estado. El Notario en sus funciones, toma la norma creada por el Legislador vaciándola en su contenido para llenar un negocio jurídico, contribuyendo en tal forma a la creación de relaciones jurídicas y derechos subjetivos a un acto económico, entre particulares les da forma para la creación de la relación jurídica o constata un hecho que puede variar en lo futuro consignándolo en el instrumento público para producir

efectos jurídicos en el futuro mediante su conservación".(19)

Hemos empleado el término Notario Público, con el que se ha denominado al profesional del Derecho en calidad de fedatario público conferida por el Estado y el término Público tiene diversas acepciones entre otras, la empleada para designación de los Poderes del Estado, como Poderes Públicos que se aplican a la jurisdicción, potestad y autoridad que pertenece a dichos poderes; se ha empleado el término público en el sentido de común a un pueblo, ciudad, estado, etc; igualmente se dice público en el sentido de notoriedad o publicidad. La acepción que se ha otorgado al término público con relación a la función notarial, al instrumento o a la fe del Notario, es la que corresponde a la autenticidad reconocida por la Ley con respecto a las actuaciones realizadas por la persona a la que el Estado le ha otorgado la calidad de Notario Público o Funcionario con fe pública, es decir que tal funcionario tiene notoriedad o publicidad en su actuación, es verdadero para todos aún cuando no sean parte en el instrumento ni les sea conocido en el momento de su otorgamiento o celebración, aún cuando el Notario Público es un funcionario público sui generis, con funciones distintas a las de otros funcionarios, órganos directos del Estado y con potestad o autoridad.

(19) FERNANDEZ CASADO, Miguel. Tratado de Notaría. T. II. 6a. edición. Diana. México., 1990. p. 236

Conforme a lo expresado podemos concluir que la función pública notarial es autónoma, ya que el Notario es un funcionario que no tiene el carácter de órgano oficial del Estado y que da a los actos, contratos o hechos que ante él ocurren, publicidad, validez y efectos legales, a virtud de la delegación de la función de parte del Estado, sin ser retribuido por éste, sino por los particulares que han solicitado sus servicios como profesional del Derecho y con la calidad de funcionario público, con independencia del Poder Público y tan sólo con subordinación a las normas legales que rigen su actuación.

De aquí que la función notarial es pública en el sentido expuesto, autónoma y con características particulares, diferenciándose de otras funciones públicas como lo hemos expresado.

A virtud de que los derechos atribuidos a los particulares están condicionados a la realización de ciertos hechos, la función notarial tiene que ser necesaria, ya que su objeto es la auténtica fijación de dichos hechos condicionantes, que traerán consigo una serie de consecuencias lógicas jurídicas.

2.2 El Notario

De acuerdo con los breves antecedentes históricos sobre la institución del Notariado o función Notarial, al Notario se le debe estudiar desde tres aspectos diversos o sea: como profesional del Derecho; como persona y como funcionario público fedatario en los negocios jurídicos.

"Como profesional del Derecho se requiere al Notario Público como individuo versado en la ciencia del Derecho, es decir como jurista ya que su función corresponde básicamente no sólo a consignar en un instrumento público la voluntad de las partes como simple fedatario sino que requiere la interpretación correcta de dicha voluntad, dándole forma legal tendiente a establecer la seguridad jurídica entre los comparecientes, para el propio Notario y ante terceros, debiendo redactar con la mayor precisión posible la voluntad de las partes en concordancia con las disposiciones legales y principios básicos de derecho según los conocimientos adquiridos en su preparación universitaria que debe aplicar el caso específico sometido a su consideración, estableciendo el enlace correcto entre el hecho y la norma jurídica aplicable, ya que de ello necesariamente se derivarán consecuencias jurídicas entre las partes y ante terceros extraños".(20) La actividad Notarial sin que llegue a tener las características de una resolución o determinación de autoridad, sí entraña la formulación de un silogismo para crear las consecuencias jurídicas con base en la norma general en relación con el caso particular y tales

(20) CARRAL Y DE TERESA, Luis. Op. Cit. p. 116

consecuencias vienen a constituir la conclusión en el silogismo.

Es evidente que la mayoría de las personas que ocurren en solicitud de la intervención del Notario, carecen de los conocimientos básicos en la ciencia del Derecho, necesarios para dar forma jurídica a la voluntad de las partes y por ello el Notario debe tener la preparación y conocimientos en materia de Derecho, ya que no tan sólo se requiere la redacción correcta del instrumento, sino la formulación lógica-jurídica del negocio en cuestión, para lo cual se requiere pleno conocimiento de las leyes sustantivas que regulan las relaciones entre particulares y determinan derechos y obligaciones.

El Notario en lo personal debe ser de solvencia moral satisfactoria, capaz de realizar la formulación de los negocios jurídicos que se le propongan en forma totalmente imparcial, con la mayor claridad y precisión posible a fin de que el propio instrumento constituya para las partes el documento adecuado con la mayor seguridad y certeza jurídica que les permita el correcto ejercicio del Derecho constituido y posibilidad del cumplimiento de la obligación estipulada.

La conducta moral del Notario es fundamental en la institución del notariado por diversas razones tanto lógicas

como jurídicas, pues se requiere la confianza del público aparte de la que deposita el poder público en el funcionario, cuya actuación necesariamente debe trascender en los negocios jurídicos crean la estabilidad y firmeza en los derechos, con base en el documento público formulado, pues se busca con la actuación notarial la verdad, firmeza y estabilidad en los negocios sometidos a su consideración y careciendo de moralidad el Notario, sin lugar a dudas se afectaría la esencia misma del negocio jurídico.

Igualmente el Notario en lo personal está obligado al secreto profesional que en múltiples ocasiones es indispensable en los negocios jurídicos por lo que también se ha requerido que el Notario tenga discreción y plena solvencia moral en particular en el ejercicio de la función encomendada.

Como funcionario público, lo es en forma sui generis, diferente de los demás funcionarios públicos como se dijo al plantear el aspecto de la función notarial; tiene aspectos básicos de autonomía en relación con el poder público, está facultado por la ley para elevar a la categoría de instrumento público el negocio jurídico concertado entre las partes, dándole la forma legal que da a la voluntad de las partes la característica de un instrumento público a virtud de la fe pública que le ha conferido el Estado de acuerdo con la ley, haciendo que el instrumento o acto que pasó ante

el Notario Público tenga fuerza y valor probatorio tal como sin que ello implique la verdad absoluta, pues tan sólo se constata y autentifica lo que ocurrió o se dijo ante el Notario Público, sin que pueda trascender esta fe pública a la parte substancial del acto o la declaración.

"En cuanto al término Fe, en su connotación gramatical puede manifestarse en dos sentidos; el religioso y el humano, el religioso corresponde a un don recibido que nos impele a creer en algo, tal fe parte de lo desconocido y dentro de las religiones se manifiesta como las verdades reveladas por la divinidad, sin que sean evidentes o manifiestas a los sentidos".(21)

La fe humana se puede observar en dos aspectos: la proveniente de las manifestaciones privadas de personas particulares y la fe humana pública derivada de la actuación o determinación de un funcionario público, que en cierta forma constituye la verdad legal en tanto no sea destruida por resolución de autoridad competente.

Los documentos privados suscritos por particulares corresponden a la fe privada y que requieren su reconocimiento en la presencia de funcionario o autoridad y que en general no tienen fuerza y validez ante terceros.

(21) PEREZ FERNANDEZ DEL CASTILLO, Bernardo. Derecho Notaria: Op. Cit. p. 200

La fe pública se manifiesta por la actuación de funcionarios a quienes por haber satisfecho los requisitos legales les ha sido conferida u otorgada por el Poder público.

La fe notarial no tiene la función para el mismo Notario, como ocurre en la fe religiosa, sino que es trascendente que va dirigida en primer término a los destinatarios del documento y ante terceros y por tanto el Notario es quien presencia el acto o el hecho, da fe de él y lo autentifica y el destinatario que en ocasiones ni aún siquiera presencia el acto, y los terceros que son ajenos al acto, son quienes reciben la fe notarial.

Para la eficacia en cuanto a la fe notarial, no tan sólo se requiere la evidencia del acto sino que debe revestirse de formalidades o solemnidades según el caso para que tenga eficacia la fe pública notarial o en otros términos el Notario a más de constatar los actos o hechos jurídicos autenticándolos, de acuerdo con la Ley les imprime formalidad o solemnidad para su eficacia jurídica.

Igualmente se requiere que el acto o el hecho se precisa y constate en un documento que debe ser narrado y consignado por medio de la escritura y en tal forma retenido para que perdure. Así pues, estos elementos, o sea el acto

evidente, la formalidad o solemnidad, su narración, deben ser presenciadas y efectuadas por el Notario y autenticadas conforme a las disposiciones legales, generalmente la firma y sello del Notario, para ser garantía en el futuro, y así es como las normas que consignan la forma son constitutivas de la prueba o en otra forma expresado, el valor de la prueba se obtiene por la garantía de la forma (evidencia, solemnidad, narración escrita, coetaneidad) que en conjunto confieren seguridad, certeza, valor y fuerza legal al documento.

"La fe pública tiene eficacia *erga omnes*, es decir, ante todos ya fueren terceros o extraños al acto mismo, por cuyo motivo la fe pública requiere la exactitud en la referencia del hecho en el momento que se realiza, con narración fiel y la integridad proyectada hacia el futuro, o sea la permanencia de la fe pública a a través del tiempo".(22)

La fe pública también se manifiesta en diversas actuaciones del poder público, siempre mediante la autenticación de una actuación específica o determinada, como se manifiesta en el aspecto judicial con la intervención de los Secretarios en los Tribunales Judiciales; en lo administrativo con la constatación del funcionario encargado o comisionado al efecto; en el aspecto (22) *Ibidem.* p. 201

legislativo con la intervención de los funcionarios legislativos que satisfaciendo los requisitos de ley le dan autenticidad al acto legislativo y en estos casos mencionados se manifiesta además de la autenticidad o la función autenticadora, el acto de autoridad que determina o resuelve una situación correspondiente a su competencia y en cambio en la fe notarial, se manifiesta no como acto de autoridad, sino tan sólo como autenticación de hechos o actos que las partes han llevado ante el Notario para el efecto de autenticarse o constatar manifestaciones de voluntad y el Notario las revista de formalidades legales, a fin de que se produzca el efecto jurídico establecido por la Ley o en otros términos el Notario no es creador del Derecho sino que tan sólo constata conforme a las formalidades de Ley la voluntad de las partes que son quienes crean el Derecho subjetivo o particular que da nacimiento a derechos y obligaciones.

Siempre la fe notarial es relativa a los hechos o actos presenciados por el Notario en el preciso momento en que ocurren y jamás se pretenderá con la fe notarial probar hechos o actos no presenciados por el Notario, y jamás la fe notarial puede llegar a constituir la verdad legal de algo que no ha sido presenciado por el Notario, como acontece en las actuaciones del Poder Judicial que la sentencia que constituye un documento revestido de fe pública, constata una verdad legal con relación a hechos o actos no

presenciados por el Juez, pero que a virtud de diversos elementos de prueba debidamente valorados, llega por un acto de autoridad a constituir un documento público de pleno valor probatorio como lo es la sentencia emitida.

Asimismo, debemos tener en cuenta que la fe notarial es un testimonio rogado comprendido en el instrumento público que se formula y autoriza, por cuya razón dista mucho el testimonio de un particular del testimonio de la fe pública, en primer término por la calidad del Notario como profesional en materia de Derecho, así como que es solicitado expresamente para dar testimonio de hechos o actos que habrán de efectuarse en relación con los propios solicitantes, presenciando el Notario en forma personal y directa, con la voluntad expresa de captarlo el hecho o el acto, en forma imparcial y con la preparación debida, mientras que el testimonio particular se encuentra influenciado por intereses o presiones, impresionado por el momento sorpresivo sin tener el propósito de observador o espectador consciente y en múltiples ocasiones su relato está influenciado por emociones o impresiones afectas de parcialidad. El Notario como profesional del Derecho tiene una mayor preparación y serenidad para presenciar los hechos, sin juzgarlos sino consignándolos con la mayor fidelidad posible, por cuyas razones la ley le ha conferido la fe pública a los instrumentos y documentos formulados por el Notario.

Así pues de lo expuesto podemos concluir que el Notario ante todo debe ser un profesional del Derecho adentrado en los problemas que surgen en las relaciones sociales y jurídicas entre particulares, que debe satisfacer una serie de requerimientos consignados en la Ley que permiten determinar la certeza jurídica y estabilidad social y que además debe ser digno de la confianza que se deposita en él, de parte del poder público, delegando funciones específicas para la realización del Derecho.

2.3 El instrumento público

La manifestación sustancial en la actuación notarial se concretiza en el Instrumento Público en el que el Notario consigna con la mayor precisión y claridad la voluntad de las partes que solicitaron su intervención, o constata el hecho correspondiente también a solicitud de los interesados. Siempre existe el testimonio rogado.

"El instrumento público constituye la expresión de la voluntad de las personas para la realización de un negocio jurídico, garantizando con ellos sus derechos mediante la fijación lo más preciso posible del acto o el hecho, con efectos para el presente y el futuro, por quedar revestido de tecnicismo y legalidad a virtud de la intervención del

Notario Público en su carácter de técnico o profesional del Derecho y funcionario público a la vez".(23)

Los negocios que se formalizan ante Notario en su esencia son actos o hechos para producir efectos jurídicos, los que se consignan en el instrumento conocido por escritura y que en su formación deben contener, la comparecencia de quienes intervienen con identificación absoluta y justificación de personalidad, una exposición genérica del objeto propio del instrumento, las estipulaciones básicas o sustanciales, el otorgamiento propiamente dicho que consigna derechos y obligaciones de los que intervienen y la autorización del funcionario, con las firmas de las partes, la del Notario y su sello; todo ello constituye en esencia el instrumento público.

Conforme a las estipulaciones vigentes toda actuación Notarial debe constar en el protocolo o protocolizarse el documento, agregándose al apéndice de instrumentos, constituyéndose el instrumento en sí conocido también por matriz u original, del que se toman las copias necesarias para las partes y a las que se les han denominado testimonios.

Los instrumentos públicos deben realizarse con una serie de requisitos formales o adjetivos que en sí contienen

la esencia de la fe pública notarial, bajo el concepto de que en la escritura o instrumento notarial deben consignarse los elementos esenciales del contrato de acuerdo con los dispositivos legales de carácter sustantivo, o sea el contrato en su esencia.

La reglamentación de la actividad Notarial siempre corresponde a una necesidad que tiende a la estabilidad social desde el punto de vista del Derecho, para lograr la certeza y seguridad jurídica de los miembros de la sociedad, con esta finalidad los diversos ordenamientos legales en materia de Notaría consignan o establecen una serie de requerimientos y formalidades muy diversos, estableciendo entre otras normas las que determinan el número de libros de protocolo que pueden llevarse en cada Notaría, siendo éstos uniformes, en ocasiones y las más de las veces que deben ser encuadernados y empastados, en los que deben asentarse todos los actos Notariales para poderse autorizar; establece los márgenes que deben conservarse en los protocolos tanto para protección de lo escrito, como para consignar autorizaciones; igualmente requieren la autorización de funcionario público o autoridad, debiendo estar foliados los libros y la actuación numerada progresivamente y actuarse en orden cronológico; todos los requerimientos señalados en las Leyes son tendientes a garantizar la estabilidad, firmeza y efectividad del instrumento y la seguridad jurídica no sólo para las partes, sino para cualesquier interesado.

Igualmente establecen los ordenamientos el requerimiento de irse formando apéndices de los diferentes libros de protocolo en los que deberán recopilarse cuanto documento se encuentre vinculado al instrumento, recopilación también en forma cronológica y numerada, haciéndolo constar en el protocolo.

Tanto los libros de protocolo como los apéndices forman el archivo de la Notaría encomendado a la guarda y conservación del Notario; asimismo, se establece la forma como debe actuarse en los libros protocolo declarando la apertura y el cierre de los libros y haciendo constar el número de instrumentos que se contienen en cada volumen. Igualmente se establece la obligación de parte del Notario para que tan sólo él, sea quien maneje los libros protocolo sin que puedan salir de la Notaría sino llevados por el propio Notario y en general los diversos ordenamientos que reglamentan la actividad básica del Notario, consignan una serie de normas básicas, todas tendientes a la guarda y conservación de los instrumentos públicos y archivos notariales, para la firmeza y seguridad entre las partes y certeza para terceros y según el medio donde se realiza la actividad Notarial, el poder público consigna la serie de normas indispensables para la certeza y autenticidad de la actuación notarial.

2.4 Justificación de su existencia

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

"Como es natural, los que estudian el notariado son notarios, y en consecuencia son éstos los que ensalzan sus virtudes. Pero no hay que olvidar que figuras de primerísima magnitud en el campo del Derecho Universal, y que no son notarios, como Francesco Carnelutti en Italia y José Castán Tobeñas en España, han dicho del Notariado y de la naturaleza de su función, lo que muchos notarios, por modestia, no habrían osado afirmar. Quiero dejar sentado, además, que lo que se diga aquí, en el sentido de lo que es o debe ser un Notario, representará un anhelo, un ideal, de lo que en concepto del autor debe ser, aunque por desgracia él esté muy lejos de alcanzar esa perfección".(24)

(24) GONZALEZ PALOMINO, José. Instituciones de Derecho Notarial. 6a. edición., Temis. México. 1990. p. 102

Veamos cuál es la justificación de la existencia del Notariado. Ha sido tan crasa la ignorancia en México con relación al Derecho Notaria, que no pocas personas y aun abogados, han osado despreciar a la Institución Notarial. Todavía hay quienes afirman que el Notario es un simple autenticador de firmas, un "firmón", que después de estampar un sello tiende la mano para recibir una retribución que no se justifica. ¿Qué otra cosa es eso sino ignorancia? La labor del Notario, bien entendida y bien adeseñada, constituye un verdadero apostolado y puede asegurarse que sin notarios competentes y honorables, muchísimas personas, pero especialmente de humilde condición, serían víctimas diarias del abuso y del engaño.

Muy por el contrario, el notariado es una institución nobilísima e indispensable. No decimos que sea indispensable por esencia, ni siquiera por naturaleza, pues se podía imaginar una sociedad sin notariado, como naturalmente ha existido y aún existe en algunas partes del mundo, aunque escasas. Lo que sí puede afirmarse, es que no existe un estado de civilización avanzada, que no tenga un notariado, cualesquiera que sea su tipo o sus características. No cabe duda que en nuestra mente no puede surgir espontáneamente la necesidad de un medio para lograr un fin, si previamente no tenemos la conciencia de que queremos lograr ese fin.

Nadie tiene que probar que los hombres tienen relaciones de interdependencia económica entre sí, o sea, que celebran a cada instante, y a veces aún inconscientemente, actos jurídicos, de los que derivan obligaciones y derechos recíprocos. Pues bien, cuando el acto consiste -y sobre todo en un principio consistía, en un simple trueque, en lo que se tomaba inmediatamente posesión del bien y quedaba terminada la actividad y la relación de las partes, no hacía falta, en verdad, un sistema de notariado. Tiene que haber sido después, al darse cuenta el hombre que necesitaba lograr un fin que no podría alcanzar sin un medio adecuado, cuando se echó mano de personas especialmente capacitadas desde el punto de vista de sus conocimientos y de su responsabilidad moral, para prestar mayor garantía a las transacciones.

Si dos personas van a celebrar un acto jurídico que consiste, por ejemplo, en el otorgamiento de un préstamo hipotecario, y dejamos a esas personas que libremente lleven a cabo su contrato, podemos estar seguros de que el mismo podría quedar viciado de muchas causas de invalidez, pues de los tres aspectos que necesariamente tienen que tomarse en consideración, o sea los problemas referentes a los sujetos que intervienen en el acto, a los objetos que son materia de contrato, y a la relación jurídica misma que entre ellos debe establecerse, con toda seguridad ninguno de los interesados tendrá ni la menor idea de cómo descubrirlos y

precisarlos. En efecto ¿por qué el que ha de prestar un dinero ha de estar enterado de la capacidad legal de la persona a quien ha de otorgar un préstamo, ni de si las facultades que esa misma parte ostenta para representar a otra persona son suficientes, ni si el acto que se va a ejecutar es de administración o de dominio, etc.,etc.? Tampoco puede saber ese mutuante si el predio que le ofrecen en garantía, es en verdad propiedad del que pretende hipotecarlo, ni si esa propiedad está debidamente registrada para surtir efectos contra tercero, o libre de gravamen, etc. También ignorará con toda seguridad que el hecho de que una persona le diga que su adeudo está garantizado con su casa, no basta para considerar esa garantía como la real de hipoteca; y entonces se encontrará con que después de haber entregado el dinero en préstamo, el acto es ineficaz, o por falta de capacidad o de representación, o por defecto en el título de propiedad o en la redacción y estipulación del contrato. Por eso un notario consciente y honesto se convierte en el consejero y en el instructor de los clientes que ya se han acostumbrado a no decidir nada que se relacione con sus intereses, sin escuchar y seguir el prudente consejo de "su" notario.

Si, pues, en tiempos pretéritos las personas sintieron la necesidad de encontrar a alguien que las patrocinara y protegiera en sus transacciones, quiere decir, como dice

Rafael Nuñez Lagos, "que primero fue el documento, y que después fuimos los notarios, que hoy hacemos el documento".

Cuando los hombres necesitaron alguien que les proporcionara seguridad en sus transacciones, ese alguien tuvieron que buscarlo entre las personas con conocimientos en la escritura (pues antaño muy contadas personas, casi sólo los frailes, sabían escribir), y con experiencia en la contratación, así como ejemplaridad en su conducta.

Nuestro estudio tiene que iniciarse con un procedimiento aristotélico, o sea, partiendo de la realidad, del hecho, pues sabemos que así como la enfermedad precedió al médico y la construcción al arquitecto, el documento precedió al notario.

La necesidad de la seguridad en las transacciones hace que en una sociedad moderna sea verdaderamente indispensable ya, para la vida de la sociedad, la existencia de un notariado organizado.

En las sociedades primitivas no existen arquitectos ni ingenieros, como tampoco existen médicos ni notarios. Entonces había curanderos, artesanos (que nosotros llamamos maestros de obras) y *homes sabidores de escreuir*. Ahora existe una ciencia de la medicina, una ciencia de la arquitectura, y el primitivo arte de la notaría, se ha convertido en una ciencia, que se llama Derecho Notarial.

2.5 Análisis de la Ley del Notariado para el Distrito Federal

Como sabemos en el Distrito Federal la función notarial es de orden público y se ejerce por profesionistas licenciados en derecho investidos por el Ejecutivo Federal de la fe pública y facultades para autenticar y dar forma en los términos de ley a los instrumentos en que se consignan actos y hechos jurídicos. Asimismo podemos decir de acuerdo con la exposición de motivos de la ley en comento que corresponde al Ejecutivo Federal, en la esfera administrativa, dictar las medidas que estime pertinentes para el exacto cumplimiento de la Ley del Notariado para el Distrito Federal y la eficaz prestación del servicio público del notariado;

Que dentro de las medidas a que se refiere el considerando anterior, y de conformidad con lo preceptuado en el artículo 153 de la Ley del Notariado para el Distrito Federal y el artículo segundo transitorio por Decreto por el que se Reforma, Adiciona y Deroga diversas disposiciones de la Ley citada, publicado en el Diario Oficial de la Federación de fecha 13 de enero de 1986, el Ejecutivo Federal se encuentra facultado para expedir el nuevo Arancel de Notarios para el Distrito Federal;

El Arancel de Notarios para el Distrito Federal, data del 31 de adiciembre de 1947, fecha en que fue publicado en el Diario Oficial de la Federación, con criterios y montos que resultan obsoletos en la actualidad, por lo que se hace indispensable expedir un nuevo arancel que determine los honorarios y gastos que los solicitantes del servicio deban cubrir a los notarios públicos, a efecto de que, por un parte éstos perciban un retribución justa por la prestación de sus servicios profesionales y, a la vez, se proporcione seguridad a los usuarios en cuanto al importe a erogar por los actos jurídicos cuya celebración requiere intervención notarial;

En lo referente a la determinación de los honorarios que prevé el nuevo arancel, se observaron las disposiciones del artículo 153 de la Ley de la materia, particularmente la inclusión en los mismos de los gastos relacionados con la prestación del servicio profesional de que se trata y, su formulación en cuota fija calculada en base al salario mínimo general para el Distrito Federal, más un porcentaje sobre la cuantía de la operación correspondiente en proporción decreciente al incremento del valor del bien;

Para una mejor comprensión del nuevo arancel, por parte de los solicitantes del servicio, los notarios tendrán la obligación de fijar a la vista del público una tabla que contenga los honorarios previstos con la equivalencia en

moneda nacional que deben pagarse de acuerdo con los rangos determinados, misma que deberá actualizarse cada vez que se modifique el salario mínimo general para el Distrito Federal;

La ley del Notariado con el objeto de fortalecer las políticas que en materia habitacional ha establecido la actual administración, el arancel regula en forma especial los honorarios que deban cubrirse por operaciones traslativas de dominio de inmuebles destinados a viviendas mediante la fijación de límites máximos expresados en días de salarios mínimos generales para el Distrito Federal que incluyen cuota fija y porcentaje sobre cuantía;

De lo expuesto anteriormente, podemos colegir que con el objeto de ampliar los beneficios previstos en la fracción V del artículo 153 de la Ley del Notariado para el Distrito Federal, el arancel contempla que en los instrumentos en que se consignent contratos traslativos de vivienda, incluyendo la de interés social, o en los programas de fomento de la vivienda o de regularización de la propiedad inmueble en que intervengan dependencias o entidades de la administración pública federal, y cuyo valor de operación no exceda del equivalente en cinco mil días de salario mínimo general, los honorarios de los notarios no serán superiores a cuarenta días de salario mínimo;

Asimismo el arancel incluye una regulación específica sobre diversos aspectos de amplio beneficio social como lo es el de un tratamiento especial en la determinación de los honorarios a cubrirse por las escrituras en las que se manifieste la declaración unilateral de voluntad para la constitución del régimen de propiedad en condominio cuyas unidades privativas no excedan del equivalente a tres mil seiscientos cincuenta días de salario mínimo general que conforme al artículo 32 de la Ley Federal de Vivienda representa el monto considerado como vivienda de interés social, así como en los casos de testamentos en donde los notarios tendrán la obligación de tomar en consideración la condición socio-económica del testador para la determinación de los honorarios, mismos que no podrán exceder del equivalente de veinte días de salario mínimo general:

De igual forma para la fijación del arancel se ha tomado en cuenta la importancia y dificultad de cada actuación notarial, las tasas o cuotas establecidas en diversas disposiciones jurídicas para la prestación de los servicios que se relacionen con la función notarial, así como los demás elementos establecidos en la Ley de la materia y que han permitido determinar honorarios equitativos tanto para los solicitantes del servicio, como para los fedatarios públicos, he tenido a bien hacer el siguiente análisis de la Ley del Notariado en México.

Esta ley se publicó en el Diario Oficial de la Federación el 8 de enero de 1980 e inició su vigencia sesenta días después de su publicación, de acuerdo con el artículo 12 transitorio. El 13 de enero de 1986 se modifica en cuanto a la definición del notario, pues se sustituye la terminología funcionario público por licenciado en derecho. Asimismo se establece el protocolo abierto especial "para actos y contratos en que intervenga el Departamento del Distrito Federal. En este mismo protocolo podrán también asentar las actas y escrituras en que intervengan las dependencias y entidades de la administración pública federal, cuando actúen para el fomento de la vivienda o con motivo de programas para la regularización de la propiedad inmueble..." (artículo 59-A)

La Ley del Notariado para el Distrito Federal consta de 154 artículos efectivos y seis transitorios, donde se plasman los derechos y obligaciones del Notario, mismos que a continuación detallo.

En el capítulo I denominado Disposiciones Generales, en sus nueve artículos se habla de la función notarial, su jurisdicción y la manera de como el Ejecutivo Federal autoriza por medio del Jefe del Departamento del Distrito Federal, la creación de Notarías.

En el capítulo II se habla de los notarios y de la expedición de sus patentes donde se define también al Notario y la manera de como se realizan las convocatorias cuando existen Notarías vacantes.

En la sección segunda del Capítulo II se habla de los requisitos para ser aspirante al Notariado y Notario.

La sección tercera del capítulo en comento, establece los requisitos de los exámenes de aspirantes y de oposición y del otorgamiento de las patentes respectivas, su calificación y término de elaboración de dicho examen.

El capítulo III de la ley en comento, se divide para su estudio en cinco secciones en donde la primera señala lo referente al ejercicio del notariado y de la prestación del servicio. La sección segunda del mismo numeral nos habla de los convenios de suplencia y de la asociación de notarios, los primeros sirven para cubrir las ausencias temporales del notario con otro; la segunda se refiere a la libertad de asociación entre dos notarios por el tiempo que estimen conveniente.

La sección tercera del mismo apartado, nos señala los requisitos que debe de tener el sello de autorizar. La sección cuarta se refiere al protocolo, su apéndice e índice, que como sabemos el protocolo es el libro o juego de

libros autorizados por el Departamento del Distrito Federal en los que el Notario, durante su ejercicio, asienta y autoriza con las formalidades de la presente ley, las escrituras y actas notariales que se otorguen ante su fe. La sección quinta se refiere al protocolo abierto especial, para actos y contratos en que intervenga el Departamento del Distrito Federal. En este mismo protocolo podrán también asentar las actas y escrituras en que intervengan las dependencias y entidades de la administración pública federal, cuando actúen para el fomento de la vivienda o con motivo de programas para la regularización de la propiedad inmueble.

El Capítulo IV consta de tres secciones, en la primera señala todo lo relacionado a las escrituras, su definición, las actas y testimonios de las mismas, respectivamente.

El capítulo V se ocupa de las licencias y de la suspensión de los notarios siempre y cuando de aviso al Departamento del Distrito Federal, en caso de fallecimiento quedará la Notaría suplente.

La vigilancia e inspección de Notarías se encuentran reguladas en el capítulo VI de este ordenamiento.

La revocación y cancelación de la patente de Notario se establece en el capítulo VII de este numeral, donde

especifica las causas por las cuales se revoca la patente a los notarios, la clausura del protocolo.

En los capítulos VIII, IX y X, respectivamente, se establecen en el primero de ellos la integración del archivo de Notarías, en el segundo lo relacionado con el Colegio de Notarios y en el último, de las retribuciones para los notarios.

Como podemos observar de la legislación en comento, es urgente la necesidad de que la misma sea más clara y diáfana en lo que a las retribuciones u honorarios se refiere, para así saber y precisar la naturaleza jurídica exacta del Notario Público, misma que expondremos en el Capítulo IV de este trabajo.

CAPITULO III

EL DERECHO NOTARIAL

Como sabemos, el notario es la base y núcleo central de la seguridad jurídica contractual y testamentaria. Asimismo el Derecho notarial, es el conjunto de normas jurídicas relativas a la función notarial. Dejar la definición antes expuesta de esta manera, provocaría hasta cierto punto un desinterés de nuestra parte, razón por la cual consideramos oportuno hacer una descripción y exposición minuciosa del derecho notarial, misma que a continuación detallo.

3.1. El Derecho Notarial como rama del Derecho.

El Derecho es uno; lo que no quiere decir que sea simple, esto es, que carezca de partes diferenciables por su contenido. De ahí las divisiones tradicionales en Derecho Público y Privado y las subdivisiones de estas ramas en otras secundarias. Ahora bien, dentro de la unidad total del Derecho Positivo ¿Cabe una rama notarial, como la comercial, la procesal, la penal, o la administrativa?

Hay tres hechos innegables:

- 1).- Existe una función pública notarial.

- 2).- Existe el instrumento público.
- 3).- Existe una legislación notarial, esto es, la que regula la función y los instrumentos públicos notariales.

1).- *Existencia de una Función Pública Notarial.*- "Es sabido que el Derecho Administrativo comprende la organización de todos los servicios públicos del Estado. Sin embargo, hay dos de ellos que, históricamente al menos, han quedado fuera del Derecho Administrativo, y son los servicios de "Justicia" y de Fe Pública".(25)

El servicio de justicia pertenece al Derecho Procesal, y el segundo, a la Legislación Notarial. Aunque la organización de ambos servicios es de la competencia del Derecho Administrativo, los principios generales del Derecho Administrativo no son aplicables ni a la Justicia ni a la Fe Pública Notarial.

Hay un hecho incontestable: el acto notarial no es un acto administrativo, pues no está sujeto a ningún régimen de disciplina jerárquica, ni a recurso administrativo. Tiene un régimen especial (que es el de formación de la forma y preconstitución de la prueba), que queda fuera del Derecho Administrativo. El acto del gobierno que designa a un Notario es indudablemente un acto administrativo, pero lo (25) CARRAL Y DE TERESA, Luis. op. cit. p. 20

es, porque es acto del gobierno, no del Notario. Tenemos así un primer hecho incuestionable: la función pública notarial no se regula en el Derecho de la Administración.

2).- *Existencia del Instrumento Público.*- Desde el siglo XIII, los documentos públicos autorizados por notario, se llaman de igual forma, y esto equivale a decir que cualquier Código es posterior a la Ley que regula el instrumento público. Los Códigos Civiles hablan excepcionalmente de la forma de los instrumentos, pero regulan la forma de los negocios jurídicos. Si contienen, en cambio, ciertos preceptos de forma y prueba del negocio y de eficacia del instrumento; preceptos que por su naturaleza son estrictamente notariales.

Respecto al inciso tres antes mencionado y debido a la importancia de éste consideré oportuno señalarlo en un inciso especial a efecto de tener una mejor comprensión del mismo y exponerlo enseguida.

3.2 Existencia de una legislación Notarial

El conjunto de normas jurídicas se llama Derecho Objetivo, y éste tiene varia fuentes: la ley, la costumbre, etc. Como la Legislación es una fuente formal del Derecho Objetivo, hablar de una Legislación Notarial, equivale a hablar de Derecho Objetivo Notarial. Hay que admitir, pues,

cuando menos en este aspecto, la existencia de un Derecho Notarial.

"La existencia de un Derecho Notarial no depende de ningún código que lo formule. Algunos países tienen Códigos del Notariado, y no por eso en ellos existe el Derecho Notarial y en otros no. La Legislación Notarial, como Derecho Objetivo, constituye la materia del Derecho Notarial, sea que conste en códigos, o en leyes dispersas. Queda así señalada la existencia del Derecho Positivo, Objetivo, y acusada la primera fuente formal del Derecho Notarial: la legislación notarial".(26)

Tradicionalmente las cátedras han sido llamadas por la legislación que se estudia en ellas. En Francia, se establecieron cátedras según los Códigos: cátedra de Código Civil, de Procedimiento Civil, etc.

Gugnet decía: "Yo no conozco el Derecho Civil; yo no enseño más que el Código Napoleónico. Por tanto, una cátedra en las Facultades de Derecho, que se titule Derecho Notarial, mejorará indudablemente la investigación y la técnica del Derecho Notarial; pero éste no dejará de existir si desaparece la cátedra".(27)

(26) PEREZ FERNANDEZ DEL CASTILLO, Bernardo. Derecho Notarial, op. cit. p. 19

(27) NUÑEZ LAGOS, Rafael. Hechos y derechos en el documento público, 5a.edición. Tecnos. México. 1991. p. 8

Núñez Lagos cita a Carnelutti (Metodología del Derecho), cuyas palabras yo retranscribo sin variación alguna: "No hay que confundir la ciencia con el progreso de la ciencia, esto es, su existencia con su 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 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 que aquellas sean ciencias y la nuestra no" (28). "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 que 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

(28) Ibíd. p. 9

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 trozos. 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.

El Derecho Notarial no es, pues, más que un trozo del Derecho. Y ha de evolucionar igual que las otras ramas, aunque no se trata de imitar ni tampoco de inventar la ciencia del Derecho. No hay por qué exigir al naciente Derecho Notarial, desde el punto de vista científico, lo que no exigió -sino muy recientemente- al Derecho Civil, al Administrativo, o al Procesal.

3.3 Sistema Notarial

El Derecho Civil moderno es un sistema de preceptos y conceptos y no un conjunto de leyes.

Puesto que existe una Legislación o Derecho Objetivo Notarial, el principal problema del Derecho Notarial

(científico), no es el de falta de materia, sino el de su organización en un sistema, entendiendo por éste, la solidaridad de los diversos elementos y partes de un todo (sistema solar sistema de Copérnico, etc.).

Dice Carnelutti que "el género es un parto de nuestra mente; su realidad, a diferencia de la especie, no es fenoménica, sino interior. Sólo la especie es fenómeno. El género es un concepto". (29)

Debemos, pues, sistematizar en torno al principio rector del Derecho Administrativo, fue la actividad del Estado; el del Derecho Procesal, fue la actividad del juez, y en el Derecho Notarial su principio rector tiene que ser la actividad del Notario. El protagonista del Derecho Administrativo, es la administración pública: el del Derecho Procesal, es el juez; y el del Derecho Notarial, es el Notario; y frente a estos tres protagonistas, las personas privadas representan un papel, adquiriendo matices públicos. Provisionalmente podríamos afirmar que el Derecho Notarial tiene por contenido la actividad del Notario y de las partes en la formación del instrumento público.

3.4 Ubicación del Derecho Notarial dentro del Derecho de Formas

(29) CARNELUTTI, Francisco. Derecho Civil. 3a. edición. Cajica. Puebla. México. 1962.

Prescindiendo de las formas exclusivamente verbales testamento abierto ante testigos, en peligro de muerte, etc. son de innegable evidencia, en el derecho actual, ciertas manifestaciones de formalismo típico pero sin notario testamento ológrafo, letra de cambio, etc. El Derecho Notarial, pues, dentro de las formas, pertenece a aquellas formas escritas documentales intervenidas por el funcionario público *notario*. El Derecho Notarial se refiere, pues, a las formas documentales, referido a una clase especial, a los documentos públicos y dentro de éstos, a la categoría más típica y restringida.

Quedan expulsadas, así, del Derecho Notarial, las formas verbales u orales, las escritas que no constituyen documentos públicos y las públicas intervenidas por funcionarios que no sean notarios (jueces, funcionarios administrativos, etc.).

3.5 Objeto del Derecho Notarial

Llegamos así a una primera afirmación incuestionable: el Derecho Notarial es sólo una parte del Derecho de la Forma aunque también sea mucho más que el Derecho de la Forma. Tiene por objeto "aquella forma pública intervenida por Notario, denominada, a partir del siglo XIII, instrumento público". (30)

(30) CARRAL Y DE TERESA, Luis. op. cit. p. 22

Lo anterior equivale a poner de manifiesto que hay dos columnas sobre las que erige el Derecho Notarial: el notario y el instrumento. Así como en el Derecho real existe una relación de persona a cosa, en el Derecho Notarial la persona es el Notario y la cosa el Instrumento Público. El documento sin firma del Notario no pertenece al Derecho Notarial. La actividad del Notario sin documento, en potencia o en acto, es extraña al Derecho Notarial. Por lo mismo, el documento, como la cosa en el derecho real, es elemento esencial, principal y final del Derecho Notarial.

Considero que el Derecho Notarial no comprende todo el Derecho de la Forma, pues quedan fuera de él las formas sin Notario; pero en cambio, la parcela del Derecho de la Forma que pertenece al Derecho Notarial ha de ser objeto de una consideración directa y principal y no accesoria. En Derecho Civil pensamos directamente en el negocio jurídico y la forma se nos presenta como un ingrediente constitutivo (esencial, natural o accidentalmente), que acompaña al acto. En cambio en Derecho Notarial hemos de contemplar ese ingrediente formal en su sentido inmanente y convertirlo en objeto directo de nuestro estudio científico. Estudiar exclusivamente lo que normalmente es mero medio no es la posición acostumbrada del civilista, pero tiene que ser la del investigador del Derecho Notarial. El primer resultado de este punto de vista, es diferenciar dos cosas muy parecidas, pero no idénticas: el instrumento como forma

voluntaria o necesaria del negocio jurídico, y el instrumento en sí mismo, como forma del acto -procedimiento-notarial. La ley exige, como por ejemplo, para un contrato, la forma escrita, la notarial o la judicial; pero la exige como resultado el resultado es la escritura o la resolución judicial pero no como procedimientos. Será la ley procesal o la notarial la que regulará la forma el procedimiento para la forma resultado. El Derecho Notarial no regula la forma de los contratos, sino las formalidades o forma procesal procedimiento para dar forma sustantiva a los contratos o negocios jurídicos. Anteriormente una resolución judicial (forma exigida por ejemplo para que los cónyuges pudieran contratar entre sí se tenía que seguir un procedimiento, producir una serie de actos procesales de las partes y del juez. El auto aprobando el contrato propuesto, era uno de los dos elementos integrales de la Forma pública auto más escritura notarial, pero para el Derecho Procesal, el auto es uno de los tantos eslabones o actos procesales. De igual modo, el instrumento público es el resultado de aplicar una serie de actos y formalidades de normas de Derecho Notarial (aspecto corporal del instrumento público: papel, escritura, redacción, lectura, consentimiento, firma, protocolización, numeración del instrumento, foliatura, copias, notas, etc.). El Notario no puede, con su sola intervención, producir el instrumento público: uno por uno, todos sus movimientos está reglados. Necesita sujetarse, antes y después de la firma, a una serie e normas adjetivas, formales, que en su conjunto

definen el Derecho Notarial como el Derecho Formal; lo que antes que nada quiere decir: Derecho y procedimiento, forma de la forma, y no sólo forma de actos y contratos civiles. La forma de los actos notariales continente, se nos presenta más amplia y más compleja, que la forma del acto jurídico o contrato contenido, que se contenga en el instrumento.

Desde otro punto de vista, substituido, como hemos dicho, el objeto del análisis lógico (suplantando al "negotium" por el "instrumentum") percibimos enseguida, que el mismo, "negotium" se modifica necesariamente, colocándonos en la obligación de investigar cuáles son esas modificaciones morfológicas y su trascendencia en la escala de los valores jurídicos, lo que implica conocer, críticamente, el "negotium", antes y después de la forma notarial; su valor constitutivo, declarativo y reconocitivo; su fuerza de obligar y su fuerza de probar. La misma materia puede tener distintas cualidades, teñida de rojo o teñida de azul. El mismo pacto puede tener distinto valor, al pasar por el crisol de las solemnidades notariales: la misma materia civil se convierte, por la forma del molde, en materia auténticamente querida, otorgada y publicada. Es decir el derecho notarial, es un derecho de la forma, de las formas, formalidades en o para la forma.

Después de haber expuestos los incisos anteriores y toda vez que quedó demostrada la existencia del Derecho

notarial y por estar íntimamente relacionado con nuestro tema, considero oportuno hacer un resumen respecto a la naturaleza de las normas que lo constituyen; mismos que a continuación señalo.

Hemos dicho que los universalistas inclufan dentro del concepto del concepto de Derecho Notarial todas aquellas normas que el notario cumple en su variada labor, que naturalmente cuentan un número muy importante de normas sustantivas de Derecho Civil, Mercantil, etc. "Por eso, es natural que haya habido autores que atribufan a las normas de Derecho Notarial un carácter desubstantividad (pues dentro del Derecho Notarial incluían todas); pero desde que se han ido perfilando los límites, el ámbito, del Derecho Notarial Puro, ya casi no hay quien niegue el carácter adjetivo de las normas de Derecho Notarial".(31)

"El primer número de la Revista de Derecho Notarial española, que se publicó en julio de 1953, se inicia con un estudio de don José Castán Tobeñas que él denomina "Hacia la constitución científica del Derecho Notarial" (notas para un esquema doctrinal); y en él afirma que las palabras sustantivo y adjetivo son equívocas y por tanto requieren aclaraciones. Agrega que el carácter adjetivo del Derecho Notarial no implica que el instrumento público tenga un tinte meramente adjetivo y probatorio, sino que posee (32) CASTAN TOBERNAS, José. op.cit. p. 117

también un aspecto substantivo 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 también se dice hoy, y no al derecho substantivo o material".(32)

Puedo decir que el derecho es adjetivo, no porque 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.

Las palabras mismas ya implican un sentido especial o tendencias: "substantivo" es algo que es por sí mismo, como por ejemplo un hombre. Los adjetivos que se le pueden aplicar al hombre, por sí mismos no dicen nada, si no son atribuidos a él: "hombre inteligente"; y por eso, porque el Derecho Notarial es derecho para el Derecho, o como dijimos forma de la forma, es por lo que es adjetivo, Giménez Arnau "se inclina por la adjetividad del Derecho Notarial, si por Derecho substantivo se entiende la norma que regula derechos y deberes subjetivos".(33)

(31) NÚÑEZ LAGOS, Rafael. op. cit. p. 10

(33) MORENO, Fausto. Derecho Adjetivo. 8a.edición. Trillas. México. 1993. p. 145

Fausto Moreno, "define al derecho adjetivo formal o instrumental, en contraposición al sustantivo o material, como aquel que sirve de cauce para el desarrollo o efectividad de este último, complementándolo a veces, porque la norma sustantiva no se cumple espontáneamente; y otras veces, por suponerlo así la misma naturaleza de la norma. Derecho adjetivo y Derecho sustantivo están en relación de medio a fin; figurándose el adjetivo como un Derecho secundario que en cierto modo (conceptualmente) carece de autonomía propia, en el sentido de que no puede ser definido en sí por sí, sino que su concepto hay que referirlo a otro conjunto de normas diferenciadas que integran una rama distinta o separada del ordenamiento jurídico y que son de naturaleza sustantiva o material".(34)

Por eso se dice, que es adjetivo el Derecho Notarial, pues es un Derecho de la forma para la forma. La distinción entre Derecho sustantivo y Derecho adjetivo proviene de una dualidad, como cuando se opone Derecho Público a Derecho Privado. El Derecho adjetivo por excelencia, es el procesal, cuya clasificación como rama, afinó la doctrina de la distinción entre adjetivo y sustantivo; y precisamente por la afinidad que en este aspecto existe entre el Notarial y el Procesal, ya que el derecho de la forma para la forma regula un verdadero procedimiento que debe seguir el

(34) Nueva Enciclopedia Jurídica. Omaba.T. VII. 7a. edición Cárdenas editor. México. 1989. p. 178

notario (sucesión de actos formales y obligatorios), es por lo que el Derecho Notarial encaja dentro del concepto de Derecho adjetivo.

Por la misma razón de que el Derecho substantivo (Civil, Mercantil, etc.) que aplica el notario, no forma parte del Derecho Notarial Puro, las normas substantivas están fuera de él, o sea, que el Notarial no es Derecho substantivo. Es verdad que al considerar al Derecho Notarial como adjetivo, limitamos su campo y en cierto aspecto su aparente importancia; pero es que hemos estado de acuerdo con Núñez Lagos en expulsar del Derecho Notarial Puro todo aquello que no es derecho para el derecho o forma para la forma y consecuentes con ello, dejamos a un lado todas aquellas normas que el notario, al tener que aplicarlas, debe conocer, y por conocerlas le dan un prestigio y categoría que no tendría si se limitara a aplicar escuetamente y como autómeta las leyes de la forma. La humillación que se dice sufre el Derecho Notarial al amputársele todas esas normas de Derecho substantivo es sólo aparente, ya que la construcción científica de un sistema de Derecho Notarial Puro especializado, irradiará luz en todos sentidos, que se reflejará no sólo en la mejor comprensión y reglamentación del instrumento público continente, sus efectos y valor jurídicos, sino en la mejor comprensión y reglamentación de los negocios jurídicos (que son su contenido), sus efectos y valor jurídico. Lejos, pues, de

diminuir su importancia e interés, al denotar menos pero connotar más, la dará brillo y esplendor al notariado.

"Afirma que en 1904, Holliger había contado ya 17 teorías sobre la distinción entre Derecho Público y Privado; y como por desgracia y aunque parezca mentira, hoy subsisten múltiples discusiones y doctrinas para pretender fundar esa distinción, no seremos nosotros quienes en una clase de Derecho Notarial definamos el punto, tanto más cuando que hasta se han formulado teorías monistas que son las que niegan la existencia de la dualidad entre Derecho Público y Privado". (35)

Puesto que el Derecho es vida y se transforma y es mudable como ésta, no es posible establecer características con validez absoluta y permanente. Todos sabemos que existen cosas que hoy se consideran de orden público y que antes fueron clasificadas unánimemente dentro de las cuestiones de orden privado, con la Política, con la teoría del Estado, con los poderes y ámbito de acción de éste, etc.

Lo que antiguamente todo el mundo consideraba campo de Derecho Privado, como era el llevar a cabo una explotación industrial o comercial, en muchos aspectos (desde la Constitución de 1917, y después con la expropiación petrolera), ahora se consideran de interés ultra-público.

(35) GIMENEZ ARNAU, Enrique. op. cit. p. 215

Debemos limitarnos, pues, a precisar ciertos caracteres preponderantes que inclinan hacia el público o hacia lo privado.

"García García se inclina por la teoría finalista, siempre que se precise qué se entiende por interés, el cual, afirma, es difícil distinguir cuando enfoca el interés de cada uno de los miembros de un grupo social y cuándo los intereses abstractos de ese grupo".(36) Partiendo de la idea de que interés es un objetivo determinante de una actividad, diremos que cuando ese interés puede ser 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 que 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 sólo pueden ser logrados por la organización y acción del Estado y de las entidades subordinadas, ejerciendo su poder de dominación. El Derecho Público comprende, pues, una comunidad de intereses, y el Privado, intereses individuales, aunque a veces éstos sean coincidentes y otras contrapuestos. Además el Derecho Público está en relación de superioridad respecto del Privado: a).- El Público es condición del Privado, ya que

(36) GARCIA GARCIA, Honorio. op. cit. p. 99

su aplicación y ejecución es monopolio del Estado y por tanto el Derecho Privado necesita recurrir a instituciones jurídicas públicas para su afirmación; y b).- La esfera jurídico-privada está sujeta a intervenciones por parte del Derecho Público, como casos de orden público (expropiación, intervenciones judiciales, etc.).

Los preceptos del orden público no están a disposición de los individuos para organizar, completar o perfeccionar sus negocios jurídicos, sino que vinculan de modo inmediato, haciéndose efectivos independientemente de la voluntad de los particulares; se aplican independientemente de la voluntad de los particulares; se aplican imperativamente, pues las obligaciones no son aquí con respecto a otros, sino con respecto a la ley.

En el Derecho Privado, el Estado pone a disposición de los particulares el procedimiento para realizar su derecho, y esto que dan en situación de igualdad frente al juez, como corresponde a unas relaciones de coordinación, y pueden inclusive influir en el proceso. En cambio, en Derecho Público, destinado a cumplirse independientemente de la voluntad de las partes, la iniciativa para su aplicación no corresponde en general a los individuos, sino a una autoridad (Nueva Enciclopedia Jurídica).

Aplicando los principios de García Pelayo a las normas de Derecho Notarial, se aprecia que estamos en presencia de leyes 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 apearse a los preceptos de forma que imperativamente le enumera la ley; y un 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 artículos de la ley, cuando así convenga a sus intereses, siempre que se trate de los negocios jurídicos que son 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 derecho subjetivos. Las normas propiamente de 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.

Por todo lo anterior, la generalidad de los autores clasifican el Derecho Notarial dentro del Público.

CAPITULO IV

NATURALEZA Y FUNCION DEL NOTARIO PUBLICO

La misión del Notario debe y tiene que ser la de un jurista, profesional del Derecho y responsable de sus actos ante el Estado.

Notario es la persona investida de fe Pública para hacer constar los hechos y actos jurídicos a los que los interesados deban o quieran dar autenticidad conforme a las leyes, y autorizado a intervenir en la forma de tales actos y hechos jurídicos revistiéndolos de solemnidad y formas legales. El ejercicio del notario es una función de orden público por su naturaleza es respetable, delicada y honorífica, puesto que la fe pública está depositada en sus manos.

El cargo de Notario es por lo general vitalicio, deberán desempeñarlo dentro del Municipio de su adscripción en el cual deberán tener cierta permanencia; tiene el deber de ilustrar a las partes acerca del valor legal de los actos y hechos en que intervenga y sus consecuencias. Los Notarios cobrarán sus honorarios conforme arancel, antes de iniciar sus funciones deberán de participar a la Secretaría General

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

de Gobernación, a la del Ayuntamiento, a la del Consejo de Notarios, a la del Supremo Tribunal de Justicia, al jefe del Archivo de Instrumentos Públicos, al Encargado del Registro Público de la Propiedad que corresponda y a las Oficinas de Hacienda del Estado Federales, respectivas; cual es el sello que usará estampándolo al margen del oficio en que hace la participación. El sello que use para autorizar será de forma circular de cuatro centímetros de diámetro que llevará en el centro el Escudo Nacional y alrededor el nombre, apellido, número del notario y lugar de su residencia.

La responsabilidad profesional del Notario no resulta generalmente de un texto legislativo específico, sino únicamente de la aplicación por los tribunales de las reglas generales del Derecho. Es de notarse que la función del Notario puede confundirse con otras funciones públicas pues posee caracteres peculiares, el carácter de funcionario del Estado o Administrativo se opone a que el Notario continúe siendo un libre profesional del Derecho, pues llevaría a la necesidad de que debieran repartirse los negocios, al agregarse a los particulares la facultad de elegir su notario, e inclusive al notario en ocasiones se le compara con el recaudador de impuestos, es por ello que en el presente capítulo trataré de señalar cual es la verdadera naturaleza jurídica y función específica del notario.

4.- 1.- Concepto de Fe Pública

Fe es, por definición, "la creencia que se da a las cosas por la autoridad del que las dice o por la fama pública". (37)

"Etimológicamente deriva de fides; indirectamente del griego: (peitheo), yo persuado" (38)

Pública quiere decir notaria, patente, manifiesta, que la ven o la saben todos.

Etimológicamente, quiere decir "del pueblo".

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

Es evidente que cuando usamos este concepto en el lenguaje jurídico realizamos un juicio lógico; afirmamos que esta fe o creencia es pública y no privada; tiene un contenido jurídico, no religioso, ni político, ni simplemente amistoso.

(37) CAMPILLO SAENZ, José. Dignidad del Abogado. 13a. edición. Porrúa. México. 1992. p. 139

(38) RIERA AIZA, Luis. Escritura Pública. 9a. edición. Pac. México. 1993. p. 203

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

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

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

"Es se dice, certificar los Notarios por escrito alguna cosa que ha pasado ante ellos".(39)

Con mayor rigor se habla de fe pública notarial, para referirse a esta aceptación del concepto; y entonces se acostumbra a definir como: la exactitud de lo que el Notario ve, oye o percibe por sus sentidos.

Estas definiciones se apoyan en un modo familiar de lenguaje, según el cual la fe pública es la fe del Notario y no otra.

No se dice, por ejemplo, que los funcionarios públicos, en general, son funcionarios de fe pública.

(39) PEREZ FERNANDEZ DEL CASTILLO, Bernardo. Ética notarial 3a. edición. Porrúa. México. 1993. p. 187

La fe notarial, se ha dicho, "es un atributo de la propia calidad de Notario que reviste el funcionario y éste, con sólo intervenir y autorizar un acto cualquiera con su firma, le impone autenticidad, que es lo que en el fondo implica, la fe notarial de que es depositario".(40)

Existen además, muchas definiciones que atribuyen fe pública a los Corredores, Cónsules, y en larga medida, a funcionarios u oficiales públicos.

Esta idea fue, por lo demás, dominante en el derecho clásico.

La escritura pública no es, históricamente, sino una emanación del instrumento público y, más específicamente, de la sentencia judicial.

La fe pública de la escritura pública no es, pues, aparentemente, una fe distinta en su esencia de la fe pública del instrumento público.

Dentro de nuestros textos legales, el instrumento público es un género, y la escritura pública es una especie dentro del género de los instrumentos públicos.

(40) *Ibidem.* p. 193

Nos hallamos entonces, frente al hecho de que la idea originaria relativa al Notario, en su condición de funcionario de fe pública, no tiene el sentido de un monopolio.

Existen otras personas que, sin título de Notario, se hallan legalmente en condiciones de dar fe o de expedir instrumentos a los que la ley coloca, en cuanto a fe se refiere, en el mismo rango que la escritura pública.

Admitido el primer alargamiento del concepto, se advierte todavía que entre los instrumentos públicos aparecen algunos cuya entidad, más que rigurosamente instrumental, vienen a adquirir un carácter simbólico.

Son instrumentos públicos de esta índole el papel moneda, los títulos y valores públicos.

En esos instrumentos públicos, existe escrito un texto que representa una voluntad jurídica inherente al Estado: "la obligación de pagar determinada suma al portador".

Pero la moneda metálica no tiene tal texto, el que debe suponerse implícito.

Sin embargo, esos objetos públicos están cargados de representaciones.

Ha venido a ocurrir, entonces, que por virtud de una nueva prolongación, ciertos objetos materiales han adquirido un significado de fe pública en el Código Penal.

La fe pública viene a ser, así como veremos más adelante un bien jurídico protegido por la ley.

Y todavía en ese campo, ciertos objetos, aun algunos incorporales, resultan protegidos por la ley: las marcas de fábrica, las pesas y medidas, etc.

Como se ve, ni siquiera el carácter originariamente privado de algunos de esos objetos, es un obstáculo a su protección por estar bajo el amparo de la fe pública.

"Los penalistas llegan, todavía a distinguir en esta materia entre los delitos que quebrantan la fe en el gobierno, adulteración de monedas, falsedad instrumental, etc. Y los delitos que quebrantan la fe en los ciudadanos aprovechamiento de las cosas dejadas en descubierto por necesidad relativa".(41)

El que adultera documentos, monedas, o sellos, hiere la fe pública en el sentido de que atenta contra ese estado de pacífica convicción que el pueblo tiene de que las monedas

(41) SALAS, Oscar. Derecho Notarial, 4a. edición. Tecnos. Panamá. 1989. p. 148

son sanas, los documentos son auténticos, los sellos son los del Estado.

Se equipara, entonces, la fe pública, a la salud pública y a la seguridad pública.

La fe pública, se dice desde este punto de vista es poder cada uno (el público) fiar de las pruebas.

Ya no se está en presencia de un acto del poder público, sino en presencia de un fenómeno espiritual, colectivo, inherentes al pueblo en su conjunto.

No se habla de dar fe sino de hacer fe.

No se trata de atestiguar, sino de creer, en el sentido de confiar en lo atestado.

"La fe pública no es, aquí, un fenómeno activo de autoridad que se impone de arriba a bajo, sino un fenómeno pasivo, receptivo, que se mueve de abajo hacia arriba, del pueblo hacia la autoridad.

Se acostumbra atribuir Filangieri, en las instancias de elaboración del Código Penal Italiano, la noción de la fe pública como común creencia a tutelarse por la ley".(42)

(42) SANAHUJA SOLER, José María. Tratado de Derecho Notarial 6a. edición. Uteha. Barcelona. 1988. p. 321

La noción de fe pública del derecho notarial tiene una primera extensión en el Código Civil, al establecerse la autoridad de los instrumentos, y una verdadera evasión en el Código Penal al diluirse el concepto entre la convicción popular.

Lo extraño no es que los penalistas tengan esta idea de la fe pública; lo particular es que también así la conciben los Notarios.

Acaso advirtiendo esta desconexión entre la fe como emanación de los actos públicos y la fe como creencia colectiva, se ha admitido que la fe pública es un estado de convicción impuesto por la autoridad.

Mediante la fe pública, se dice dentro de esta concepción, el Estado impone la certidumbre en forma coactiva.

El pueblo cree porque el Estado le manda creer.

Los penalistas del siglo pasado calificaban la fe pública como la fe sancionada por el Estado; una realidad positiva que nace de un hecho de una autoridad superior.

Se trataría en todo caso, no ya de una creencia surgida espontáneamente en el espíritu público, sino de un estado de ánimo creado por virtud de disposiciones de la autoridad.

La doctrina más reciente rechaza esta concepción.

Diremos que las numerosas concepciones que contemplan la fe pública como una garantía que da al Estado acerca de la fidelidad de los instrumentos y en cuyo nombre exige creencia, tratan de conciliar la necesidad de una creencia requerida al pueblo, con la realidad de que tal creencia, en términos generales no existe.

Se parte aquí de un dato cierto de la experiencia jurídica.

El de que el pueblo no cree, realmente, en la verdad de todos los instrumentos públicos; pero que se intenta atenuar esa ficción con una construcción emanada de los actos de la autoridad, que impone coactivamente esa creencia.

Para las acepciones primeramente expuestas, se debe hablar de la fe pública, como sinónimo de autoridad; para las segundas como sinónimo de creencia; pero para ésta última acepción, la fe pública equivale, simultáneamente, a creencia; y autoridad.

Después de haber expuesto los dos conceptos vertidos considero oportuno y necesario hacer una diferenciación de los mismos.

La primera de las ideas afines que deben confrontarse con la fe pública, es la inherente a la buena fe.

La fe pública, ¿es la buena fe o es un concepto diferente?.

La aceptación pública de los billetes de banco, de los títulos creditorios del Estado, de las monedas, de los documentos que llevan el sello oficial, no constituye un acto de fe pública sino de buena fe.

La buena fe es un estado psicológico colectivo, una cierta forma de salud espiritual que hace que los hombres crean en la realidad de las apariencias.

La buena fe nos induce a creer que el semejante que se acerca a nosotros no lo hace para matarnos, sino para conversar; que la carta que recibimos con la firma de nuestro amigo pertenece en realidad a nuestro amigo; que el agente de la autoridad que viste el uniforme es, efectivamente, un agente público y no un usurpador.

La buena fe es lo normal en la vida psicológica, como la salud es lo normal en la vida fisiológica.

Acostumbramos a considerar un enfermo, tanto aquél cuyo organismo le impone la constante preocupación del dolor, como a aquél a quien su cavilosidad excesiva, le impide creer en las apariencias, y busca por debajo de cada una de ellas la expresión de otra realidad (la duda de que cada semejante sea una asesino o que cada carta sea apócrifa o que cada agente sea un usurpador).

La doctrina del derecho civil ya ha admitido la buena fe como una forma de creencia en la vida social.

Pero la fe pública no es una creencia, sino una atención calificada.

El funcionario cuyos documentos hacen fe, aseveran lo que ante él ha ocurrido, lo representa en el documento y esa representación es tenida por cierta dentro de los límites que determina el derecho positivo.

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

Una antigua fórmula notarial inglesa, aún hoy utilizada en muchas partes decía: "Sepan todos cuantos este documento leyeren que el día... Ese es el exacto contenido de la fe pública".(43)

Una aseveración de esa índole no debe asimilarse tanto a la salud como el certificado médico.

Una persona idónea asevera (da fe) de un hecho que ha caído bajo sus sentidos, su atención se dirige hacia el futuro, hacia las partes, y hacia los terceros, para que ellos admitan, bajo la responsabilidad de quien certifica, la verdad de ese hecho.

Tal atención tiene la validez que el derecho positivo le atribuya; la idoneidad del funcionario le otorga su autoridad; las normas legales respectivas determinan la medida de su eficacia.

Esa estación constitúye además, en muchos casos una forma necesaria del acto jurídico.

Cuando la doctrina afirma que en un ambiente de buena fe no se ubica el fraude, como en las casas limpias no entran ciertas enfermedades, (CARNELUTTI)," pone en evidencia que lo que el Código Penal ha concedido como un

(43) *Ibidem.* p. 330

bien jurídico a tutelar, es la buena fe y no la fe pública".(44)

Fue este legislador Italiano quien concibió la fe pública como un bien jurídico a proteger por el Código Penal.

Anotada la diferencia entre fe pública y buena fe, señalaré ahora qué razones militan para advertir que fe pública no es sinónimo de verdad.

La Literatura que trata de mostrar la atención notarial como una refrendación de los hechos, como una forma de verdad irrefutable, es muy abundante.

Pero en el campo estrictamente técnico, ese énfasis debe ser limitado.

Comencemos por admitir que ningún texto legal, en ningún sistema jurídico, confiere a los instrumentos notariales (ni aun a los instrumentos públicos) una significación de esa verdad irrefutable.

Un documento es en sí mismo, una representación.

(44) NERI, Argentino. Tratado Teórico y Práctico del Derecho Notarial. 10a. edición. Harla, Argentina. 1989. p.278

Un hecho, vale decir, un simple acaecimiento de la vida, se produce en presencia del funcionario.

Si su deber se lo impide, él lo representa, es decir, lo reconstruye mediante un relato escrito destinado a reproducir ese hecho para quienes están ausentes de él por razón de tiempo o por razón de lugar.

Pero en todas representaciones, una vez diferenciados el hecho y el documento, el motivo y el relato que lo reproduce, penetran nuevos elementos que no constituyen rigurosamente verdad, sino voluntad.

La versión taquigráfica o la grabación mecánica de un discurso reproducen la actividad del orador al expresar lo que su oración encierra; pero no significa la verdad de sus conceptos.

El funcionario o el aparato registrador recogen la actividad, pero no la verdad de la actividad.

Admitida la verdad de todo cuanto un funcionario público ha escrito configuraría algo más que su autoridad, significaría su infalibilidad.

De la misma manera, cuando el agente policial levanta un acta del accidente de tránsito que ha podido percibir, se

limita a reproducir, con mucha rusticidad en los medios técnicos, algo que han podido apreciar sus sentidos.

Su acta no representa la verdad del hecho, sino la verdad de su percepción.

La ley admite como veremos más adelante, la validez de algunas circunstancias inherentes a esa representación.

Pero en ningún momento ha considerado sinónimo de verdad toda la aseveración del funcionario.

La fe pública recae en determinadas condiciones, sobre la aseveración de realidad, pero no recae, en modo alguno, sobre todo el contenido del documento.

La fe pública de la escritura no recae sobre la voluntad manifestada en ella, sino sobre la manifestación de la voluntad.

El dolo, la violencia o el error en la voluntad no se subsanan en la escritura pública, porque el Notario da fe de la manifestación de la voluntad, pero no de la voluntad misma.

Fe pública no es pues, sinónimo de verdad.

En el mejor de los casos, es sinónimo de verdad en la representación de determinados extremos (la manifestación de la voluntad, el hecho de haberse otorgado, la fecha).

Pero esa verdad sólo constituye representación de representaciones.

El Notario, al certificar, representa lo que le ha dicho el otorgante.

Pero lo que ha dicho el otorgante sólo es, a su vez, una representación de lo que el otorgante sabe o quiere.

Pero aún la verdad de la aseveración notarial queda sometida a las impugnaciones de falsedad o de simulación.

Esto significa en último término, que la verdad de la fe pública sólo recae sobre ciertos elementos del instrumento notarial; y que aún sobre esos elementos sobre los cuales recae, se halla subordinada a lo que en definitiva se decida, si se produjera su impugnación. Ejem. Nuestro Código de Procedimientos Civiles en el artículo 329, establece:

"Para que hagan fe en el Distrito Federal los documentos públicos procedentes del extranjero, deberán llenar los requisitos que fija el Código Federal de

Procedimientos Civiles en sus artículos 56, 108, 330 y 606-VIII.

Ahora bien, para determinar si la fe pública y la plena fe son conceptos similares es conveniente que analicemos lo siguiente:

Si fe pública y buena fe se equivalen, nos hallamos en presencia de una repetición innecesaria.

Todos los documentos que hacen plena fe, son documentos de fe pública.

De plena fe podemos hablar como una medida de eficacia probatoria: la eficacia probatoria plena.

Lo que está probado mediante instrumento que merzca plena fe, no necesita otra prueba.

Más allá de la plena fe, no hay nada en materia de eficacia probatoria.

De fe pública, en cambio, hablamos para referirnos a la autoridad del documento.

La fe pública del documento deriva de su autor, el Notario; y esa autoridad constituye una calidad especial que es independiente de su eficacia probatoria.

Un instrumento notarial, como la escritura pública, puede tener una significación mayor que un instrumento público, tal como ocurre en los casos en que la ley requiere la escritura "ad solemnitatem".

Otro instrumento notarial, dotado de fe pública en razón de su autor, puede tener eficacia inferior a la del instrumento público, (tal como ocurre por ejemplo en la certificación notarial de las firmas en un documento privado; como lo establece el artículo 2317 de nuestro Código Civil.

Eficacia y autoridad son pues, dos significados diferentes del instrumento.

Queda pues, como consecuencia de esta serie de reflexiones, una conclusión que podemos considerar suficientemente firme; plena fe y fe pública, no son sinónimos.

La plena fe es, una medida de eficacia probatoria; la máxima medida de eficacia probatoria.

La fe pública es, una calidad (autoridad) del documento derivada del hecho de la participación del Notario.

Determinadas las relaciones con la buena fe, con la verdad y con la plena fe, es necesario, todavía, fijar con cierta precisión las relaciones de la fe pública con la función notarial.

El problema se plantea en los siguientes términos:

Que los funcionarios públicos expidan documentos que, dentro de ciertos límites, hacen plena fe, es algo fácilmente concebible dentro de los fines propios de la autoridad.

Pero que los Notarios tengan esa misma virtud sin ser funcionarios públicos, es algo que requiere una explicación particular lo más breve posible dentro del campo histórico.

La autenticidad, o sea la misión de dar autor cierto a los documentos, fue clásicamente misión de la autoridad pública.

Pero determinados actos privados de especial significación ya sea inherentes a las personas, o los bienes, reclamaban una especial solemnidad.

Se pensó entonces, que sólo la autoridad podía darla.

"En las etapas finales del Derecho Romano, comienzan a simularse actos de autoridad para revestir de formas solemnes a los actos privados; así, por ejemplo, la *in iure cessio*, la *emancipatio*, la *manumissio*, por su significación en la vida civil, reclamaban algo más que un escritura privada".(45)

Se acudió entonces, a una simulación.

El acto jurídico se disfrazó de proceso, y bajo la apariencia de un litigio, se sometió a la decisión judicial.

El magistrado dirimía el supuesto conflicto y autorizaba el acto jurídico.

Su sentencia tenía el sello de la autoridad, y era, por antonomasia, un instrumento público.

Desde los primeros tiempos, se acostumbró a asociar al magistrado un Notario o tabelión, que vino a dar al proceso un signo de mayor autenticidad.

(45) EMERITO GONZALEZ, Carlos. Derecho Notarial. 11a. edición. La Ley Argentina. 1988. p. 235

Pero en un breve estadio histórico posterior, es el magistrado el que desaparece y queda sólo el tabelión o Notario, el que refrenda el acto jurídico.

Nace así, la jurisdicción voluntaria, que es una verdadera función administrativa desenvuelta dentro del ámbito jurisdiccional.

Más tarde la jurisdicción voluntaria se desprende de la jurisdicción oficial y pasa directamente a los Notarios.

El acto notarial, es históricamente, un sucedáneo de la autoridad.

Cuando en la Edad Media y en el Renacimiento los Notarios autorizan sus escrituras, lo hacen junto o al lado de la autoridad.

El Notario, frente a reyes, señores y jueces que no saben escribir, es el órgano autenticante en quien se ha delegado una parte muy significativa de la autoridad.

En qué medida el notario de nuestro tiempo conserva ese atributo de autoridad, es un punto susceptible de las más diversas interpretaciones.

Frente a los textos legales que dan a los notarios el carácter de funcionarios públicos, se alzan otros que le niegan ese carácter:

Y frente a las opiniones que les atribuyen el carácter de tales, se alzan los que se las niegan aún en aquellos países en los cuales la ley atribuye al Notario el carácter de funcionario público.

El problema de la condición del Notario Público, no es un problema de definición legal.

Podrá el legislador, en sus definiciones, denominarlo así; pero bien sabemos que no es misión del legislador dar definiciones sino instituir normas, es decir, proposiciones hipotéticas de una conducta futura.

El Notario Público será funcionario público, si la ley le asigna, en el conjunto de las interrelaciones humanas, la condición jurídica que corresponde a los demás funcionarios públicos; su estatuto jurídico.

No será funcionario público, aunque la ley lo denomine así, si en el cúmulo de sus derechos y deberes no tiene la condición de tal.

La función notarial es, una función pública a cargo de un particular.

No debe extrañar la existencia de una función pública a cargo de un particular, porque el orden jurídico está poblado de situaciones de esta índole.

Función pública desempeñan el testigo, el perito, el síndico, el depositario, el interventor, el ciudadano que constituye la mesa receptora de votos el día de los comicios, etc.

Y sin embargo, la ley no les otorga la condición de funcionarios públicos.

Resumiendo cuanto ha sido expuesto en este capítulo, pueden asentarse algunas ideas que han de servir de base para las conclusiones ulteriores.

- a) La fe pública no es un estado de creencia colectiva.
- b) La buena fe y la fe pública no deben ser confundidas. La buena fe es una creencia; la fe pública es la calidad, autoridad de una atestación.
- c) El contenido de la fe pública no es, necesariamente un contenido de verdad.

En diversas circunstancias, el derecho limita la eficacia de esa atestación o aún la llega a anular.

La ley otorga eficacia de plena fe a los actos oficiales regularmente expedidos; pero esa plena fe no es la fe pública.

La plena fe es una medida de eficacia y no una calidad del documento.

Dicha calidad es constante en todos los documentos emanados de un Notario que actúa en el ejercicio de su función; pero su eficacia es variable, ya que esa calidad es independiente de la significación probatoria del instrumento.

En ciertos casos, la fe pública y sus formas propias se hallan adscritas a la esencia del acto jurídico y constituyen una solemnidad necesaria para su validez; en otros casos, esa significación no existe y la fe pública no agrega ninguna eficacia al contenido propio del instrumento.

4.2 Funciones del Notario

El artículo 12 de la ley califica la función del notariado como actividad de orden público y determina que estará a cargo del notario.

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 Derechos, mediante la expedición de las patentes respectivas.

El notario actúa por delegación del Estado.

Históricamente la facultad de nombrar a los notarios ha correspondido al titular del Poder Ejecutivo; hoy Presidente de la República y Gobernadores de los Estados; en otros tiempos al Rey.

Así se reconoce en un texto español del siglo pasado:

"La facultad de investir de la fe pública a persona, debe residir únicamente en el Monarca. Según la expresión de cada uno de los ministros de Gracia y Justicia que entendieron del proyecto de la ley, la facultad de doblar el criterio o de hacer que lo dicho por uno solo valga por lo que dicen dos, es un acto de soberanía que no puede ejercer nadie más que el Rey. En este fundamento se apoya la disposición del presente artículo que es la misma de la ley 3^a, tit. 19, p. 3^a, la cual prescribía que: Poner escribanos (Notarios) es cosa que pertenesce a Emperador o a Rey. E esto es, porque es tanto como uno de los ramos del Señorío

del Reino. Ca en ellos es puesta la guarda, e lealtad de las cartas que se fazen... E porende, lugar de tan gran guarda, e de tan gran lealtad como éste, non es guisado, uqe ningún ome aya poderío para otorgarlo, sin non fuere Emperador, Rey, etc.". (48)

No obstante que al Ejecutivo le corresponde expedir las patentes de notario, ésta sólo puede recaer en la persona que haya satisfecho los requisitos legales; en el Distrito Federal, haber triunfado en el examen de oposición.

Función de Prestación de un Servicio Público

El notario presta un servicio público (Artículo 49); satisface las necesidades de interés social: autenticidad, certeza y seguridad jurídica.

La ley denomina servicio público notarial cuando el notario interviene en la regularización de la tenencia de la tierra y en la escrituración masiva llevada a cabo por el Departamento del Distrito Federal.

Artículo 89 - (Párrafo primero):

(48) VAZQUEZ PEREZ, Francisco y MONROY ESTRADA, Mario. Antecedentes, Evolución Histórica, Estado actual y Tendencia del Notariado en cada entidad de la Federación. 4a. edición. Fondo de Cultura Económica. México. 1991. p. 319

Las autoridades del Distrito Federal podrán requerir, a los notarios de la propia entidad, y éstos estarán obligados a la prestación de los servicios públicos notariales, cuando se trate de atender asuntos de interés social. A este efecto, las citadas autoridades fijarán las condiciones a las que deberá sujetarse la prestación de dichos servicios.

Como dije con anterioridad, una de las finalidades propias del Estado, es proporcionar seguridad jurídica, la que se realiza por medio del servicio público notarial. De ahí la obligación del notario para actuar y prestar sus servicios cuando sea requerido.

Función en Materia Política

El notario, en su carácter de fedatario, colabora con las organizaciones políticas y en los procesos electorales. La ley del Notariado le impone esta obligación:

Artículo 8º - (Segundo párrafo):

Asimismo, los notarios estarán obligados a prestar sus servicios en los casos y términos que establezcan las Leyes electorales.

Los partidos políticos son entidades dotadas de personalidad jurídica en los términos del artículo 28, fracción VI del Código Civil para el Distrito Federal.

Por su lado el Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales, regula la actividad del notario en la constitución de partidos políticos.

Artículo 28:

I. Para constituir un partido político nacional, la organización interesada notificará ese propósito al Instituto Federal Electoral y realizará los siguientes actos previos tendientes a demostrar que se cumple con los requisitos señalados en el artículo 24 de este Código:

a) Celebrar en cada una de las entidades federativas o de los distritos electorales a que se refiere el inciso b) del artículo 24, una asamblea en presencia de un juez municipal, de primera instancia o de distrito, notario público o funcionario acreditado para tal efecto por el propio instituto, quien certificará:

I. El número de afiliados que concurrieron a la asamblea estatal o distrital; que conocieron y aprobaron la declaración de principios, el programa de acción y los estatutos; y que suscribieron el documento de manifestación formal de afiliación, y

II. Que con las personas mencionadas en la fracción anterior, quedaron formadas las listas de afiliados, con el nombre, los apellidos, su residencia y la clave de la Credencial para Votar, y

b) Celebrar una asamblea nacional constitutiva ante la presencia del funcionario designado por el Instituto, quien certificará:

I. Que asistieron los delegados propietarios o suplentes, elegidos en las asambleas estatales o distritales.

II. Que acreditaron por medio de las actas correspondientes, que las asambleas se celebraron de conformidad con lo prescrito en el inciso a) de este artículo;

III. Que se comprobó la identidad y residencia de los delegados a la asamblea nacional, por medio de su Credencial para Votar u otro documento fehaciente.

IV. Que fueron aprobados su declaración de principios, programa de acción y estatutos; y

V. Que se formaron listas de afiliados con los demás militantes con que cuenta la organización en el país, con el objeto de satisfacer el requisito del mínimo de 65,000 afiliados exigido por este Código. Estas listas contendrán los datos requeridos en la fracción II del inciso anterior.

2. El costo de las certificaciones requeridas en este artículo, será con cargo al presupuesto del Instituto Federal Electoral. Los funcionarios autorizados para expedirlas están obligados a realizar las actuaciones correspondientes.

3. En todo caso la organización interesada tendrá un plazo improrrogable de un año para concluir el procedimiento de constitución y presentar la solicitud de registro a que se refiere el artículo siguiente. De lo contrario dejará de tener efecto la notificación formulada.

La función notarial es una garantía en los procesos electorales y en tal virtud el día de la Jornada Electoral, el notario debe tener abiertas sus oficinas y permanecer en ellas para que en caso de que se le requiera, de fe de hechos o certifique documentos relacionados con la elección.

Artículo 241.

1. Los notarios públicos en ejercicio mantendrán abiertas sus oficinas el día de la elección y deberán

atender las solicitudes que les hagan los funcionarios de casilla, los ciudadanos y los representantes de partidos políticos, para dar fe de hechos o certificar documentos concernientes a la elección.

2. Para estos efectos, los colegios de notarios de las entidades federativas publicarán, cinco días antes del día de la elección, los nombres de sus miembros y los domicilios de sus oficinas.

Del mismo modo este ordenamiento determina que el notario tiene derecho de acceso a la casilla para "dar fe de cualquier acto relacionado con la integración de la mesa directiva, la instalación de la casilla y, en general, con el desarrollo de la votación siempre y cuando se hallan identificado ante el presidente de la mesa directiva y precisada la índole de la diligencia a realizar, misma que en ningún caso podrá oponerse al secreto de la votación" (Artículo 219). Y en caso de no instalarse la casilla será necesaria "La presencia de un juez o notario público, quien tiene la obligación de acudir y dar fe de los hechos" (artículo 213, inciso 2a).

Al notario que no cumpla con las obligaciones políticas a que se refieren los artículos transcritos anteriormente, se le aplicará la sanción establecida en la fracción I del

artículo 126 de la Ley del Notariado y 339 del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales.

En consecuencia con todo lo anterior se puede afirmar que el Notario es un funcionario público porque por delegación del Estado encomienda al Notario el poder de Dar Fe; es profesional del Derecho porque tiene el deber de ilustrar a las partes acerca del valor legal de los actos y hechos, sino fuera así, degradaría su función.

4.3 El Notario como Recaudador de Impuestos

Para tener una idea clara de lo que pretendo proponer, considero oportuno hacer una breve introducción de las personas o elementos que se dan en una relación tributaria

El primer elemento que interviene en una relación tributaria es el sujeto. El sujeto es de dos clases, o mejor dicho, en toda relación tributaria intervienen dos sujetos: un sujeto activo y un sujeto pasivo.

"Dentro de la organización del Estado Mexicano, los sujetos activos son: la Federación, las Entidades locales (Estados y Distrito Federal) y los Municipios. Son sujetos activos de la relación tributaria, porque tienen el derecho de exigir el pago del tributo, pero este derecho no tiene en todos ellos la misma amplitud; la Federación y las Entidades

locales, salvo algunas limitaciones constitucionales que analizaremos en su oportunidad, pueden establecer los impuestos que consideren necesarios para cubrir sus presupuestos; en cambio, el Municipio no puede fijar por sí los impuestos municipales, sino que son fijados por las legislaturas de los Estados y el Municipio sólo tiene la facultad de recaudarlos"(49) La fracción II del artículo 115, de la Constitución Federal dice: "Los municipios administrarán libremente su hacienda, la cual se formará de las contribuciones que señalen las legislaturas de los Estados y que en todo caso, serán las suficientes para atender a las necesidades municipales". Con fundamento en esta disposición constitucional la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido jurisprudencia en los siguientes términos: "Los impuestos municipales decretados por los Ayuntamientos y no por las legislaturas no tienen el carácter de leyes, y hacerlos efectivos importa una violación constitucional".(50) La fracción IV del artículo 115 de la Constitución, reformado por Decreto de 2 de febrero de 1983, publicado en el Diario Oficial del 3 del mismo mes, dice lo siguiente: "Los municipios administrarán libremente su hacienda, la cual se formará de los rendimientos de los bienes que les pertenezcan, así como de

-
- (49) FLORES ZAVALA, Ernesto. Elementos de finanzas públicas mexicanas. 13a. edición. Porrúa. México. 1993. p.82
- (50) Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. T. LXXVI. Vol. II. México. 1990. p. 801

las contribuciones y otros ingresos que las legislaturas establezcan a su favor".

El principio es el mismo del texto anterior, por lo que teniendo en cuenta la diferencia explicada podemos decir que la Federación y las entidades locales tienen soberanía plena. Los municipios tienen soberanía tributaria subordinada.

Asimismo, podemos decir que el notario hace las veces de recaudador de impuestos, cuando éste retiene los mismos por los actos que realiza, es decir, al hacer una escriturización, cambio de propietario, otorgar un poder, o por cualquier acto de fe pública, que éste realiza aquí el sujeto pasivo es el cliente que solicite de sus servicios. El Código Fiscal lo define de la siguiente manera.

Sujeto pasivo es la persona que legalmente tiene la obligación de pagar el impuesto. El artículo 209 del Código Fiscal de la Federación, de 30 de diciembre de 1938, dice: "Sujeto o deudor de un crédito fiscal es la persona física o moral que, de acuerdo con las leyes, está obligada de una manera directa al pago de una prestación determinada al Fisco Federal". El artículo 13 del Código Fiscal de 30 de diciembre de 1966 dice: "Sujeto pasivo de un crédito fiscal es la persona física o moral, mexicana o extranjera, que ,

de acuerdo con las leyes, está obligada al pago de una prestación determinada al Fisco Federal".

En este artículo se agrega "mexicana o extranjera" y se suprime "de una manera directa", en relación con el artículo 20 del Código anterior. La adición se deriva de que se suprimió la enumeración de quienes podían ser sujetos pasivos, que contenía el Código anterior. La supresión del término "de una manera directa" se hizo seguramente para evitar las confusiones a que podría dar lugar. Una persona está obligada al pago de una prestación al Fisco Federal cuando el Fisco está en la posibilidad de exigirle el pago de la prestación debida. De acuerdo con esta definición es sujeto pasivo del impuesto el individuo cuya situación coincide con la que la ley señala como hecho generador del crédito fiscal, es decir, el individuo que realiza el acto o produce o es dueño del objeto que la ley toma en consideración al establecer el gravamen, etc., pero también el individuo a quien la ley le impone la obligación de pago en sustitución o conjuntamente con aquél. Así lo reconoció la Tercera Sala del Tribunal Fiscal.

Ahora bien, al decir que el Notario es un recaudador de impuestos, fundamento mi dicho, de acuerdo a lo ya expresado y de la lectura que se desprende de la Ley del Notariado para el Distrito Federal en su artículo 153, y en el Arancel de Notarios para esta misma entidad, en sus artículos 1, 3, 4 y 5. Mismos que a continuación transcribo.

Artículo 153.- De conformidad con lo establecido en el artículo 7o. de esta ley, el notario en ejercicio de sus funciones cobrará a las partes que concurran a solicitar un servicio notarial, los honorarios correspondientes y obtendrá los gastos que señale el arancel que al efecto expida el Presidente de la República, de conformidad con las siguientes bases:

I. El importe de las cuotas previstas en dicho arancel deberá incluir los gastos relacionados con la prestación del servicio profesional que el notario deba proporcionar a sus clientes, por lo tanto, no podrá cobrar por la prestación de sus servicios cantidad alguna en exceso de lo que establezca el propio arancel, a excepción de las atribuciones que se generan por los actos jurídicos respectivos, el costo de publicaciones y avalúos y cualquier otro gasto derivado de servicios prestados por terceros ajenos a la función notarial y debidamente justificados por comprobantes que reúnan los requisitos fiscales.

II. Los honorarios autorizados deberán prever una cuota fija que se calculará con base al salario mínimo general para el Distrito Federal, más un porcentaje sobre la cuantía de la operación correspondiente, que se establecerá en proporción decreciente al incremento de la cuantía o del valor del bien de que se trata;

III. Para fijar el monto de la cuota correspondiente a los gastos, el titular del Poder Ejecutivo Federal con base en las estadísticas y estudios a que se refiere el artículo 9o. de esta ley, tomará en cuenta las erogaciones ordinarias que se realicen para el funcionamiento interno de las notarias.

IV. Para fijar el monto de los honorarios que correspondan por la retribución del servicio profesional propiamente dicho, el titular del Poder Ejecutivo Federal tomará en cuenta la importancia y dificultad de cada actuación, las tasas o cuotas establecidas en otras leyes para la prestación de servicios en lo que se asemejan a la función notarial, tales como los servicios notariales que prestan los consulados mexicanos en el extranjero y los servicios del Archivo General de Notarías, cuidando siempre que la retribución sea adecuada a la calidad profesional y especialización que requiere el servicio notarial, considerando además, que conforme a la ley de la materia, la actividad notarial limita el ejercicio de otras actividades remunerables;

V. En todo caso el arancel deberá prever que los honorarios y gastos deberán reducirse de un 30 a 50% tratándose de escrituras relativas a vivienda de interés social o programas de fomento de la vivienda o regularización de la propiedad inmueble en que intervengan

el Departamento del Distrito Federal o entidades de la administración pública federal; estableciéndose como límite máximo, incluyendo cuota fija y porcentaje sobre cuantía, el importe de 35 días de salarios mínimo general del Distrito Federal, por cada operación en que el valor de los inmuebles no exceda del equivalente a tres mil días de salario mínimo;

VI. Asimismo se establecerá que el consejo del Colegio de Notarios del Distrito Federal, podrá celebrar convenios con las dependencias y entidades de la administración pública federal, relacionadas con la escrituración de vivienda, a fin de determinar cuotas de honorarios y gastos inferiores a los previstos en el propio arancel, en aquellos casos en que el interés colectivo lo justifique, y

VII. El Departamento del Distrito Federal, vigilará la exacta observancia de estas disposiciones así como de las contenidas en el arancel correspondiente, e impondrá en su caso las sanciones que correspondan.

El arancel de Notarios para el Distrito Federal en sus artículos en comento, establecen lo siguiente.

Artículo 19.- De conformidad con lo establecido en el artículo 153 de la Ley del Notariado para el Distrito Federal, este arancel tiene por objeto determinar los

honorarios y gastos que podrán cobrar los notarios por los servicios profesionales que presten al ejercer su función.

Artículo 39.- Los notarios tendrán derecho a cobrar por los servicios que presten, como máximo, los honorarios que establece este arancel, que incluyen entre otros conceptos análisis de documentos, elaboración de proyectos, asiento en protocolo, cotejo, recepción de firmas en las notarías y la expedición del primer testimonio.

Artículo 40. Los honorarios previstos en este arancel comprenden los gastos que se generen con motivo de la organización y funcionamiento de la prestación del servicio profesional que el notario deba proporcionar a sus clientes.

No se podrá cobrar cantidad alguna adicional sobre lo establecido en este arancel, con excepción de lo correspondiente a impuestos o derechos, locales o federales, que graven los actos jurídicos; al costo de documentos, constancias o certificados que se requieran; y a las publicaciones, avalúos o erogaciones efectuadas por el notario a cuenta del solicitante y que sean indispensable para el otorgamiento del instrumento.

En todo caso los notarios deberán justificar en la liquidación de sus honorarios, los gastos a que se refiere

el párrafo anterior, con comprobante que reúnan los requisitos de las leyes respectivas

Artículo 59.- Los notarios fijarán en lugar visible al público una copia legible de este arancel, a la que deberá agregarse la siguiente leyenda: "Cualquier queja relacionada con la aplicación de este arancel, será atendida en la Coordinación General Jurídica del Departamento del Distrito Federal, con domicilio en... y teléfono..."

Los notarios tendrán la obligación de fijar a la vista del público una tabla que contenga los honorarios que establece este arancel con la equivalencia en moneda nacional que el solicitante deba pagar de acuerdo con los rangos determinados. Cuando se trate de unidades por millar, en la tabla deberá contemplarse cuando menos las equivalencias de los límites mínimo y máximo de cada rango. Dicha tabla de equivalencias deberá ser actualizada cada vez que se modifique el salario mínimo general vigente en el Distrito Federal y fijada en la forma prevista en este artículo en un término que no exceda de ocho días hábiles siguientes a la entrada en vigor del nuevo salario mínimo.

El Colegio de Notarios proporcionará la tabla de equivalencias a que se refiere el párrafo anterior, copia de la cual deberá ser enviada al Departamento.

4.4 Análisis del artículo 10 de la Ley del Notariado

La Ley del Notariado para el Distrito Federal define al notario en los siguientes términos:

Artículo 10.- Notario es un Licenciado en Derecho investido de fe pública, facultado para autenticar y dar forma en los términos de ley a los instrumentos en que se consignen los actos y hechos jurídicos. El notario fungirá como asesor de los comparecientes y expedirá los testimonios, copias o certificaciones a los interesados conforme lo establezcan las leyes. La formulación de los instrumentos se hará a petición de partes.

"A excepción del Distrito Federal y del Estado de Morelos, los demás Estados de la República, en sus Leyes del Notariado, definen al notario como funcionario público, categoría que será motivo de estudio de este capítulo".(51)

"Por su lado la Unión Internacional del Notariado Latino, en su primer Congreso Internacional, celebrado en Buenos Aires en octubre de 1948, definía al notario y su actividad así: El notario latino es el profesional del derecho encargado de una función pública consistente en recibir, interpretar y dar forma legal a la voluntad de las partes, redactando los instrumentos adecuados a ese fin y

(51) PEREZ FERNANDEZ DEL CASTILLO, Bernardo. Op. Cit. p.

confiriéndoles autenticidad, conservar los originales de éstos y expedir copias que den fe de su contenido". (52)

Actividad del Notario.— La actividad del notario consiste en escuchar, interpretar y aconsejar a las partes; preparar, redactar, certificar, autorizar y reproducir el instrumento, la cual se desarrolla de la siguiente forma:

Escuchar

Cuando alguna persona desea celebrar algún contrato o se encuentra envuelta en un problema jurídico, acude al notario, y en una primera audiencia, le plantea sus conflictos, los cuales son escuchados con atención. El notario trata de conocer todas las circunstancias que le puedan dar oportunidad de entender la inquietud de las partes y sus alcances. Posiblemente en el bosquejo de las situaciones de hecho presentadas ante su consideración, existan matices que es preciso aclarar, de los que pudieran resultar consecuencias que los clientes no se había imaginado.

Interpretar

El notario después de escuchar a sus clientes, se sensibiliza y busca los motivos y causas que han tenido para

llevar a cabo una operación, interpretando su voluntad y pretendiendo descubrir sus deseos y el modo de satisfacerlos dentro del ámbito jurídico.

Aconsejar

Una vez que los problemas han sido establecidos por las partes y asimilados por el notario, éste dentro de su repertorio jurídico, se encuentra en actitud de dar un consejo eficaz. Es muy frecuente que un planteamiento jurídico tenga diferentes soluciones, las cuales pueden encontrarse en los negocios jurídicos típicos o buscando una solución atípica particular, podríamos decir, un "traje a la medida". La capacidad, preparación jurídica, conocimientos y experiencia del notario, son fundamentales para dar una solución y aconsejar lo más adecuado ante los hechos presentados por sus clientes.

Preparar

Para la preparación y redacción de una escritura pública, se necesitan cumplimentar requisitos previos a la firma, por ejemplo, en las traslativas de dominio de un bien inmueble, debe obtenerse: del Registro Público de la Propiedad, el certificado de libertad de gravámenes; contar con el título de propiedad; acta de matrimonio del enajenante a fin de examinar el régimen bajo el cual

contrajo nupcias; el avalúo bancario que sirva de base para la cuantificación de los impuestos; en caso de extranjeros, el permiso de la Secretaría de Relaciones Exteriores para adquirir el inmueble, etcétera. Satisfechos los requisitos se está en posibilidad de redactar el instrumento.

Redactar

"Para la redacción es necesario expresarse con propiedad, claridad y concisión. Además el notario debe utilizar lenguaje jurídico".(53)

Las partes han expresado su deseo. El notario califica y determina el tipo de acto jurídico de que se trata y procede a la redacción de las cláusulas en las que vuelca su creatividad de profesional del derecho, demostrando su calidad de jurisperito. Desarrolla su labor de perito en derecho reconocida por la ley, así como su práctica en la redacción adquirida a través de la experiencia. Gracias a su estudio, conoce cuáles son las disposiciones que integran el orden jurídico, sabe adecuarlas y ordenarlas para formar el instrumento necesario a las partes. La redacción de las cláusulas requiere de sabiduría legal y responsabilidad profesional para evitar que en el acontrato se declare como verdadero aquello que no es cierto, de suerte que prevalezca el orden jurídico y la buena fe.

(53) Idem. p. 149

Si la redacción del clausulado es jurídicamente correcta y se usa propiedad y sencillez en el lenguaje, no habrá conflicto entre las partes.

Certificar

"En la certificación el notario da fe adecuando la función notarial al caso particular. Es la parte donde manifiesta el contenido de su fe pública que es: fe de existencia de los documentos relacionados en la escritura; fe de conocimiento; fe de lectura y explicación del instrumento; fe de capacidad de los otorgantes y finalmente, fe de otorgamiento de la voluntad".(54)

Ciertamente un abogado examina los antecedentes físicos y jurídicos de un documento, redacta las cláusulas, selecciona las disposiciones jurídicas aplicables y expresa en lenguaje jurídico la voluntad de las partes, pero no puede certificar. Esta facultad corresponde a los fedatarios, en este caso, al notario.

El notario por su calidad de fedatario al certificar formula un juicio de certeza que se impondrá a los demás.

Autorizar

(54) Idem. p. 151

"La autorización de la escritura es el acto de autoridad del notario que convierte al documento en auténtico, quien ejerce sus facultades como fedatario público, da eficacia jurídica al acto de que se trate, permite, en caso de un hecho, que las circunstancias asentadas produzcan los efectos de prueba plena".(55)

La autorización como lo ha expresado la doctrina española, es el acto del autor y creador de la escritura o del acta notarial.

Reproducir

El notario satisface plenamente a los ideales de seguridad jurídica, no sólo por la actividad examinadora que integra su función, sino también porque responde a los principios de conservación y reproducción del documento.

En los documentos privados no hay la posibilidad de reproducción, pues a diferencia del notarial, no existe una matriz que lo conserve en forma permanente.

El protocolo pertenece al Estado y es conservado por el notario durante cinco años a cuyo término, se deposita en el Archivo General de Notarías en donde permanece definitivamente, de tal suerte que en la Ciudad de

México, pueden consultarse documentos notariales elaborados desde 1527.

"Accesorio a estas actividades netamente notariales, las leyes tributarias le imponen al notario obligaciones fiscales. Además, si un documento es inscribible en el Registro Público de la Propiedad, el notario normalmente se encarga de su inscripción. En México, el notario sin ser un empleado del fisco y sin recibir remuneración alguna, es un eficaz colaborador en la aplicación de las leyes fiscales tales como la del Impuesto al Valor Agregado, sobre la Renta, y Adquisición de Bienes Inmuebles, especialmente cuando hace constar en un instrumento público la adquisición de un bien inmueble. Su actuación tiene triple carácter: verificar, liquidar y enterar impuestos".(56)

El notario tiene la obligación de inscribir el testimonio de la escritura si se ha recibido las expensas necesarias para tal efecto. En el Registro Público de la Propiedad la inscripción de derecho reales sobre bienes inmuebles o cualquier derecho real o posesión sobre los mismos, no tiene el carácter de sustantivo ni de constitutivo, sino sólo de declarativo, pues el acto jurídico o el contrato se perfeccionan fuera del Registro Público con el sólo consentimiento otorgado en la forma establecida por la ley.

En todas estas etapas de la actividad del notario, o sea, escuchar, interpretar y aconsejar a las partes; preparar, redactar, certificar, autorizar y reproducir el instrumento, debe caracterizarlo su imparcialidad, espíritu conciliador, discreción en los secretos recibidos, equidad en el cobro de los honorarios, preparación técnica y jurídica; desempeño personal; y cumplimiento de las demás normas éticas y jurídicas. De no actuar conforme a estos deberes puede incurrir en responsabilidad civil, penal o disciplinaria.

4.5 Semejanzas y diferencias entre el Fedatario público y el Recaudador de impuestos.

Para señalar las semejanzas y diferencias entre éstas dos figuras jurídicas, es oportuno antes establecer las características y atribuciones de cada uno, y así tenemos que la Ley del Notariado determina expresamente que el notario debe actuar personalmente. Por ser un cargo personalísimo no se reconoce como posibilidad que otra persona actúe en su nombre o representación.

Es causa de revocación de la patente y de suspensión definitiva del cargo, cuando el notario no actúa

personalmente (Artículos 125, fracción IV, inciso c y 133, fracción IV)

Además de dar fe, el notario es un asesor de los otorgantes y de los comparecientes (Artículo 43).

El notario está facultado para expedir testimonios, copias o certificaciones a los interesados conforme lo establezcan las leyes (Artículo 43).

En diferentes ordenamientos están dispersas varias atribuciones y facultades del notario. La Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito determina que para reembolsar obligaciones por amortización, se hará en sorteos ante notario, con intervención del representante común y del o de los administradores de la sociedad autorizados al efecto. (Artículo 222).

El Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal permite que en las diligencias de jurisdicción voluntaria, en las testamentarias e intestadas, el promovente o los litigantes, en el primer caso, y en segundo, también el albacea, designen un notario para desempeñar las funciones que según la misma ley corresponden al secretario (Artículo 68). Cuando desempeña las funciones señaladas en el Código de Procedimientos Civiles el notario está obligado a cumplir con todas las disposiciones que la

ley prescribe para dichos funcionarios (los secretarios) únicamente en relación con el negocio en que intervenga y sujeto a las sanciones establecidas en el capítulo de responsabilidades, por las faltas o delitos oficiales en que incurra en el desempeño de su cargo" (Artículo 161, Ley Orgánica de los Tribunales de Justicia del Fuero Común del Distrito Federal). Las testamentarias o intestados también pueden tramitarse ante notario público, cuando los herederos sean mayores de edad y no haya controversia alguna, pues cuando hubiera "oposición de algún aspirante a la herencia o de cualquier acreedor, el notario suspenderá su intervención" (Artículos 782 y 872 al 876 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal).

Obligaciones

Obligación de prestar sus servicios. El notario tiene obligación de prestar sus servicios cuando se trate de satisfacer demandas inaplazables de interés social (Artículo 82), así como en los casos y términos establecidos por el Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales.

Obligación de dar aviso. Cuando el notario inicia sus funciones tiene que dar aviso a la Dirección General Jurídica y de Estudios Legislativos, al Registro Público de

la Propiedad y del Comercio y al Colegio de Notarios (Artículo 28, fracción V).

Obligación de guardar reserva.- El notario está obligado a guardar reserva de los actos otorgados o de los hechos que consten ante su fe. Sin embargo, puede dar informes cuando se lo soliciten las leyes o bien si se trata de actos inscribibles en el Registro Público de la Propiedad. Fuera de lo anterior, le está prohibido dar información de los actos y hechos que consten en su protocolo más que a las personas jurídicamente interesadas. En caso de infringir esta obligación se incurre en el delito de revelación de secretos y en las sanciones establecidas en los artículos 210 y 211 del Código Penal.

"Los investigadores de crédito en ocasiones se presentan a las notarías para pedir información. En este caso se les debe enviar al Registro Público de la Propiedad".(57)

La obligación de reserva del notario tiene su correlato, que es el derecho del otorgante de exigir el secreto profesional.

De tal manera protege la ley el respeto a la obligación de reserva, que cuando un inspector de notarías realiza una

(57) Ibidem. p. 160

inspección general no puede examinar el contenido de las escrituras. Sólo pueden hacerlo cuando se trata de una visita especial sobre una escritura o un acta.

Asimismo, en el Archivo General de Notarías se garantiza este derecho, pues sólo es público respecto de documentos con más de setenta años de antigüedad.

Obligación de orientar y explicar.- El notario debe orientar y explicar a las partes el contenido y las consecuencias legales del acto que ante él se otorgue.

Artículo 33.- En el ejercicio de su función, el notario orientará y explicará a los otorgantes y comparecientes el valor y las consecuencias legales de los actos que él vaya a autorizar.

Esta obligación de explicar es una de las certificaciones que otorga el notario. (Artículo 62, fracción XIII).

Obligación de dar aviso al Archivo de Notarías. Cuando se otorgue un testamento público abierto, público simplificado o cerrado el notario debe dar aviso dentro de los tres días siguientes al Archivo General de Notarías, con expresión de la fecha del otorgamiento, nombre y generales del testador y si quedó asentada alguna cláusula irrevocable (Artículo 80):

Artículo 80.- Siempre que se otorgue un testamento público abierto, cerrado o simplificado, el notario ante quien se otorgó, presentará aviso al Archivo General de Notarías dentro de los cinco días hábiles siguientes, en el que expresará el número y fecha de escritura, nombre y apellidos, fecha y lugar de nacimiento, estado civil, nacionalidad, ocupación y domicilio del autor de la sucesión y recabará la constancia correspondiente. Si el testamento fuere cerrado indicará además la persona en cuyo poder se depositó o el lugar en que se haya hecho el depósito. En caso de que el testador manifieste en su testamento los nombres de sus padres, se incluirán éstos en el aviso. El Archivo General de Notarías llevará un registro especialmente destinado a asentar las inscripciones relativas a los testamentos, con los datos que se mencionan.

Los jueces y los notarios ante quienes se tramite una sucesión, recabarán informes del Archivo General de Notarías acerca de si éste tiene registrado testamento otorgado por la persona de cuya sucesión se trate y, en su caso, su fecha.

Al expedir los informes indicados, los citados Archivos mencionarán en ellos a qué personas han proporcionado los mismos informes, con anterioridad.

párrafo de este artículo, lo cual asentará el Archivo General de Notarías en el registro a que se refiere el mismo párrafo. El Archivo, al contestar los informes que se soliciten, deberá indicar el testamento o testamentos respecto de los cuales tenga asentado que existen dichas cláusulas irrevocables.

Obligación de solicitar información. Cuando ante el notario se tramite una sucesión, tiene obligación de pedir al Archivo General de Notarías información sobre si el autor de la sucesión otorgó testamento público abierto o cerrado u ológrafo, y al Archivo Judicial, si se encuentra depositado testamento público cerrado.

Ahora bien, una vez establecidas las funciones del notario considero que las semejanzas entre éste y el recaudador de impuesto son las siguientes:

- * Ambos son funcionarios públicos.
- * Los dos están facultados para cobrar impuestos, el recaudador en sentido lato y el notario en sentido estricto.
- * A ambos los nombra el Ejecutivo.
- * Los dos necesitan de una jurisdicción especial.

De acuerdo con lo anterior puedo decir que las diferencias serían:

- * El notario debe ser licenciado en Derecho, el otro no.

- * El notario tiene jurisdicción federal, el recaudador, local.

- * El notario cobra sus honorarios de acuerdo al arancel de notarios, el recaudador de acuerdo a los salarios que fije el Estado.

- * El notario es un Fedatario público, el recaudador, un Funcionario.

CONCLUSIONES

PRIMERA: La Institución del Notariado es una actividad remota, ya que desde tiempo inmemorables traía como ocupación de los antiguos prudentes la redacción de las actas en que se hacían constar las transacciones de la vida civil. Hubo por aquel tiempo ciertas personas que en los mercados cuidaban de extender las escrituras para el público; estos escribientes se les conoció con el nombre de "pragmatici" o "tabeliones" (de tabula, sinónimo de tabla cubierta de cera, en la cual se inscribía el instrumentum o documentum), no tenía ningún carácter fiscal, pero a medida que se fue desarrollando la autoridad pública lo sometió a cierta inspección.

SEGUNDA: Así se dio origen a la moderna institución del notario y se señala que en la Edad Media los actos privados eran depositados en los archivos o bien que se otorgaban en presencia del Juez o del Obispo, crándose así, un carácter particular que ha revestido el Notariado en tiempos modernos.

TERCERA: Como antecedentes de nuestras leyes en el presente estudio, lo encontramos en España y ésta a su vez, lo que con anterioridad he mencionado. Se le

atribuyó a Casiodoro en España, la distinción que hizo al notar el papel que desempeñan los jueces al que desempeñan los Notarios, afirmando que los Jueces fallan contiendas y los Notarios las previenen.

CUARTA: Así hasta nuestros días, grandes países han creído necesario legislar sobre este apartado del derecho como una seguridad colectiva. Se tuvo que señalar las formalidades y requisitos que las personas encargadas de la producción del instrumento Público deberían de someterse a esas personas se les ha llamado Oficiales Públicos.

QUINTA: El Notario es la base y núcleo central de la seguridad jurídica contractual y testamentaria.

SEXTA: Históricamente el nacimiento del notariado es anterior al del Estado moderno y a la actual organización burocrática, hecho histórico que doctrinalmente tiene indeterminada su situación dentro de la organización estatal contemporánea. Depende del Estado, pero no está dentro de su organización administrativa, ni de la burocracia.

SEPTIMA: El derecho notarial es un derecho de la forma, de

las formas, de las formalidades en o para la forma.

OCTAVA: Son documentos públicos aquellos cuya formación está encomendada por la ley dentro de los límites de su competencia, a un funcionario público revestido de la fe pública y los expedidos por los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones.

NOVENA: La fe pública, el privilegio de ser creído y que los documentos que autoriza el Notario en ejercicio de sus funciones deban ser tenidos como veraces, desde el punto de vista de la verdad legal no puede ser sino una atribución que el Estado le hace. Esta atribución diferencia a los Notarios de los demás ciudadanos, pero al destacarlos lógico es que los sujete a un estatuto propio que los obliga de manera especial frente al mismo Estado, ello es consecuencia de la distinción. Además de honorífica es intensamente jurídica, el dotar al Notario de Fe Pública, responde a la finalidad de encomendarle una función del Estado, la de crear situaciones de seguridad, de certeza en el Derecho fuera del

ámbito judicial y sin necesidad de ocurrir al mismo.

DECIMA: De lo expuesto anteriormente podemos concluir que la fe pública es un atributo del Estado que tiene en virtud del *ius imperium* y es ejercitada a través de los órganos estatales y del notario.

UNDECIMA: El notario no es un funcionario público, por no estar enquistado dentro de la organización de la administración pública, no recibir salario, no existe contrato de trabajo o relación jurídica de dirección y dependencia. El Estado no responde por los actos de él, su ingreso no es por nombramiento elitista, sino por examen de oposición y su cargo es normalmente vitalicio.

BIBLIOGRAFIA

- ASPEITIA ESTEBAN, Mateo. Legislación Notarial. 5a. edición. Atenas. Madrid. 1988.
- BAÑUELOS SANCHEZ, Froylán. Derecho Notarial. 3a. edición. Cárdenas Editor. México. 1991.
- CAMPILLO SAINZ, José. Dignidad del Abogado. 13a. edición. Porrúa. México. 1992.
- CARRAL Y DE TERESA, Luis. Derecho Natural y Derecho Registral. 17a. edición. Porrúa. México. 1993.
- CARNELUTTI, Francisco. Derecho Civil. 3a. edición. Cajica. Puebla. México. 1962.
- CASTAN TOBERÑAS, José. Hacia la constitución científica del Derecho Notarial. 10a. edición. Harla. España. 1972.

DE LORENZANA, Francisco Antonio. Historia de la Nueva España. 4a. edición. Porrúa. México. 1993.

EMERITO GONZALEZ, Carlos. Derecho Notarial. 11a. edición. La ley. Argentina. 1988.

ESQUIVEL, Toribio. Apuntes para la historia de México. 20a. edición. Fondo de Cultura Económica. México. 1992.

FERNANDEZ CASADO, Miguel. Tratado de Notaría. T. II. 6a. edición. Diana. México. 1990.

FLORES ZAVALA, Ernesto. Elementos de finanzas públicas mexicanas. 13a. edición. Porrúa. México. 1993.

GARCIA GARCIA, Honorio. Distribución de los elementos del Instrumento Público. 6a. edición. Trillas. México. 1994.

GIMENEZ ARNAU, Enrique. Introducción al Derecho Notarial. 4a. edición. Botas. Madrid. 1990.

GONZALEZ PALOMINO, José. Instituciones de Derecho Notarial.
5a. edición. Temis. México. 1990.

LARRAUD, Rufino. Curso de Derecho Notarial. 11a. edición.
De Palma. Buenos Aires. Argentina. 1989.

MORENO, Fausto. Derecho Adjetivo. 8a. edición. Trillas.
México. 1993.

NERI, Argentino. Tratado Teórico y Práctico del Derecho
Notarial. 10a. edición. Harla. Argentina. 1989.

NUÑEZ LAGOS, Rafael. Hechos y Derechos en el documento
público. 5a. edición. Tecnos. México. 1991.

PEREZ FERNANDEZ DEL CASTILLO, Bernardo. Derecho Notarial.
6a. edición. Porrúa. México. 1993.

----- Derecho Registral.
13a. edición. Porrúa. México. 1994.

PEREZ FERNANDEZ DEL CASTILLO, Bernardo. Etica Notarial, 3a. edición. Porrúa. México. 1993.

RIERA AISA, Luis. Derecho Notarial, 7a. edición. Trillas. México. 1993.

----- . Escritura Pública, 9a, edición. Pac. México. 1993.

RUIZ GOMEZ, Eugenio. Comentarios a la ley del Notariado y su reglamento, 7a. edición. El Colegio de México. México. 1993.

SALAS, Oscar. Derecho Notarial, 4a. edición. Tecnos. Panamá. 1989.

SANAHUJA Y SOLER, José María. Tratado de Derecho Notarial, 6a. edición. U.T.E.H.A. Barcelona. 1988.

VAZQUEZ PEREZ, Francisco y MONROY ESTRADA, Mario. Antecedentes, evolución histórica, estado actual y

tendencias del notariado en cada entidad de la federación.

4a. edición. Fondo de Cultura Económica. México. 1991.

LEGISLACION

CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. 4a. edición. Congreso de la Unión. México. 1994.

CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL. 2a. edición. Pac. México. 1994.

CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL. 15a. edición. Trillas. México. 1994.

CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL. Porrúa. México. 1994.

LEY DE NOTARIADO PARA EL DISTRITO FEDERAL. 60a. edición. Porrúa. México. 1994.