

308409

UNIVERSIDAD LATINA, S.C.

ESCUELA EN DERECHO CON ESTUDIOS
RECONOCIDOS OFICIALMENTE POR ACUERDO
RFC. ULA 730813301
DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE
MÉXICO



"LUX VIA SAPIENTIAS"

NATURALEZA JURISDICCIONAL DE LA FUNCIÓN NOTARIAL

TESIS
QUE PARA OPTAR AL TÍTULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA
SANDRA PADILLA ZALDO

ASESOR DE TESIS:
Lic. Alfredo Lorenzo Arias Cardona



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

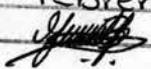
DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

ESTA TESIS NO SALE
DE LA BIBLIOTECA

Autorizo a la Dirección General de Bibliotecas de la UNAM a difundir en formato electrónico e impreso el contenido de mi trabajo recepcional.

NOMBRE: Sandra Padilla Zaldo
FECHA: 09-Febrero-2004
FIRMA: 

Dedicatorias

A La Universidad Latina,
por la formación
profesional y la
enseñanza desmesurada.

A mis padres Dolores y Juan,
por la palabra encendida y el
ejemplo inimitable.

A mis hermanos Jorge e Irasema,
por la confianza y paciencia de lo
imposible.

A mis abuelos Elodia y
Gustavo, por ser el claro
de la luna, donde
descansa lo que hay que
soñar.

A mis abuelos Genaro y María
de Jesús, por su paciencia y
consideración.

A Abraham Olivares por la huella
indeleble y la compañía
incondicional.

A Gabriel García por la
buenaventura de su
amistad en medio de una
nostalgia.

A Agustín Felix, por el corazón
coraza extendido, espontáneo y
sin vituperios

A ti, a quien más por la nostalgia
del desaliento en un alba
inexistente

A José Luis Ruiz, por los
anales de la historia y por
tu futuro escogido sin fe
de erratas.

Al Licenciado Alfredo Arias por
la enseñanza desmesurada en la
elaboración del presente trabajo.

A Gladiola por las muletas
andamios y escayolas, que se
pueden descubrir con tu amistad.

Al Licenciado Agustín
Trejo, por su enseñanza y
entrañable amistad y por
mi formación profesional

A Ivonne por el calor de la risa y
su apreciable ayuda en la
elaboración del presente trabajo

A tantos otros que olvido ahora y
recuerdo siempre...

INTRODUCCIÓN

INTRODUCCIÓN

El concepto de Jurisdicción Voluntaria como institución jurídica autónoma y dotada de características propias no es más que una mera creación artificial de la doctrina, toda vez que bajo esta voz se agrupan una serie de actuaciones que no tienen nada en común una con la otra salvo el hecho de no poseer una naturaleza contenciosa.

Se dice que los actos agrupados dentro del concepto de Jurisdicción Voluntaria engloban un doble aspecto: en primer lugar se trata de la realización de hechos y actos jurídicos procedentes de los particulares tendientes a la producción de determinadas consecuencias jurídicas, que en este caso se traducen en la creación de un determinado "status", jurídico del cual derivan Derechos y obligaciones(como es el caso de la adopción o la declaración de herederos, donde se crea el estado de adoptado y heredero respectivamente, y de la declaración de dichos estados nacen toda una gama de Derechos y obligaciones); y en segundo lugar dichas actuaciones requieren necesariamente de la sanción legal de una autoridad que en algunas ocasiones actúa como calificadora de procedencia del acto y en otras como mera certificadora de la existencia del mismo, otorgándole en uno y en otro caso la publicidad necesaria para que surta propiamente sus efectos jurídicos de acuerdo a la Ley.

Ya que la función ejercida por la autoridad, en estos casos reviste una naturaleza netamente administrativa, aunque de manera formal se desenvuelva mediante una vía de naturaleza judicial, y toda vez que se trata de la actuación de Derechos estrictamente particulares, es menester proponer una nueva terminología, considerando por nuestra parte como la más

apropiada “Administración Pública del Derecho privado”, expresión que engloba tanto la naturaleza de la función estatal que en este caso se está ejercitando como el contenido mismo de la actuación, es decir, el ejercicio del Derecho subjetivo por parte de un particular.

Es por eso que la intención de la presente tesis, es tratar someramente de señalar cuales son los asuntos de jurisdicción voluntaria que deben ser exclusivos de la competencia notarial, y cuales deben ser exclusivos de la competencia del Juez, en atención a la naturaleza de los mismos asuntos.

Esta investigación se llevará a cabo con la ayuda de textos legales, libros, revistas, gacetas, boletines, documentos internacionales, Doctrina, jurisprudencia, entrevistas, encuestas, cuestionarios, apéndices y demás fuentes de información obtenida en los archivos, bibliotecas, hemerotecas, centros de documentación y todo lo concerniente a la Derecho Procesal Civil.

Lo anterior describiendo algunos casos en los cuales se aplica la Jurisdicción Voluntaria, dando así un punto de vista práctico y no sólo de la teoría, es decir, llegar de lo general a lo particular, viendo a través del papel histórico del Derecho la eficacia o no que existe al transmitir los procesos jurisdiccionales al Notario Público, analizando el papel del mismo, así como del Juez; cada uno en su competencia y circunstancia.

Considero importante el comenzar por definir el concepto de jurisdicción, concepto que en lo personal me parecía simple y que no tenía por que representar ningún problema, pero como tendremos la oportunidad de darnos cuenta más adelante, la noción de la jurisdicción debe ser

uno de los pilares conceptuales en torno del cual debe girar toda la doctrina procesal, presenta una serie de complicaciones teóricas entre distintos autores que nos llevara a concluir que es una idea que debe ser retomada en el estudio de los investigadores para poder entender cual es su verdadero alcance y significado.

Esta tarea me llevo a incursionar en la división de las clases de jurisdicción, para entender cual es la nota distintiva de la Jurisdicción Voluntaria en relación con las otras especies de la misma, y veremos como la doctrina incurre en un error en dividir algo que de suyo resulta indivisible.

La investigación doctrinal realizada en este trabajo me llevo a estudiar a muchos autores que sólo conocía por el nombre, y por eso es que se le dedica una buena parte de mi tesis a dichas opiniones doctrinales que dentro del ámbito de diversos países han existido en torno al tema aquí tratado, pues estoy segura que la parte más importante de un trabajo de esta naturaleza es el estudio de la doctrina, pues sin ella no puede existir una critica valida de la ley.

Dentro de esas opiniones doctrinales encontramos un número muy variado de posturas que en muchas ocasiones son antagónicas entre sí, ya sea por la tradición jurídica a la que pertenecen, ya por las inclinaciones del autor, y casi todas ellas resultan muy convincentes y seductoras, pero aun así era necesario tomar partido con alguna, y fue precisamente lo que se hizo.

Podríamos agrupar en dos grandes grupos las distintas posturas doctrinales: aquellas que reconocen el carácter jurisdiccional de la Jurisdicción Voluntaria, y aquellas que lo niegan

afirmando su naturaleza netamente administrativa; en este orden de ideas se pretendió, dentro de la medida de lo posible, realizar un estudio exhaustivo de ambas tendencias, analizando a varios de los principales exponentes de tres países principalmente: España, Italia y Alemania; evidentemente se podría objetar esta selección diciendo que la tradición jurídica francesa también debió de haber sido considerada, y tal vez sea cierto, pero creo que es mejor tratar de abarcar menos y profundizar más, y toda vez que la tradición jurídica española es nuestro principal antecedente y que los italianos son los más avanzados en lo que se refiere a la ciencia del Derecho Procesal y que son la principal influencia de los españoles por lo que toca a cuestiones procedimentales, considero que así podemos tener un sólido cimiento teórico, cimiento que me sirvió para alinearme con aquel sector de la doctrina que ubica a la Jurisdicción Voluntaria dentro del ámbito administrativo, pero buscando agotar los dos puntos de vista intente profundizar de la mejor manera posible en la naturaleza jurídica y alcance de la función notarial, remarcando su carácter administrativo y buscando, insisto, las razones sólidas que hacen compatible el ejercicio de dicha función con el conocimiento de aquellos expedientes propios de la Jurisdicción Voluntaria, por lo que se intento demostrar la identidad existente entre lo que hace el Notario y lo que hace el Juez cuando actúa dentro de un procedimiento de Jurisdicción Voluntaria; y precisamente en ese punto del trabajo creo que el mismo entro en crisis, pues la información bibliográfica que tuve la oportunidad de allegarme demuestra abiertamente que el tema que estoy tratando ciertamente no es nada nuevo, por el contrario, es una añeja discusión entre Notarios y litigantes que muchas veces había sido abordada en el pasado por los escribanos para sostener una hipótesis como la mía.

En efecto, la extensa literatura jurídica que los Notarios de todos los países latinos han escrito en relación con el presente tema, me demostró que es poco original. pero aún así, la publicación de la nueva ley del Notariado para el Distrito Federal, que finalmente pretende recoger esta vieja aspiración del gremio, me dio la pauta para intentar imprimirle a esta tesis un carácter original y útil; pues la reforma en cuestión, como tendremos la oportunidad de ver, será recordada más por su intención innovadora que por su calidad técnica, ya que ocurre en serias imprecisiones que reclaman una seria revisión.

SANDRA PADILLA ZALDO.

Ciudad de México, 25 de Marzo de 2003.

INDICE

INDICE

Páginas

INTRODUCCIÓN

CAPITULO I

ASPECTOS JURIDICOS DE LA JURISDICCION

1.1 Evolución Jurídica.	1
1.2 Concepto de Jurisdicción.	6
1.3 Elementos de la jurisdicción.	10
1.4 Concepto de la Función Jurisdiccional.	10
1.5. Concepto legal y Características de la Jurisdicción Voluntaria	14
1.6 Diferencias entre Jurisdicción Voluntaria y Jurisdicción Contenciosa	16
1.7 Naturaleza jurídica de los procedimientos de jurisdicción voluntaria.	17
1.7.1 Doctrina Española.	18
1.7.2 Doctrina Italiana.	22
1.7.3 Doctrina Alemana.	37

CAPITULO II.

EL NOTARIADO.

2.1 Definición y clases de Notario.	45
2.2 El Notario como funcionario Público.	49
2.3 La Fe Pública del Notario.	55

2.4 Requisitos para ser Notario	62
2.5 Obligaciones y Deberes de los Notarios.	65
2.6 El Notario y otras funciones del Estado.	68
2.7 Origen y Transformación del Derecho.	69
2.8 Transmisión del conocimiento en Derecho Notarial.	72
2.9 Escuelas Teórico Prácticas del Notariado.	74
2.10 Principios Éticos Notariales.	80

CAPITULO III.

JUSTIFICACIÓN DEL NOTARIO PÚBLICO EN LA ESFERA DE LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA.

3.1 Naturaleza jurídica y semántica del Notariado.	85
3.2 Naturaleza Administrativa de la Función Notarial.	85
3.3 Concepto de Funcionario Público.	97
3.4 Análisis jurídico material de la actividad Notarial.	99
3.5 El Notario investido de Fe Pública.	104
3.6 La actuación notarial a través del instrumento público.	106
3.7 Origen Constitucional de la integración de los Órganos Jurisdiccionales	112
3.8 Jerarquización del Poder Judicial.	113
3.9. Requisitos subjetivos para ser designado Titular de los Órganos Jurisdiccionales	114

CAPITULO IV.

EL NOTARIO ANTE LOS PROCEDIMIENTOS DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA.

4.1 Intervención del Notario en asuntos del conocimiento Judicial.	116
4.2 La Jurisdicción Voluntaria y el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal	123
4.3 Legislación Civil.	129
4.4. Ley del Notariado para el Distrito Federal.	136
4.5 Actos de jurisdicción Voluntaria que deben ser exclusivamente Judiciales	144
4.6 Actos de jurisdicción Voluntaria que deben ser exclusivamente de la competencia Notarial.	148
CONCLUSIONES	161
BIBLIOGRAFÍA	174

CAPÍTULO I
ASPECTOS JURIDICOS DE LA JURISDICCION

1.1 EVOLUCIÓN JURÍDICA

Buscando someramente en los orígenes de la historia, el Doctor Guillermo Floris Margadant, a lo largo de su libro: El Derecho privado Romano, nos dice que Rómulo dividió la Ciudad de Roma en treinta partes o curias, e impuso al pueblo algunas leyes llamadas Curiadas; esa potestad, fue también de los reyes que le siguieron.

Dichas leyes fueron, sin embargo, pocas y con defectos como normas, por lo que se acudió a la costumbre; Luego de algunas décadas se decidió públicamente elegir a diez personas para ir a pedir leyes a Grecia, mismas que se escribieron en placas de marfil, colocándose en la plaza pública, pero como a dichas leyes les faltaban algunos detalles, se añadieron otras dos leyes, lo que dio origen a lo que conocemos como las doce tablas.

Las leyes debieron ser discutidas e interpretadas en el foro, por un grupo denominado los prudentes, que no escribieron, pero iban formando opinión, lo que originó el nacimiento del Derecho Civil. Como las leyes necesitaban ponerse en ejercicio, el Derecho Romano creó las acciones para poder pleitear; o ejercitarlas y para que no se practicarán al arbitrio de cada quién, las acciones fueron determinadas y de carácter solemne, y se les llama acciones de la Ley.

Sin embargo, no se debe olvidar que la interpretación como ciencia, era atribución del Colegio de los Pontífices, del cual, se nombraba uno cada año para atender los pleitos, únicamente en determinados días, conocidos como *fastos*, sobreviviendo dicho sistema por más de cien años.

La reunión de acciones se debe a Apio Claudio, quien era un pontífice y Gneon Flavio era su escriba, y fue éste último quien sustrajo el libro y lo entregó al pueblo, quien lo denominó Derecho Civil Flaviano.

Como es conocido por todos, toda imposición de normas, implica que quien lo impuso lo aplique, por lo que, en principio correspondió al Rey toda potestad, entendida ésta como poder, fuerza, capacidad de coacción.

Expulsados los reyes se nombró a dos cónsules en quienes se decidió que residiese el Derecho máximo, pero, para limitar su poder, sus disposiciones fueron apelables y les fue negado el Derecho de imponer la pena capital a ciudadanos romanos, sin la autorización del pueblo.

Al crecer la ciudad, se estimó procedente que se constituyera un Magistrado de mayor potestad, y así surgen los Dictadores, contra quienes no existió el Derecho de apelar y podían, por tanto, imponer la pena capital sin olvidar que dicha dictadura sólo podía retenerse por seis meses.

A los dictadores se adjudicaron los generales de Caballería, a quienes se dio, por ley, carácter de Magistrados, mismos que gozaban de jurisdicción e imperio:

a) Tenían *jurisdicción* para declarar el Derecho en sus diferentes manifestaciones “*Do*”, donde daba una acción legal o consentía una posesión de bienes; “*Dico*”, donde se dictaba el Derecho o emitían edictos o interdictos y “*Ad-dico*”, advertía sobre un resultado o admitía un Juez Para las partes; y.

b) Tenían *imperio*, como facultad para disponer de la fuerza pública, haciendo así cumplir sus ordenes.

Cuando las Ciudades quedaban sin Magistrados, por que los Generales debían ir a la guerra, se nombraba un Pretor que ejercía jurisdicción en la ciudad para los ciudadanos romanos; un Pretor peregrino, que ejercía jurisdicción entre los extranjeros, así como Magistrados *decenviros*, para atender las publicas subastas, Magistrados *cuatroviros*, para cuidar las villas, Magistrados *triumviros* de la moneda, para atender la acuñación del bronce, plata, y oro,

Magistrados *capiteles*, para custodiar las cárceles y otros Magistrados que tuvieron funciones administrativas.

Con el nombramiento de estos Magistrados, se origina lo que conocemos como competencia, que fija los límites dentro de los cuales el Magistrado puede ejercer la jurisdicción, acudiendo a criterios de territorio, naturaleza del litigio, monto de la cosa, jerarquía del Magistrado, turnos. Los criterios de cuantía y territorio ya figuraban en los preceptos siguientes: “Cuando se pregunta sobre la cuantía correspondiente a una jurisdicción, siempre ha de atenderse a la cuantía de la petición y no a la deuda”; y “Al ejercerse la jurisdicción fuera de su ámbito territorial se le puede desobedecer impunemente, y lo mismo si pretende juzgar más allá de su jurisdicción”.¹

Con la ley de las doce tablas se abandona el sistema de la coacción ejercida por los individuos, aunque se considera lícita la legítima defensa, para rechazar la agresión injustificada.

Y así se hace la diferencia entre ejercitar el Derecho y ejecutarlo. El ejercicio corresponde a quien pide se declare el Derecho, pero la ejecución, con la que se constriñe al adversario, que es vencido, es misión exclusiva del Estado, por medio de sus Magistrados. Un texto del jurista Gayo, lo expresa de la siguiente manera: “La jurisdicción es, pues, en el sentido más amplio, el poder de los Magistrados relativamente a las contiendas o relaciones jurídicas entre los particulares, sea que este poder se manifieste por medio de edictos generales, sea que se limite a aplicar a los Derecho que le son sometidos, las reglas anteriormente establecidas.”²

El esquema de procedimiento clásico se dividió en dos momentos: el procedimiento *in-iure* y el procedimiento *in-judicio*. Por el primero, las partes aceptan someter el litigio a un Tribunal Arbitral; por el Segundo se sostiene dicho juicio ante el Magistrado.³

¹ JUSTINIANO Augusto, “*Digesto*”, Arazandi, Pamplona España, 1968-1975, Tomo I. Pág 91

² PALLARES Eduardo, “*Diccionario de Derecho Procesal Civil*”, Décimo Sexta Edición, Porrúa, México, 1984 Pág. 315

³ SOHM, Rodolfo “*Instituciones de Derecho Privado Romano*”, Traducción de Wenceslao Roces, Séptima Edición Alemana por P. Dorado, Madrid España, 1898, Pág 359

Aquí es interesante poner atención al primer momento, por cuanto podía terminar de dos maneras: la primera si el demandado no estaba de acuerdo con el demandante, se le ponía fin mediante la “*litis Contestatio*”, o formalización del litigio mediante un contrato suscrito por las partes ante testigos, mismo que contenía las normas a las que debían de sujetarse el Magistrado designado para fallar; la segunda, correspondía al allanamiento, esto es, que si alegaba y examinada la cuestión de Derecho en el primer momento y antes de nombrar árbitro, el demandado reconocía la razón de la demanda (la *confessio in iure*), se dictaba la sentencia denominada *ad-dictio*, que significa ratificación del Derecho, y es esto lo que da origen a la Jurisdicción Voluntaria.

En efecto, el procedimiento judicial sin controversia se utilizó como medio creador de Derecho, bien por que el demandado se allanaba reconociendo el Derecho del demandante o por que el demandado fingía que el Derecho reclamado existía.

La Jurisdicción Voluntaria como fundamento histórico de la existencia del *Derecho Notarial*, especialmente por la función del Notario que es la de formar el instrumento público, se debe al Derecho Romano; la inserción del Notario en los actos de Jurisdicción Voluntaria, como producto de las confesiones prestadas por los demandados y que pasa a descargar el trabajo de los Magistrados, dio origen al instrumento llamado “*Guarentigium*” o con cláusula “*Guarentigia*”, y de esa manera el Juez vino a erigirse en “*iudice Charlatari*.”

Más tarde la práctica de los procesos simulados- *in iure*- ante el Juez paso a la función del Notario, a quien se le atribuyo la capacidad para la constitución de instrumentos con cláusula de garantía. De esa manera, la jurisdicción estrictamente judicial, por virtud de un proceso de semántica jurídica, paso a ser compartida por el Derecho Notarial, pero en un plano de sustentación distinta, pues, aun muchos actos de Jurisdicción Voluntaria que deben ser de lógica competencia notarial, siguen confiados a los jueces.

No debe pasarse por alto que a la autoridad pública se le dio la misión de revestir, de autenticidad, esto es, de autor cierto, a toda aquella documentación que se hacía necesaria

para preconstituir la prueba de determinados actos privados, bien inherentes a sus personas o a los bienes. Al documento fiscalizado por el Juez se le imprimía sello de autoridad y de esa manera se convertía en instrumento público. Para tal labor los Jueces tuvieron entre sus colaboradores al funcionario que paso a ser llamado Tabelion o Notario, encargado de tomar declaraciones, dirigir el ceremonial, controlar las pruebas, recibir las peticiones, todo ello bajo una severa fiscalización del Juez.

En las etapas finales del Derecho Romano, la actividad del Notario paso a ser potestativa de otros oficiales públicos. No se ha determinado si ese traslado de actividades se debió a las cuestiones administrativas, o si se tuvo en mente ordenar la actividad del Tabelión como una nueva profesión; lo cierto es que se vino a crear la jurisdicción notarial, distinta de la jurisdicción judicial, con las siguientes características:

- a. El nacimiento de una nueva jurisdicción, típica por la dación de fe que infundía; y
- b. Hizo más expedita la función judicial.

El antecedente señalado acredita que el documento público notarial tiene un origen judicial; Con el apercibimiento de los Tabeliones, se substraer de la función de los jueces la misión de redactar, formalizar y autenticar documentos, misión que pasa a los “iudices Charlatari”. Sin embargo, los documentos así nacidos sólo revistieron certeza para las partes pero no “erga omnes”, dado que aún el Tabelión carecía de la atribución de dar fe Pública.

La evolución de la sociedad y del Derecho hizo necesario que a todo instrumento público le fuese atribuido la Fe Pública, y de esta manera se atribuye al Tabelión el poder certificante, adjudicándosele los atributos de autoridad, para hacer partícipe, los documentos que redactaba y formalizaba, de la seguridad y garantía que entrañaba toda jurisdicción.

En la época actual, las legislaciones con antecedentes del Derecho Romano ya han diferenciado la función del Notario, atribuyéndole una jurisdicción especial, la notarial, como ocurre en nuestro país.

1.2 CONCEPTO DE JURISDICCION.

La palabra jurisdicción, proviene del latín *iurisdictio*, que se forma de la locución *iudicare*, o jurisdiccione la cual literalmente significa “decir o indicar el Derecho”⁴.

Es decir, se presupone la facultad de un tercero imparcial, ahora denominado Juez, para realizar la actividad relativa a la combinación de acciones y excepciones; logrando que algunas veces se entienda esta facultad como una potestad pública, o que se le considere como atribución que emana del Estado; para resolver litigios, y también se piensa que es el poder de aplicar el Derecho al caso particular, de transformar la prestación incumplida en una sanción legal, y hasta se llega a estimarla como el ejercicio de la coacción.

Pero la actividad que se suele conferir al juzgador tiene características propias que permiten separarla de otras estatales, como las del órgano legislativo, que con ella tienen cierto paralelo, puesto que la jurisdicción, no otra cosa sino la dirección del proceso; pero como de este se tienen diversas concepciones, la definición anterior nuevamente, vuelve a caer en la imprecisión.

La naturaleza de la jurisdicción, se forma con la acción y el proceso, que son conceptos fundamentales de la rama, pero que se encuentra lejos de ser definida. Se le ha mencionado desde los sistemas clásicos como el romano, donde le fueron atribuidos contenidos que tradicionalmente se reconocen sin mayor análisis: *vocatio* como facultad de citar a las partes, *notio*, como facultad de conocer de las contiendas, *iudicium*, como potestad para decidir el litigio, y el *imperium*, como potestad de usar la fuerza pública para ejecutar los fallos.

Pero no siempre se contó con la jurisdicción, entendida como la suma de esos atributos; épocas hubo en que los contendientes, sus familiares o tribus, arreglaban los pleitos amigablemente o por medio de la violencia: represalia, tación o duelos.

⁴ OVALLE Favela, José “Teoría General del Proceso”, Quinta Edición, Oxford, México, 2001, Pág. 4

Es significativo que todos los intentos para definir a la jurisdicción hayan partido del supuesto de que se trata de una actividad estatal, no obstante que desde la antigüedad se conoce la práctica privada.

La naturaleza del estado primitivo, es la forma de su intervención en la administración de justicia: la *iurisdictionis*. El rasgo más singular y más vivo del procedimiento civil romano es el persistente carácter voluntario y privado que ofrece desde su inicio la actividad.

La evolución, se puede señalar paso a paso, la evolución que hizo al proceso enteramente público y dio inicio a la jurisdicción estatal, se debió a que dicha función la asume el Estado en interés de la paz social y no por una circunstancia de ética.

Es así que se puede mencionar que en caso de controversia entre el *pater familiae*, se acudió *in ius*, es decir, ante el Magistrado, y el demandante fue quien inclusive, usando la fuerza obliga a la otra parte a comparecer con él, salvo en el caso de que presentare un garante, *vindex*, quien parece se obligaba a garantizar la comparecencia.

Si había lugar a la contienda, el Magistrado no juzgaba ni dictaba sentencia, las partes quedaban obligadas a elegir un Juez, debiendo someterse a la decisión de este. El Juez era un ciudadano, y ante él comparecían las partes, exponían los hechos, sus respectivas pretensiones, y las razones que los apoyaban.⁵

Para nosotros estos tres elementos característicos de la jurisdicción quedan comprendidos en "la facultad de decidir, con fuerza vinculativa para las partes, una determinada situación jurídica controvertida".

La posibilidad de decidir una situación controvertida es común al Juez y al jurista. Desde el punto de vista intelectual, ambos realizan la adecuación de la norma abstracta a un caso controvertido: la labor del juez es, lógicamente, idéntica a la labor del abogado que emite

⁵ BRISEÑO Sierra, Humberto "Derecho Procesal" Tomo I, Segunda Edición, Oxford, México, 2000, Pág 515

una opinión respecto a cualquier problema jurídico: ambos analizan la norma abstracta y su supuesto fáctico, para llegar a una conclusión que es precisamente, la adecuación de esa norma abstracta al caso concreto.

La diferencia específica, está en la fuerza que tiene para las partes la determinación del Juez: es vinculativa. La obligatoriedad de esta determinación proviene del sujeto que la dicta y de los efectos que produce.

Como el sujeto que la pronuncia es el Estado, por cuyo *imperium* se resuelve la contienda, los efectos de la vinculación no quedan en algo especulativo, sino en algo efectivo: se aplicará la coacción para poder restablecer la vigencia de la norma abstracta, violada o desconocida por alguna de las partes.

El uso del término *partes* indica la existencia de sujetos capaces de derechos y obligaciones que están controvirtiendo, porque no pudieron ajustar sus actos, voluntariamente, a la norma abstracta.

La actividad jurisdiccional se sustenta en la existencia de una controversia entre partes, que debe ser resuelta en forma vinculativa, por una persona que tenga el poder necesario para que su determinación sea precisamente obligatoria.

Ahora bien, como el acto que concentra la función jurisdiccional del Estado, es la sentencia, ésta es creadora de situaciones jurídicas nuevas, porque a consecuencia de ella puede constreñirse al obligado a que cumpla con un deber que no quiso voluntariamente acatar. En otras palabras, antes de la sentencia, el derecho sustantivo era meramente potencial para su titular, pues aun cuando a éste le constara que el obligado lo violaba y no lo respetaba, no podía constreñirlo a que lo cumpliera y a obtener su reconocimiento.

Después de la sentencia, al hacer posible el respeto de un derecho, mediante la actuación de la sanción potencial que toda norma debe tener, se crea una situación jurídica nueva.

Desde este punto de vista, nos convencen más las teorías que sobre jurisdicción exponen tanto Redenti como Calamandrei, pues el primero sostiene que la característica específica y diferencial de la actividad jurisdiccional, frente a las demás actividades del Estado, es la de una actividad destinada a aplicar sanciones y el segundo en cuanto afirma que la jurisdicción opera como garantía del derecho, porque tiende a garantizar la observancia práctica del derecho objetivo.

Por nuestra parte, para evitar las objeciones de Ugo Rocco a los dos distinguidos autores acabados de citar, afirmamos que la sanción presupone una situación de controversia entre particulares, que no han querido o no han podido superar en forma voluntaria.

La situación de conflicto la hace notar Carnelutti al atribuir a la jurisdicción la finalidad de componer un conflicto de intereses (*litis*), que se logra mediante la sentencia.

Por tanto; implica deberes conferidos por el ordenamiento jurídico, señorío o potestad de querer y poderes adecuados para realizar la voluntad que tiende a la satisfacción de necesidades invívitias en esos deberes.

El Estado, dice ALFREDO Rocco, tiene para la consecución de sus fines sobre todos los miembros de la colectividad un poder supremo, un señorío, al que corresponde en los particulares un estado de subordinación o dependencia. Esta relación de soberanía y de vasallaje, que en otros tiempos era una relación de mero hecho, se ha transformado en el Estado moderno en una relación jurídica, en cuanto el Estado, regulando con normas generales su conducta frente a los particulares, o sea, tutelando aún frente a sí mismo los intereses de los particulares, ha sometido a limitaciones el ejercicio de dicho poder. Sin embargo, el Estado reconoce derechos subjetivos de los particulares, lo que implica, en determinadas circunstancias, que el Estado está obligado a *hacer* y en otras a *no hacer*.

1.3 ELEMENTOS DE LA JURISDICCIÓN.

Los tres elementos característicos de la jurisdicción, son los siguientes:

1.- *Es un atributo propio de la soberanía del Estado.* El Estado, por virtud de la soberanía que le es propia y a fin de cumplir con su finalidad, ejerce el poder jurisdiccional por medio del cual, en una posición de supra-subordinación, mantiene la vigencia efectiva de las normas jurídicas que son violadas o ignoradas por los particulares y órganos del Estado.

2.- *Es competencia exclusiva de los tribunales.* La función jurisdiccional la ejerce el Estado sólo a través de los órganos especiales llamados "tribunales", los cuales son los únicos facultados para conocer de las distintas controversias. El artículo 14 constitucional garantiza a los particulares que nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido "ante los tribunales previamente establecidos", en los que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a leyes expedidas con anterioridad

3. *Su ejercicio produce efecto de "cosa juzgada".* Una vez que un tribunal dicta sentencia firme, lo allí establecido se convierte en una orden y verdad incontrovertible, de la cual no puede de nuevo disentirse. Con lo anterior se logran los anhelados fines del derecho: justicia, equidad y certeza jurídica.

1.4 CONCEPTO DE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL

Dentro de una organización política, que tiene una estructura que pretende tener un control de los elementos que la integran, es que definimos al Estado como una organización jurídica compuesta por una colectividad organizada, teniendo como único fin, el de proteger y sancionar los derechos individuales de cada individuo que la integra.

Así pues, es que Alsina, distingue en su Tratado Teórico Práctico del Derecho Procesal Civil y Comercial, tres funciones primarias del Estado moderno:

- a) La determinación del orden jurídico mediante la creación de normas de Derecho para regular las relaciones entre los individuos,
- b) El mantenimiento de este orden Jurídico, restableciéndolo cuando fuere violado, y
- c) La satisfacción de las necesidades de seguridad, cultura y bienestar general⁶.

Lo anterior, es consecuencia de la evolución que ha tenido el hombre al integrarse en sociedad; tomando en consideración que es un ser libre por naturaleza, independiente, aislado, titular de derechos inalienables e imprescriptibles, los cuales son llamados derechos naturales, mismos que se encuentran, unidos a su cualidad de hombre, por lo que los juristas han tratado de explicar la concatenación que existe entre los derechos naturales, la sociedad, y el orden jurídico.

Es así, que las sociedades se han formado por una aceptación implícita, voluntaria y consiente de los individuos que se han asociado, con el fin de asegurar sus derechos individuales naturales. Sin duda esta asociación, si bien limita los derechos de cada uno por el orden jurídico existente, asegura el libre ejercicio de los derechos de todos los individuos que integran tal sociedad.

Tomas Hobbes habla del hombre y de la sociedad⁷, menciona que el primero trata de satisfacer sus intereses egoístas sin más limitación que la de su fuerza, esto origina, en el Estado de naturaleza, del individuo, una guerra de todos contra todos; resaltando su egoísmo y violencia, por lo que se da la necesidad de un contrato para que pueda existir una convivencia social en la que con el sacrificio se obtenga la máxima libertad.

⁶ ALSINA Hugo, "Tratado teórico práctico del Derecho procesal civil y comercial", Tomo I, Segunda Edición, Ediar Soc. Anon, Buenos Aires, 1963, Pág. 20

⁷ HOBBS Thomas, "Leviatán", Primera reimpresión Fondo de Cultura Económica, Argentina, 1992.

Por lo que los hombres constituyen la sociedad civil en medio de un contrato y surge la sociedad; originándose como consecuencia inmediata, un Derecho, una obligación y después la Ley Civil que establece la diferencia entre el bien y el mal.

Otras consecuencias del contrato son el gobernante y el fin del Estado, y visto que no todos pueden gobernar al mismo tiempo, el pueblo es quién cede sus derechos a un gobernante, que puede ser un individuo o una corporación cualquiera, una vez cedidos sus Derechos, el pueblo no tiene ya Derecho alguno a la potestad civil, sino que ésta, es absoluta e ilimitada en el gobernante.

La soberanía absoluta del Estado, se funda en la función que este desempeña en el seno de la totalidad social: el establecimiento de la paz y la defensa comunes a todos los hombres, de ella derivan casi todos los preceptos del Derecho natural y también los preceptos que explican y fundamentan la comunidad política ésta existe no para sí sino para el bienestar de los ciudadanos, para la mejor satisfacción de su egoísmo.

Todo lo anterior, nos lleva a pensar en un gobierno absolutista, por lo que John Locke⁸, conocido pensador ubicado con la tendencia contractualista, trata de desvirtuar dicha idea, y nos habla, de un estado de naturaleza primitivo, en el cual se encuentran los hombres, y gozan de una perfecta libertad para ordenar sus acciones, posesiones y personas, dentro de los límites de la propia ley natural, misma que establece una igualdad entre los individuos y castiga a quienes no la respetan.

Dicha situación hacía que cada hombre fuese el Juez de su propia causa dando lugar a diversas injusticias, por lo que fue necesario crear, por el acuerdo de todos, una sociedad política en la que debía residir el *poder jurisdiccional*. Su ejercicio quedaba encomendado a un grupo de personas, el poder sólo se ejercita- a diferencia de Hobbes- en la medida necesaria para preservar los derechos fundamentales de todos los hombres a la vida, libertad y propiedad.

⁸ LOCKE, John "Two treatises of Government", Number two, Hafner publishing Company, New York, 1947.

Por lo que el poder sigue siendo atributo de la comunidad, y no un privilegio exclusivo y absoluto de los gobernantes. Por ello, al conservar la comunidad, ese poder de manera originaria, puede destituir a los gobernantes cuando abusen de su mandato existiendo, la posibilidad del Derecho de resistencia a la potestad tiránica.

Por su parte, Juan Jacobo Rousseau en el contrato social, nos da su propia opinión respecto al origen del Estado, una que es considerada como la más racional, puesto que menciona, que existió una etapa primitiva de la humanidad, en la que el hombre vivía en una situación denominada pre-social, en la que se encontraba libre, sin problemas, sin hacer reflexiones, es decir, en armonía con la naturaleza, como un "buen salvaje", es decir existía una libertad absoluta y perfecta igualdad entre los hombres; pero cuando los hombres reflexionaron y empezaron a transformar el mundo, nació el cultivo, la tierra, y la división del trabajo, y con ellas la propiedad privada y la desigualdad entre los hombres.

Así que para recuperar la libertad perdida, los hombres se pusieron de acuerdo para crear artificialmente la sociedad política cediendo a la comunidad sus derechos naturales y esta les devuelve, con su protección, esos mismos derechos, que en lo sucesivo están garantizados por ella, deduciendo que el poder no se transmite a un hombre o a un grupo de hombres como pensaba Hobbes, sino a la comunidad entera puesto que es la depositaria de la soberanía, debido a que lo manifiestan a través de la voluntad general⁹.

De lo anterior se puede deducir que, pese a las diversas manifestaciones vertidas por los juristas mencionados, el Estado es creación de la sociedad, mismo que esta compuesto por un orden jurídico, mediante la creación de normas para regular a los individuos, el cual no debe ser violado y que da como consecuencia obvia, un bien público.

⁹ ROSSEAU, Juan Jacobo, "El contrato social", Tercera reimpresión, Editores Mexicanos Unidos, México, 1992.

1.5 CONCEPTO LEGAL Y CARACTERISTICAS DE LA JURISDICCION VOLUNTARIA

El Artículo 893 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, nos menciona la concepción legal de la jurisdicción voluntaria, mismo que a la letra dice:

"La jurisdicción voluntaria comprende todos los actos en que por disposición de la ley o por solicitud de los interesados se requiere la intervención del juez, sin que esté promovida ni se promueva cuestión alguna entre partes determinadas".

De lo anterior podemos mencionar ciertas características de la jurisdicción voluntaria, estableciendo, como notas generales de los actos o procedimientos de jurisdicción voluntaria, las siguientes:

1. Su fuente es la ley. Son procedimientos cuya fuente reguladora siempre es la ley.
2. No hay controversia alguna. Debe tratarse de un acto en el cual no exista entre las partes ningún tipo de conflicto o controversia, pero que por disposición de la ley se somete a la decisión del Poder Judicial.
3. Corresponde a los Jueces Civiles y. de lo Familiar en primer grado. En segunda instancia, pueden recurrirse en apelación las providencias de jurisdicción voluntaria ante el Tribunal Superior de Justicia, que es Tribunal de Segundo Grado.
4. Contra las sentencias, cabe el amparo. Lo anterior, según jurisprudencia definida número 169 que dice: "Jurisdicción voluntaria. Las resoluciones dictadas en jurisdicción voluntaria, son actos fuera de juicio y contra de ellas cabe el amparo" (JPJF, 1017-85, p. 508).

5. Hay competencia territorial. En principio, es juez competente el del domicilio del promovente, excepto tratándose de bienes raíces, donde la competencia la determina el lugar de su ubicación.

6. El promovente debe acreditar legitimación procesal. Legitimación que en cada procedimiento varía y se determina por la ley.

7. Se citará a toda persona relacionada. Cuando sea necesaria la concurrencia de una persona relacionada con el hecho o acto que se trate de comprobar, el juez la citará personalmente para un día y hora determinados, advirtiéndole que en la secretaría del juzgado podrá consultar el expediente de que se trate, por un plazo de tres días.

8. En algunos casos debe intervenir el Ministerio Público. El Ministerio Público, deberá ser escuchado siempre que la materia del procedimiento, de jurisdicción voluntaria:

a) Afecte intereses públicos;

b) Se refiera a la persona o a los bienes de menores e incapacitados;

c) Tenga relación con los bienes o derechos del ausente; o,

d) Cuando así lo dispongan las leyes.

9. Concluye si hay oposición. Si en un procedimiento de jurisdicción voluntaria se presenta oposición de parte legítima contra la petición formulada, entonces concluirá ese procedimiento voluntario y se tramitará el juicio contencioso que corresponda.

10. Son actos esencialmente revocables. El juez del procedimiento de jurisdicción voluntaria puede modificar la sentencia que haya dictado cuando cambien las circunstancias en las cuales se fundó para dictarla.

11. Deja a salvo derechos de terceros. Los procedimientos de jurisdicción voluntaria siempre dejan a salvo derechos de terceros y, por ello, las sentencias son impugnables mediante el recurso de apelación.

12. La sentencia no hace efecto de "cosa juzgada". Las sentencias de jurisdicción voluntaria no adquieren autoridad de "cosa juzgada", a diferencia de las sentencias en jurisdicción contenciosa, que sí la adquieren.

1.6 DIFERENCIAS ENTRE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA Y JURISDICCIÓN CONTENCIOSA

La jurisdicción es una función que se ejerce normalmente por los órganos del Poder Judicial y se cumple mediante un adecuado procedimiento. El proceso jurisdiccional debe ser bilateral, con garantías de ser escuchadas ambas partes y con posibilidades eficaces de probar la verdad con base en normas jurídicas abstractas. La jurisdicción puede clasificarse de muy distintas maneras, dependiendo del criterio de distinción que utilicemos. Una clasificación tradicional de la jurisdicción se basa en el criterio de si hay o no controversia en el procedimiento que se sigue ante el tribunal. Surgen así los siguientes dos tipos de jurisdicción:

1. La jurisdicción *contenciosa*. Es el caso de los procedimientos judiciales en los cuales sí hay efectivamente litigio o controversia, es decir, el juez decide sobre pretensiones de intereses opuestos entre dos o más partes y en las cuales el juez trata de determinar esos intereses y componerlos y dar fin a un litigio determinado, mediante una sentencia definitiva, obligatoria y ejecutable; y,

2. La jurisdicción *voluntaria*. Se trata aquí de los procedimientos judiciales en los cuales no existe litigio o controversia alguna, pero que la ley ha determinado sean competencia

exclusiva de los jueces o competencia concurrente con otros funcionarios. En estos casos, la actuación del juez se limita a dar fuerza o *valor legal* a ciertos hechos o actos jurídicos

1.7 NATURALEZA JURÍDICA DE LOS PROCEDIMIENTOS DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA.

Como se analizó en los puntos anteriores, el ejercicio de la función jurisdiccional corresponde esencialmente, aunque no es el único que la ejerza, al Poder Judicial; ahora bien, también mencionamos con antelación que no todos los actos emanados del Poder Judicial pueden ser calificados de jurisdiccionales (en ejercicio de la jurisdicción), como el caso de los actos que realiza en aras de reglamentar a su organización interna, los cuales se podrían calificar de legislativos, los actos que dicta a sus inferiores jerárquicos dentro de su propio escalafón, los cuales tienen una naturaleza eminentemente administrativa.

Pero existen otros actos que realiza el Poder Judicial, cuya naturaleza no se encuentra completamente definido, y que en ocasiones se realizan bajo la apariencia de un juicio, en los cuales suele existir incluso un escrito inicial de demanda, y en el fondo no existe una litis porque las partes que acuden ante la autoridad judicial no lo hacen con el afán de dirimir controversia alguna.

Estos actos, que de otra parte son muy variados y diversos entre sí, se realizan ante la autoridad judicial sin que se instale en presencia de esta la relación trilateral jurídico-procesal pues en ocasiones sólo comparece una sola persona a realizarlos, y cuando son varios, ninguna asume el carácter de demandante ni demandado. Estos actos a los que nos estamos refiriendo son los que integran la mal llamada “Jurisdicción Voluntaria “, y que presentan gran dificultad en su estudio por ser actos de la más variada naturaleza, y en ocasiones la única similitud que guardan unos con otros radica en el hecho de que se tramitan ante la autoridad judicial; es por eso que la doctrina hace la distinción entre Jurisdicción Voluntaria y Contenciosa, utilizando un criterio que resulta un tanto burdo: donde exista un verdadero ejercicio de la jurisdicción en el sentido en el que aquí la venimos entreteniendo, será contenciosa y para todo lo demás que

haga el Juez, que no sabemos que es, pero si sabemos que no es ejercicio de la jurisdicción, será voluntaria.

En este punto nos avocaremos a la tarea de desentrañar aquellos sectores de la doctrina que traten el tema, para ver con cual concordamos y con cual no.

1.7.1 Doctrina Española

Se podría afirmar que el contenido que abarca la materia de la Jurisdicción Voluntaria en España puede ser reducido a dos opiniones o sectores doctrinales.¹⁰

1. Una concepción doctrinal a la que podríamos llamar "*Amplia*" considera que la Jurisdicción Voluntaria es una actividad del Estado que es ejercida por órganos jurisdiccionales o que por su origen histórico podrían ser considerados como casi judiciales y que se encuentran configurados en cierto modo como dependientes de la administración de justicia. Esta actividad no tiene como finalidad dirimir la contención, como hace el Poder Judicial, ni persigue el interés público, como realiza la función administrativa; sino que se busca la realización de actividades en las que únicamente se encuentra en juego el interés particular; y dentro de esta concepción se agrupan los distintos actos en tres categorías genéricas:

a) *Actos de publicidad jurídica directa*. Que son aquellos actos en los que el Estado interviene realizando una publicidad de un acto privado sin previa calificación del mismo; dentro de esta especie de actos se engloban todos aquellos que requieren una forma especial de acuerdo con la ley, y que hoy en día se encuentran en buena medida fuera del ámbito judicial, encontrando cabida en otras funciones publicas del Estado, como es la notarial, sobre la cual tendremos de volver más adelante.

¹⁰ NAVARRO Azpeitia, Fausto, "Actas de notoriedad", Civitas, España, 1972, Tomo I, Pág 84.

b) *Actos de solemne e indirecta publicidad jurídica*: Constituidos por aquellas actuaciones estatales tendientes a dar publicidad a una determinada situación jurídica una vez realizado un previo proceso de calificación y comprobación que desemboca en una declaración de suficiencia y que permite finalmente otorgar en la publicidad el acto o situación jurídica determinada, dentro de este ámbito se pueden encajar los actos de los distintos registros que existen dentro de la administración pública; inmobiliaria, civil, industrial, e intelectual, etc.(cabe destacar que aunque actualmente tenemos la firme convicción de que todos estos actos tienen indiscutiblemente el carácter de administrativos, en algún momento histórico se encontraron dentro de la esfera judicial, como sucedía con los llamados “oficios de hipotecas”, donde la actuación de los jueces en la actividad registral era muy grande quedando hoy en día algunas reminiscencias históricas de esto en nuestro Derecho positivo donde el Código de Comercio vigente en nuestro país en su artículo 18 autoriza a los jueces de primera instancia del orden común a llevar el Registro de Comercio en determinados casos, razón por la cual estos actos suelen ser agrupados y estudiados por algunos autores dentro de los que integran la Jurisdicción Voluntaria).

c) *Actos de amparo de personas de capacidad nula o disminuida*: Se encuentran constituidos por todos aquellos actos propios de la autoridad judicial mediante los cuales se busca proteger aquellas personas que se encuentran en una franca situación de desventaja frente al resto de la población; están constituidos básicamente por autorizaciones relacionadas con la persona y patrimonios de menores e incapaces.

2. Una segunda concepción a la que podríamos llamar “*restringida*”, considera igualmente que el anterior; que los actos propios de la Jurisdicción Voluntaria, se encuentran contruidos por todos aquellos que no implican la existencia de un litigio entre las partes y que no se realizan en aras a la obtención directa del interés público; pero diferenciándose en el hecho de que esta segunda concepción constriñe exclusivamente al ámbito judicial los actos de Jurisdicción Voluntaria, eliminando la posibilidad de que estos sean realizados por otras esferas del Poder público.

Podría pensarse que bajo esta óptica, estaríamos incluyendo dentro del ámbito de la Jurisdicción Voluntaria únicamente aquellos actos a los que llamamos de amparo de personas de capacidad nula o disminuida, pero no es así, pues aunque ya anticipamos que los llamados “actos de publicidad directa o indirecta” han tendido a salir del ámbito judicial, es cierto que algunos de ellos, todavía forman parte de la esfera competencial del Poder Judicial; por lo que podemos afirmar que esta opinión apela principalmente a un criterio “formal”, donde la Ley señala en una actitud reduccionista que es Jurisdicción Voluntaria y que no lo es.

No obstante, esta teoría ha intentado clasificar los actos propios de la Jurisdicción Voluntaria de la siguiente manera:¹¹

a) *Autorizaciones y complementos de capacidad*: Esta clasificación coincide con la que se denomina “actos de amparo de personas de capacidad nula o disminuida”, en los que la autoridad judicial emite autorizaciones en relación con la persona o patrimonios de los menores e incapacitados; en la doctrina se señalan como ejemplos típicos de esto, las autorizaciones para la venta de bienes del menor, nombramiento de tutores, licencias para contraer matrimonio, etc.

b) *Declaraciones de situaciones jurídicas*: mediante estos actos el Juez, realizando una previa cognición, que de suyo es una calificación sobre el cumplimiento de determinados requisitos, declara una situación jurídica partiendo de la existencia de una situación de hecho; dentro de este género encontramos las declaraciones de herederos, de validez del testamento ológrafo, etc.

c) *Fijación provisional de hechos*: Son casos en los que el Juez se limita a tomar declaraciones de personas o a recibir documentos relacionados con un hecho e particular, aprobando o no la información, pero sin valorarla en ningún sentido, y sin que estos actos puedan afectar la esfera jurídica de persona alguna, pues en ese caso se estaría violentando la

¹¹ GONZÁLEZ Palomino, “Instituciones de Derecho Notarial”, Revista del Notariado número 16, Ed. Reus, Madrid España, 1948, Págs. 79-82.

garantía de audiencia de aquel que resulte perjudicado por dicho acontecimiento; estos actos estarían agrupados dentro de los que llamamos de “publicidad jurídica directa” dentro de la primera concepción doctrinaria a la que nos referimos.

Como podemos apreciar, haciendo el análisis de las dos posturas doctrinales anteriormente expuestas, y advirtiendo que las dos son parte de la tradición jurídica española, las cuales por razones obvias son de suma importancia tanto para nuestra cultura como para nuestro lenguaje jurídico, resulta evidente que el concepto de Jurisdicción Voluntaria no está esclarecido, que las definiciones que se enuncian de la misma, en realidad no son tales, pues más que definiciones, son más bien argumentos que apelan a criterios de exclusión en los que se suele señalar lo que no debemos entender por Jurisdicción Voluntaria más que decirnos cual es su nota característica.

Pero a pesar de ello, podemos afirmar sin temor a equivocarnos que la mayoría de los autores españoles se pronuncian por la tesis de encuadrar la Jurisdicción Voluntaria dentro del campo del Derecho administrativo, reclamando su alejamiento de los Códigos Procésales. En este sentido encontramos la opinión de notables juristas como Jaime Guasp,¹² quien señala que en el ejercicio de la Jurisdicción Voluntaria no se trata de satisfacer de un modo coactivo ninguna pretensión, por que esto sólo se logra mediante la actuación del Derecho tendiente a la solución de un conflicto, siendo que en estos procedimientos sólo se busca constituir, desarrollar o completar relaciones jurídicas privadas.

Niceto Alcalá Zamora y Castillo advierte que se encuentra bastante generalizada la concepción de la Jurisdicción Voluntaria como una actividad netamente administrativa, pero con una visión sumamente crítica, señala que es necesario hacer una revisión pormenorizada de los distintos procedimientos que integran la misma, por que nos precisa este importante tratadista, que los procedimientos voluntarios relativos a la preparación, aseguramiento y prevención en los juicios deberían permanecer dentro de la esfera judicial, bajo el riesgo de que de no hacerlo pierdan su esencia y queden sin significado alguno, dentro del

¹² GUASP, Jaime “Comentario a la Ley de enjuiciamiento civil” Revista de Jurisprudencia número 24, España . Pág. 269.

ordenamiento jurídico; pero aquí bastaría hacer la reflexión en torno a la naturaleza de dichos procedimientos a los que el Maestro Alcalá se refiere, pues parece ser que los mismos son más bien fases preparatorias dentro del procedimiento contencioso que jurisdicciones voluntarias autónomas.¹³

1.7.2 Doctrina Italiana

Los italianos han sido el sector doctrinal que más ha hecho por el mundo del Derecho procesal, a ellos les debemos una buena parte de las teorías que explican las complejas relaciones que se fincan dentro de un proceso, y es por eso que la mayoría de los códigos procesales de un gran número de naciones recogen los principios enunciados por ellos, y el tema de la Jurisdicción Voluntaria por la misma razón no les es ajeno y han profundizado bastante en él.

1. Guiseppe Chioenda,¹⁴ busca la razón de la distinción entre Jurisdicción Voluntaria y Contenciosa en el análisis de la sustancia de uno y otro proceso, y no en la forma que ellos guardan; para él en ambos casos estamos en presencia de procesos que guardan una enorme similitud procedimental, toda vez que un juzgador realiza su labor mediante las herramientas que le son propias a su profesión, es por eso que buscar una diferencia esencial en los procedimientos por los que una y otra institución sería llegar a la conclusión de que son iguales; es por eso que debemos analizar el fondo de las cosas, desentrañar su sustancia y así poder entender cual es la diferencia esencial entre ambas clases de jurisdicción.

Señala Chioenda, que en el ejercicio de la Jurisdicción Voluntaria el juzgador es llamado a suplir capacidades jurídicas defectuosas y cooperar en la formación de situaciones jurídicas concretas; en tanto que cuando se haya en ejercicio de la Jurisdicción Contenciosa su labor se enfoca en actuar derechos y en comprobar, para posteriormente reparar las infracciones de deberes jurídicos de parte, frente a parte; como se puede apreciar, la tesis de este jurista italiano se puede resumir en que en la Jurisdicción Voluntaria se realiza una actividad

¹³ ALCALÁ Zamora y Castillo, Niceto, "Premisas para determinar la índole de la llamada Jurisdicción Voluntaria" artículo de la Revista de Derecho Procesal", año VII, número 47, Pág. 287

¹⁴ GUISEPPE Chioenda, "Curso de Derecho Procesal Civil", Tercera Edición, Harla, México, 1994. Págs. 202 a 207

administrativa para declarar derechos, en tanto que en la contenciosa se constituyen derechos mediante la resolución de una controversia. Esta apreciación es temeraria, y no creemos que constituya el elemento esencial en la distinción entre ambos conceptos, pues si bien es cierto que constituye un acierto el atender a la esencia de los procedimientos, dejando de lado las cuestiones meramente de forma, también es cierto que no puede sólo centrarse en la declaración o realización de un Derecho para distinguir entre ambas Instituciones, pues en la Jurisdicción Contenciosa no siempre se realiza el Derecho, pues éste puede de antemano existir y ser posteriormente declarado por el juzgador y su existencia; por lo cual se puede concluir que la existencia de un Derecho puede ser discutida en una contención para concluir en su posterior declaración de existencia, en ejercicio propio de la jurisdicción en su sentido real.

No obstante lo anterior, Chiovenda tiene el acierto de señalar distinciones muy importantes entre un proceso contencioso y un voluntario, tomando en cuenta los efectos que uno y otro producen, dado que la esencia de la función realizada por el Juez, es distinta en cada caso: por lo que él considera que las resoluciones dictadas por la autoridad judicial en ejercicio de la Jurisdicción Voluntaria, no tiene nunca el carácter de cosa juzgada; por lo que según el propio Chiovenda comparten más los rasgos propios del acto administrativo que los del jurisdiccional.

Por otra parte, los actos propios de la Jurisdicción Contenciosa, particularmente la sentencia, que es el acto jurisdiccional por excelencia, están destinados a adquirir la calidad de cosa juzgada que les otorga firmeza para considerarlos inamovibles.

Chiovenda afirma que "...La jurisdicción es la función del Estado que tiene por fin la actuación de la voluntad de la Ley, mediante la sustitución por la actividad de los órganos públicos, de la actividad de los particulares, sea el afirmar la voluntad de la ley, sea al hacerla efectiva..."¹⁵, por lo que de acuerdo a la definición de Chiovenda, no tiene la distinción de ser

¹⁵ Ibidem, volumen I, Pág., 17

la distinción entre Jurisdicción Voluntaria y contenciosa, toda vez que no existe dicha sustitución en el ejercicio de jurisdicción.

También señala Chiovenda, que los actos de Jurisdicción Voluntaria constituyen una forma especial del función del Estado que es ejercida en parte por los jueces y en parte por los órganos administrativos, y que no es igual que la generalidad de los demás actos administrativos, dado que los intereses públicos del Estado no entran en juego en estos actos; se trata más bien de actos entre particulares y que sólo de una forma muy remota afectan intereses públicos.¹⁶

Termina su análisis de la figura que nos atañe este importante tratadista italiano, señalando que el desarrollo de la doctrina en su país y en otros del continente Europeo, ha tendido a buscar la distinción de las dos jurisdicciones con base en criterios que no son correctos, así critica la idea de que la existencia de conflicto entre las partes sea la nota esencial que distinga ambas instituciones, en virtud de que según él, la existencia del conflicto no es necesaria para que estemos en presencia de la jurisdicción; y señala como ejemplo el juicio seguido en rebeldía, donde opina que no hay contención, y sin embargo, se ejerce la jurisdicción. En este punto en concreto, no estamos de acuerdo, ya que la existencia del conflicto es necesaria para que haya jurisdicción, como ya explicamos con anterioridad.

También crítica la idea de coacción como elemento distintivo de ambas jurisdicciones, ya que señala que no es cierto que toda resolución de Jurisdicción Voluntaria carezca de carácter obligatorio; como sucede en las resoluciones relativas a la tutela de menores e incapaces, las cuales son consideradas por la legislación de muchos países, como procedimientos de Jurisdicción Voluntaria, y son susceptibles de ser exigidas coactivamente.

El criterio que señala que la Jurisdicción Contenciosa es represiva, en tanto que la voluntaria es preventiva, también es calificado de impreciso por Chiovenda; toda vez que no todo juicio contencioso pretende reprimir una conducta que no es debida, ni todo procedimiento

¹⁶ Ibidem, Pág. 203

voluntario pretende evitar un conflicto futuro; tesis central del pensamiento de Francesco Carnelutti, que a continuación analizaremos.

2. Para Francesco Carnelutti la esencia de la Jurisdicción Voluntaria radica en el carácter cautelar que ésta reviste y que la separa de la Jurisdicción Contenciosa; pues afirma dicho tratadista que la actividad jurisdiccional tiene primordialmente dos fines: por un lado busca la “*composición del litigio*”, siendo ésta una actividad de carácter meramente represivo, buscando el cese de la contienda entre las partes; y por otro busca “*la prevención del litigio*”, siendo éste de acuerdo con Carnelutti, el campo propio de la Jurisdicción Voluntaria.¹⁷

Este procesalista italiano nos advierte que lo que el llama proceso voluntario (Jurisdicción Voluntaria), es un campo enormemente descuidado por la ciencia jurídica, y que paradójicamente, es más extenso en su contenido que el propio proceso contencioso; en su opinión esto se debe a que es mucho más complicado el estudio de aquel que de éste, toda vez que por lo que toca al proceso contencioso, contamos en todos los países de tradición romano-germánica con una gama de códigos procesales que engloban de una manera sumamente sistematizada las características esenciales del desarrollo de un procedimiento contencioso; cosa que por otro lado, no ocurre en el caso de un procedimiento voluntario, donde las normas de su substanciación, dispersas en distintas partes de los variados cuerpos legales,¹⁸ adquieren un carácter profundamente casuístico que impide la enunciación de una teoría general que lo explique.

La teoría de Carnelutti se basa en la distinción entre “conflicto actual” y “posible conflicto de intereses”, por lo que la línea divisoria entre ambas jurisdicciones se encuentra constituida por un criterio cronológico: mientras en una se busca dirimir un conflicto existente y presente, en

¹⁷ CARNELUTTI Francesco, “*Derecho Procesal Civil y Penal*”, Quinta Edición, Harla, México, 2002, Pág 247-255

¹⁸ En ocasiones ciertos procedimientos que son considerados por la doctrina como voluntarios, encuentran su regulación en la ley dentro de ordenamientos de carácter sustantivo y no adjetivo; como ejemplo de este fenómeno encontramos en nuestro ordenamiento positivo mexicano los casos de declaración de ausencia de una persona y el protesto de documentos mercantiles, los cuales se encuentran regulados en el Código Civil y en la Ley de Títulos y operaciones de Crédito, respectivamente, siendo que para un amplio sector de la doctrina son casos de Jurisdicción Voluntaria ejercida ante el Juez en ciertos casos, y que están regulados en cuerpos sustantivos y no procesales.

la otra se busca evitar una controversia inminente; es por eso que el propio autor le llama a la Jurisdicción Voluntaria “proceso sin litigio”, y en palabras del propio autor se define de la siguiente manera “...Se trata (en la Jurisdicción Voluntaria) de vigilar o de comprobar la actividad jurídica entre los particulares en algunos casos en que la cualidad del sujeto o la estructura o la función del acto, hagan más grave le peligro de un mal uso de aquella...”¹⁹

Ya analizada cual es la esencia del procedimiento voluntario de Carnelutti, señalaremos que dicho autor considera que la intervención de la autoridad judicial es necesaria en esta clase de procedimientos toda vez que sin ella, el tráfico jurídico se encontraría falto de certeza e inmerso en la peligrosidad de la desobediencia; es por eso que Carnelutti clasifica los procedimientos voluntarios atendiendo a aquellos intereses particulares que pueden resultar vulnerados sin la intervención de la autoridad judicial, y nos señala la siguiente clasificación.²⁰

a) *Procesos voluntarios relacionados con la vida de una persona*: señala Carnelutti que la certeza sobre el inicio y el fin de la vida de una persona son el presupuesto básico e inicial para un desarrollo ordenado del tráfico jurídico entre los individuos; es por eso que el ordenamiento jurídico, se ha esmerado por mantener los mecanismos necesarios para conservar la mayor certeza posible en torno a estos dos conceptos, mediante el establecimiento en la mayoría de los casos de esferas de administración pública encargadas de llevar el Registro Civil de la población. Ciertamente esto era mucho más sencillo en épocas donde la movilidad de los individuos era mucho menor a la existente hoy en día, donde los medios de transporte se han desarrollado enormemente y donde una persona es muy probable que no muera en el lugar donde nace y lo haga muchas veces alejada de su domicilio o del Estado del cual es Nacional. Es por eso que es necesaria en opinión de Carnelutti la intervención del juzgador para establecer la certeza sobre la vida de las personas, de tal suerte que el Juez debe estar encargado de llevar acabo ante su presencia un procedimiento voluntario denominado “*declaración de ausencia*”, en el que no existe litis, pero existe un riesgo inminente de que

¹⁹ Ibidem. Pág.250

²⁰ Ibidem. Págs.252-254

surjan conflictos cuando no se tenga noticia alguna sobre si cierta persona continua con vida o no, quedando en el aire la realización de una serie de negocios sobre el patrimonio de una persona, de la cual reclaman su presencia, mismo que no se puede dar por que no se sabe si esta viva o muerta. En este caso la actuación del Juez, se traduce en el nombramiento de una persona como representante de aquel que se declara ausente, con el fin de evitar serios menoscabos en las esferas jurídicas de un gran número de personas: los posibles sucesores, los que se hallen relacionados de una u otra forma con el ausente, y el mismo ausente si continua con vida; este representante se encargará de cuidar los intereses del ausente estando investido de las más amplias facultades para ello, señalando al respecto el propio Carnelutti "...Que medidas de tanta gravedad reclamen la obra imparcial del Juez, no tiene necesidad de demostración..²¹

Procedimientos voluntarios relacionados con el patrimonio de la persona: El patrimonio de las personas, uno de los atributos de la personalidad que nos permiten identificarnos y tener acceso al complicado juego de las relaciones jurídicas, constituye uno de los temas centrales del Derecho Civil, y que merece una especial atención por parte del legislador para poder establecer una sociedad donde las relaciones jurídicas se basen en la certeza, en el trafico.

Es por eso, que en opinión de Carnelutti, el proceso voluntario, en relación con la protección del patrimonio de una persona, se debe concentrar en la consecución de tres fines en relación con aquel: la continuidad, se parte del punto de que el ordenamiento jurídico se debe reaccionar de cierta forma ante el carácter finito de la vida humana, es por ello que es necesario asegurar la suerte de las relaciones jurídicas de una persona cuando ésta muera, pues no es concebible que estas queden "extintas", por el hecho de que su titular fallezca.

De tal suerte, de acuerdo a Carnelutti, resulta necesario reclamar la presencia del Juez a efecto de que este señale a aquel que tiene Derecho a suceder a otro en su patrimonio al momento de su muerte. Señala Carnelutti que resulta más evidente esta necesidad en el caso de la sucesión intestamentaria, donde la peligrosidad de que surjan disputas entre aspirantes a la herencia y

²¹ Ibidem, Pág 250

acreedores es muy grande, por lo que es necesario la pronta intervención del Juez, designando a aquella persona con el mejor Derecho hereditario; pero sin embargo, señala que es igualmente necesaria su intervención en el caso del procedimiento testamentario, pues la trascendencia que reviste la continuidad patrimonial, solo puede ser salvaguardada en opinión de Carnelutti, por la autoridad jurisdiccional.

En cuanto a la división del patrimonio se advierte esta solo tiene sentido en tanto se entienda la institución de la “comunidad”, la cual en opinión del propio Carnelutti, constituye una especie de “estatus” patrimonial en el que varias personas constituyen una comunidad que se traducen una universalidad de bienes en relación a la cual todos tienen Derecho: dentro de ellas se encuentra la comunidad contractual personificada, la cual se refiere a todos aquellos casos de constitución y modificación de personas morales, así como aquellas comuniones patrimoniales que surgen en virtud de la adquisición del Estado civil, donde el régimen de sociedad conyugal, sin pretender aquí realizar un análisis de la Institución, se crea una comunidad patrimonial entre los cónyuges; en la disolución de ambas clases de comunidades debe intervenir el Juez, en opinión de Carnelutti, para evitar los posibles conflictos que pueden surgir con motivo de la liquidación de las mismas, pues de ello dependen una serie de relaciones jurídicas que pueden afectar la esfera jurídica de muchas personas, desde los mismos titulares de la comunidad, hasta derechos alimenticios de menores e incapaces o derechos de acreedores.

Por lo que se refiere a la protección de los acreedores, estamos aquí en presencia de una situación muy especial y controvertida en la concepción de Carnelutti, pues aquí el se refiere a aquellos procedimientos que se tramitan ante el Juez y que tienen por finalidad, conservar y liquidar el patrimonio de aquella persona que se encuentra en estado de insolvencia, nos referimos a los procedimientos de quiebra y sus pensión de pagos. Carnelutti concibe estos procedimientos como integrantes del concepto de “estatus”, pues en su opinión lo que se busca en ellos es que deudor y acreedores en presencia del Juez, busquen formar una comunidad, al a que Carnelutti llama “masa de acreedores”. Carnelutti, señala que este procedimiento no implica la existencia de litis alguna, pues lo que se busca según el es crear una comunión para

posteriormente disolverla, y señala de que el hecho de que haya conflictos entre acreedores y deudor, no es materia como tal del procedimiento de quiebra y suspensión de pagos, sino que sería materia de otro juicio posterior, en el que se sustentaría la existencia o inexistencia de un crédito, por lo tanto aún no sería parte de la “comunidad” ha la que venimos haciendo referencia, por lo que estos procedimientos de quiebra tendrían como única finalidad dividir una comunidad patrimonial que fue establecida con anterioridad.

b) *Procedimientos voluntarios en relación con la capacidad de una persona:* Señala Carnelutti en relación con este punto, que debemos distinguir dos cualidades esenciales en aquella persona que se encuentra en un estado considerado como apto para actuar dentro del mundo de las relaciones jurídicas, estas son la capacidad de querer y entender.²² Estas capacidades, que son propias de aquel que puede decidir diligentemente sobre sus bienes y persona, se pueden encontrar eliminadas o reducidas en determinados individuos en razón de su corta edad o de alguna enfermedad; pero esto no impide que de manera alguna se les considere personas, ni que puedan intervenir en el tráfico jurídico, siendo titulares de derechos y obligaciones. Es por eso que señala Carnelutti que la intervención de esos sujetos debe estar regulada por la autoridad judicial, ya sea en el caso de adulto incapaz, declarando esa incapacidad nombrándole un representante legal para dicha circunstancia, o en el caso del menor, solamente nombrando al representante. Con esta medida, se buscan evitar conflictos en lo futuro, protegiendo al incapaz, que al no gozar de un entendimiento prudente, podría provocarse terribles daños en su persona, y de la sociedad en general, procurando que las relaciones jurídicas que se den entre personas capaces de entender la trascendencia de su actuaciones; y todo esto con la realización de un procedimiento voluntario que evitará futuras disputas.²³

c) *Procedimientos voluntarios en relación con el estado civil de una persona:* Sobre este particular, comienza Carnelutti, precisando cual es la diferencia entre el Estado y una situación jurídica, pues ambos son muy parecidos, pero no iguales; y por eso es que en su opinión el

²² Ibidem. Pág. 251

²³ Ídem.

estado reviste una mayor trascendencia social que reclama una mayor protección. Por un lado, encontramos que la relación jurídica como tal no reclama una estabilidad, concurre en la mayoría de los derechos de crédito, donde la extinción de los mismos, mediante el pago es su razón de existir; cosa que no sucede en el estado familiar, pues la finalidad del mismo, ya sea a nivel de filiación o matrimonio, es permanecer el mayor tiempo posible. Señala Carnelutti que mientras las relaciones jurídicas “son”, el estado “esta.”

d) *Por lo que se encuentra llamado a permanecer*, siendo una complejidad “unidad de variadas relaciones jurídicas.”²⁴ Por estas razones es que Carnelutti, señala que el estado reclama la protección judicial, porque de su existencia dependen un gran número de relaciones jurídicas entre los titulares de un estado, que al faltar éste se colapsarían y estarían en conflicto. Dentro de los procesos voluntarios, que destaca el procesalista italiano en este campo, se encuentran de manera genérica: el matrimonio y el de filiación. En el primero de ellos, encontramos todos los actos jurídicos, mediante los cuales, se crea el estado entre los cónyuges, así como aquellos por los que se disuelve; es discutible según el propio Carnelutti, si el acto por el que se disuelve el matrimonio, el divorcio, implique contención, pero en su opinión de manera por demás tajante no es así, toda vez que afirma no existe un conflicto de intereses verdadero y propio, sino que simplemente existe la desaparición de un interés común, que es el de convivir, así que no sólo sería contencioso lo que nosotros llamamos divorcio voluntario, sino que aquel que conocemos como necesario, no sería un conflicto, y solo sería “necesario”, por que es menester que declare el Juez la falta de interés; no podemos estar de acuerdo en esta concepción, toda vez que en el divorcio necesario, consideramos que existe una litis, pues no es suficiente la simple falta de interés comunes, sino que se requiere una pretensión por parte del actor, que debe ser probada en un juicio verdadero para que se decrete el divorcio, siendo necesario además que el cónyuge que demanda no sea el que provoca la causal de divorcio.

En los procedimientos relacionados con la filiación, encontramos que lo que se pretende es declarar que una persona es hija de otra, aquí señala Carnelutti que tampoco existe litis, pues

²⁴ Ibidem. Pág 252

lo que se busca es que se decrete la certeza sobre un hecho que no es cierto, que no queda del todo claro para los que están relacionados en virtud de la presunta filiación; nos señala el autor en este punto que es necesario advertir que se encuentra en juego la declaración de un interés, que es aquel que tiene el hijo de que se le reconozcan los derechos derivados de su filiación, pero esto no implica que esta litis, en el sentido de lucha de interés (lo que llamaría Camelutti el “contradictorio”) pues de acorde con su manera de pensar, el hecho de que el padre negara la paternidad que se le reclama, no implicaría la existencia de una litis entre él y su presunto hijo, pues, como ya dijimos hay un solo interés en juego en este caso: la declaración de que una persona es hija de otra, y por tanto no hay pugna de intereses.²⁵

Para finalizar la exposición del pensamiento de este gran maestro italiano de las ciencias procesales, señalaremos que el considera que es distinto el ejercicio de la jurisdicción del juzgador en cada uno de los procedimientos a los que nos hemos venido refiriendo: por un lado encontramos que en el terreno de la Jurisdicción Contenciosa la actuación del Juez, se encuentra limitada por la extensión de la acción del actor, estando imposibilitado para establecer la certeza de las relaciones y hechos que no hayan sido probados por las partes; cosa que nos señala que no ocurre en el proceso voluntario, donde la actuación del Juez, si bien es cierto que es motivada por la acción de una de las partes, su decisión no se encuentra atada por los hechos probados por las mismas, sino que se puede basar en otros indicios, en este sentido éste es un procedimiento inquisitorio, y aquel dispositivo.

Hemos de señalar que no estamos del todo de acuerdo con esta teoría, pues aunque concordamos en el hecho de considerar como la esencia de la Jurisdicción Contenciosa la existencia del conflicto entre las partes (lo que en nuestra concepción constituye el concepto real y único de la jurisdicción) discrepamos en el hecho de considerar a la Jurisdicción Voluntaria como un mero método preventivo de litigios, toda vez que esto nos parece una simple consecuencia muy lejana que pueden tener un número infinito de actos jurídicos; ¿O no acaso un notario al redactar un testamento no busca hacerlo de la mejor manera posible con el fin de evitar futuros conflictos? ¿Y ya por esto podríamos afirmar que el fin del

²⁵ Ibidem. Pág. 60

testamento es evitar futuros conflictos y no el disponer por parte de una persona de sus bienes y derechos para después de su muerte? Es por eso que pensamos que esta teoría incurre en el error de no definir la Jurisdicción Voluntaria por la finalidad más importante que ésta persigue, pues en cada caso de Jurisdicción Voluntaria que analizaremos posteriormente, tendremos la oportunidad de darnos cuenta que todos ellos buscan la creación de una situación jurídica a favor de una persona determinada, y no el evitar el conflicto.

Por otra parte, tampoco podemos concordar con Carnelutti en el listado que él mismo nos expone sobre los procedimientos voluntarios que enuncia en su teoría, particularmente en los relacionados con el estado familiar, y los procedimientos de quiebras, pues parece cuestionable que todos los que él enuncia, pertenezcan al terreno de la Jurisdicción Voluntaria, de manera especial señalaríamos el divorcio necesario, donde creemos que definitivamente existe contienda y conflicto de intereses entre los cónyuges.

3. Otros Tratadistas italianos como Redenti,²⁶ afirman que la nota distintiva de la Jurisdicción Voluntaria radica en la imposibilidad de aplicar sanciones a ésta, cosa susceptible de hacer en el caso de la contenciosa; se comparte esta opinión en parte, pues es cierto que se pueden imponer sanciones en la Jurisdicción Contenciosa, como es el caso de la penal en concreto, pero no siempre es así, pues en ocasiones el ejercicio de esta solo conduce a la declaración de una situación preexistente y no a la imposición de una sanción; creemos que se trata de un criterio insuficiente, toda vez que la imposición de sanciones no es necesaria en la Jurisdicción Contenciosa, ni la falta de estas presupone el ejercicio forzoso de la Jurisdicción Voluntaria.

4. Rocco hace una revisión de las distintas doctrinas que pretenden explicar la esencia de la Jurisdicción Voluntaria, y señala que todas ellas han incurrido en el error de no destacar el fondo de la actividad realizada por el juzgador para explicar la naturaleza del concepto.²⁷

²⁶ Redenti, "Diritto Procesal Civile", citado por el VIII Congreso internacional del Notario Latino, en el Tema III "El Notario y la Jurisdicción Voluntaria", Pág. 12

²⁷ Citado por el Licenciado Antonio C. Campillo Sánchez en el tercer tema del VIII Congreso Internacional del Notariado Latino "El Notario y la Jurisdicción Voluntaria"

Comienza por señalar que la existencia de la controversia para distinguir entre ambos conceptos no tiene razón de ser, toda vez de que en un juicio seguido en rebeldía, no existe tal controversia y, sin embargo, es Jurisdicción Contenciosa y no voluntaria; no compartimos esta concepción, toda vez que consideramos que en el juicio seguido en rebeldía si existe controversia, aunque esta sea ficta, pues el actor debe rendir todas las pruebas como si se tratase de un procedimiento ordinario; y el demandado se le estima presente en todo momento, inclusive negando los hechos.

Rocco señala que tampoco es correcto el criterio que distingue a ambas jurisdicciones en la presencia de coacción de una de ellas y en la otra no; sobre este punto cabe recordar que la coacción en el cumplimiento de las sentencias no es un elemento esencial de la jurisdicción, pues aunque esta provenga de la característica de cosa juzgada, en el caso de la contenciosa, tienen su origen en el incumplimiento de la sentencia, y no es inherente a la misma.

También se postula en contra del cierto criterio sostenido por Carnelutti que basa la distinción en la prevención del litigio para la voluntaria, y en la solución del mismo para la contenciosa; punto en el cual concordamos por las razones anteriormente argüidas.

Concluye este tratadista que la Jurisdicción Voluntaria, no contiene paradójicamente ningún elemento de "voluntariedad", toda vez que en ella la supremacía de la voluntad debe someterse por el Derecho a variadas condiciones extrínsecas de tiempo y forma de las cuales va a depender su eficacia: como puede ser el caso de la intervención de un órgano estatal encargado de recibir la documentación o realizar el examen de los actos que debe sancionar, todo lo cual corresponde en la opinión de Rocco al ámbito de la administración pública, y no al jurisdiccional, por lo que la distinción entre ambas jurisdicciones no tiene razón de ser.

5. Por otra parte, existen otros autores en Italia que están en franco desacuerdo con la opinión de Rocco, que dicho sea de paso es una de las opiniones imperantes en la doctrina, y consideran que la Jurisdicción Voluntaria es de suyo, verdadera jurisdicción. Los autores que sustentan esto, parten de que el sentido de la jurisdicción es actuar la ley, es la persecución de

un interés público mayor del que persiguen las partes en juicio: el sentido del ejercicio de la jurisdicción es la aplicación de la norma abstracta al caso concreto; lo cual se hace en aras a la abstención del interés público.

En este sentido se han pronunciado juristas como Micheli,²⁸ quien opina que la función del Juez en el ejercicio de la Jurisdicción Voluntaria es actuar la voluntad de la Ley, y aunque esto no se haga en este caso satisfaciendo el interés de una parte frente a la otra, a final de cuentas lo que hace el Juez, es hacer posible el sufrimiento de determinados efectos jurídicos mediante el cumplimiento de los presupuestos necesarios para ello; como se ve, en la concepción de este jurista, en ambos casos, tanto en la Jurisdicción Voluntaria como en la contenciosa, lo que se busca es aplicar al caso concreto los preceptos abstractos de la Ley.

Para este autor, la diferencia entre ambas jurisdicciones no hay que buscarla en la actividad que realiza el Juez en uno y otro caso, sino más bien en el contenido de la norma jurídica que debe hacer actuar el juzgador; en un caso la norma le pedirá al juzgador que haga valer el interés de un particular frente a otro; en tanto que el otro caso, pedirá que otorgue validez a las actuaciones del particular para que éstas surtan los efectos legales necesarios.

6. Para Antonio Visco,²⁹ siguiendo la línea expuesta por Micheli, la Jurisdicción Voluntaria se manifiesta en el mismo sentido de la contenciosa, pues ambas buscan lograr la actuación de la Ley o la declaración de los derechos; pero mientras en la primera se busca declarar el Derecho entre dos partes en contienda, en la segunda lo que se busca es que la ley actúe, mediante la legalización de una situación de hecho, la integración de una personalidad deficiente o la defensa de un patrimonio. En este sentido, opina Visco, que la función cumplida por el Juzgador que se haya en ejercicio de la Jurisdicción Voluntaria es similar a la que cumple el Notario, pero no idéntica, pues en opinión del tratadista italiano, el Notario es un mero receptáculo que recaba la información de los particulares para expresar su voluntad en

²⁸ FONT Boix, Vicente "El Notario y la Jurisdicción Voluntaria", Ponencia presentada para el III tema del VIII Congreso de la Asociación Internacional del Notariado Latino, Junta de Decanos de los Colegios de Notarios, Madrid, 1965, Pág 39

²⁹ VISCO, Antonio "Procedimientos de Jurisdicción Voluntaria", Ponencia presentada para el III tema del VIII Congreso De la Asociación Internacional del Notario Latino, México, 1965, Pág 14

términos jurídicos; en tanto que el Juez al ejercer la Jurisdicción Voluntaria no se limita a recibir pasivamente la declaración de voluntad de los particulares, sino que realiza la función activa al juzgar sobre la oportunidad o legalidad del acto; sobre este particular tendremos oportunidad de regresar cuando analicemos la función notarial, y nos daremos cuenta de que contrario a lo opina Visco, ésta no es tan pasiva como el cree.

7. Piero Calamandrei,³⁰ en su libro denominado Derecho Procesal Civil, se postula por la línea propuesta por Rocco, concibe a la Jurisdicción Voluntaria dentro del marco de la administración pública, y la define como “la administración pública de Derecho privado ejercida por órganos jurisdiccionales”.

Es decir, la Jurisdicción Voluntaria se encuentra entre los límites de la función jurisdiccional y la administrativa, debe su nombre al hecho de que es ejercida por órganos jurisdiccionales ya que tiende primordialmente a documentar negocios jurídicos entre contratantes (Inter Volentes); se ubica dentro de lo que el llama “administración pública del Derecho privado”, que es aquella rama de la administración pública mediante la cual y a través de muy variados órganos, el Estado interviene para regular la actividad de los particulares tendiente a la satisfacción de sus intereses privados dentro del tráfico jurídico.³¹

Esta administración pública del Derecho privado permite el desarrollo de la autonomía de los particulares en el devenir cotidiano del tráfico jurídico, pero a la vez busca establecer un control más o menos fuerte por parte del Estado, mediante la exigencia de la sanción de una autoridad al acto concreto, ya sea mediante una revisión de legalidad del mismo, una sujeción a registro para hacer posible su publicidad, obrando como colaborador en la integración de la voluntad que da origen a lacto, etc. Estos actos, en opinión del mismo autor, no deben ser todos los que engloban la actividad de los particulares, pues hay casos en los que la simple declaración de voluntad en la forma prevista por la ley es suficiente para lograr la producción

³⁰ VISCO, Antonio “Procedimientos de Jurisdicción Voluntaria” Ponencia presentada para el III tema del VIII Congreso De la Asociación Internacional del Notario Latino, México, 1965, Pág. 14

³¹ CALAMANDREI, “Derecho Procesal Civil”, Cuarta Edición, Harla, México, 2001, Pág. 27 y 28

del efecto requerido, pero hay otros en los que la trascendencia social del efecto requiere la intervención del Estado como garante de la legalidad.

El ejercicio de la Jurisdicción continua Calamandrei, se ubica dentro de la función social y no jurídica del Estado, toda vez que la función primordial del órgano investido de Jurisdicción Voluntaria no es hacer cumplir el Derecho, sino procurar la mejor satisfacción de los intereses de los particulares intervinientes en el negocio jurídico de que se trata; colaborando en la creación o modificación del acto, eso sí, procurando la observancia del Derecho, pero con este fin social.³²

Calamandrei señala que la administración del Derecho privado es una verdadera forma del ejercicio de la administración pública, esto obedece a que cada vez se ha hecho más marcada la sustitución de la autonomía de la voluntad privada, por normas de carácter imperativo; es por eso, que no todo acto administrativo está llamado a producir consecuencias de Derecho Público, pues en ocasiones busca crear situaciones jurídicas entre particulares, creando o declarando derechos civiles.

Como podemos darnos cuenta, los distintos sectores doctrinarios en Italia se encuentran divididos en lo que podríamos llamar dos líneas de pensamiento: por un lado están aquellos que ubican a la Jurisdicción Voluntaria dentro de los límites de la actuación judicial propiamente dicha, abanderados principalmente por Camelutti, reconociendo en ella la existencia de un verdadero proceso, y en ocasiones reconociendo la existencia de un conflicto de intereses; por otro lado encontramos la segunda línea de pensamiento principalmente expuesta por Calamandrei y Rocco, que consideran a los procedimientos de Jurisdicción Voluntaria como meros procedimientos administrativos, negando toda naturaleza jurisdiccional a los mismos.

³² Ídem

En este sentido podríamos afirmar que la doctrina italiana es más heterogénea que la española, la cual en una línea de homogeneidad se postula principalmente por la idea de la naturaleza administrativa de los actos de Jurisdicción Voluntaria.

Por nuestra parte, nos postulamos a favor de la tesis expuesta por Rocco y por Calamandrei, particularmente por este último, pues la idea de la administración pública del Derecho privado nos parece la manera más acertada de explicar el fenómeno de la Jurisdicción Voluntaria.

1.7.3 La Doctrina Alemana.

Los Alemanes se han postulado por la idea propuesta por Calamandrei, sobre “la administración pública del Derecho privado”, término que en opinión del tratadista español Vicente Font Boix,³³ fue utilizado primeramente en la tradición jurídica alemana por Haenel en su obra “Duetsches Staatsrech” de 1892; y de ahí paso a la tradición Italiana donde ha sido desarrollada más a fondo por los grandes procesalistas de la península itálica; pero no obstante lo anterior, existen importantes esfuerzos en esta sólida tradición jurídica por desarrollar esta idea, que sin embargo, no alcanza los niveles propuestos por los italianos.

1. Kisch,³⁴ sostiene que el fin del Estado al ejercer la Jurisdicción Voluntaria es proteger y asegurar los derechos de los particulares, mediante funciones de documentación, inspección y registro, vigilando la conclusión de negocios jurídicos autorizándolos una vez cumplidos todos los requisitos previos y necesarios para el correcto y suficiente surtimiento de efectos por parte de los mismos.

Es importante en opinión de este autor, que en el ejercicio de la Jurisdicción Voluntaria no sólo se apliquen criterios jurídicos, sino también criterios de oportunidad y conveniencia exigidas por razones de utilidad práctica; por lo que él también coincide con el término de Administración Pública del Derecho Privado enmarcada en el ámbito social del Estado, siguiendo en este punto las ideas propuestas por Calamandrei.

³³ Op. Cit. Calamandrei, Pág. 36

³⁴ W. Kisch, “Elementos de Derecho Procesal Civil”, Pág 39, citado por la ponencia titulada “El Notario y la Jurisdicción Voluntaria, del tema III, del VIII Congreso Internacional del Notariado Latino. Pág 35.

Señala Kisch lo siguiente: "...Por la Jurisdicción Voluntaria, el Estado cuida de que una multitud de derechos y de relaciones jurídicas, alcancen el estado de publicidad y autoridad general que necesitan, y para ello lleva una serie de registros de la propiedad, del estado civil de las personas, de asociaciones mercantiles, de bolsa etc. y expide certificados y testimonios extraídos de los mismos. Puede también por acto suyo, crear derechos y anularlos, por ejemplo nombrando y deponiendo tutores, privando y limitando la patria potestad. Puede incluso por un acto hacer que surja un sujeto de derechos o que se extinga, por ejemplo una asociación o fundación. En otros casos la intervención del Estado no es necesaria como requisito intrínseco de validez, pero sí de forma externa del negocio. Esto es lo que sucede en el amplio campo de la documentación, fe pública, por los Tribunales, notarios y demás órganos. Fuera de esto tiene frecuentemente que asegurar los derechos de los particulares de cualquier daño; llena tal fin cuando vigila el cumplimiento de las obligaciones correspondientes a los padres, tutores, administradores o curadores. Por último, es también función estatal el arreglo de los problemas de los particulares cuando discuten por divergencias de criterios, por ejemplo, entre varios tutores acerca de la realización de un acto concreto de tutela, o entre padres e hijos sobre el consentimiento paterno para contraer matrimonio. Es decir, que la Jurisdicción Voluntaria, como se ve, comprende cantidad inmensa de negocios. A causa precisamente de esto último, decimos que su delimitación dentro del proceso civil se encuentra notablemente difícil."³⁵

De la cita anterior, podemos concluir, aparte de las ideas anteriormente señaladas, que Kisch descubre el verdadero problema de la Jurisdicción Voluntaria: la falta de homogeneidad de los distintos procedimientos que la engloban, debido a la muy larga naturaleza de los mismos, aunque tiene a bien señalar que si algo tiene en común es el hecho de que no pretenden solucionar conflictos entre las partes por que no parece existir litis entre las mismas, por lo que dicho autor se cuestiona sobre la conveniencia de aplicar el proceso civil para desahogar los procedimientos de Jurisdicción Voluntaria, toda vez que parece ser cierto que esa no es la finalidad del proceso, como bien señala.

³⁵ Ibidem. Pág. 42-43

Es por eso que completando sus ideas, es necesario encontrar un campo de acción más propicio y menos ficticio para llevar a buen término la sustanciación de dicho procedimiento.

2. James Goldschmidt: Este tratadista señala que el criterio para distinguir entre la Jurisdicción Contenciosa y la voluntaria radica en el carácter represivo de aquella en contraposición al carácter preventivo de ésta; pues mientras en el primer caso se ha dado una violación al deber jurídico que debe ser reprimida, en el segundo se realiza una acción eficaz tendiente a evitar que de esta violación.³⁶

En este sentido, afirma dicho autor que lo que busca el Juez, mediante el ejercicio de la Jurisdicción Contenciosa es realizar la justicia en su sentido compensativo, en tanto que el ejercer la voluntaria busca la justicia en su sentido preventivo. No podemos estar totalmente de acuerdo en esta concepción, pues no siempre el fin buscando por la Jurisdicción Contenciosa es reprimir, lo cual sólo se daría cuando se decreta una determinada sanción fundada en cierta responsabilidad declarada en un procedimiento civil o penal, lo cual también es cuestionable, pues muchos tratadistas afirman que el sentido de la sanción penal no es meramente represivo, sino regenerativo; y por lo que toca a la sanción civil, se podría afirmar que más que un castigo es un resarcimiento entre particular por un daño sufrido. Por lo que podemos afirmar que la Jurisdicción Contenciosa no tiene como finalidad reprimir la conducta indebida, sino declarar el Derecho ahí donde es controvertido e incierto, por que no siempre existe una trasgresión voluntaria del orden jurídico, cuando se establece un procedimiento en contra de alguna persona. Sobre el carácter preventivo de la Jurisdicción Voluntaria no es necesario hacer más comentarios, sino remitimos a los argumentos ante argüidos para desestimar esta idea.

3. Para Adolfo Schöenke, el terreno propio de la Jurisdicción Voluntaria estará integrado por todos aquellos actos en los en los que en opinión del legislador sea necesario hacer depender la eficacia de los mismos de la sanción de aquellos órganos judiciales que no se

³⁶ GOLDSCHMIDT, James "Derecho Procesal Civil", Pág 126. Citado por la ponencia titulada "El notario y la la jurisdicción Voluntaria, del tema III, del VIII Congreso Internacional del Notariado Latino. Pág 38.

encuentran encargados como tales de dictar sentencia en el ámbito de la Jurisdicción Contenciosa.³⁷

Es importante destacar que este lugar hace la distinción entre funcionarios judiciales que ejercen la Jurisdicción Contenciosa y los que no, y que sin embargo y pese a esto, siguen siendo funcionarios de carácter judicial; basta recordar que hoy en día existen funcionarios dentro de la organización de los Juzgados que no tienen funciones jurisdiccionales en un sentido estricto, y que sin embargo se hallan dotados de facultades administrativas para llevar acabo sus funciones y cooperar en la administración de justicia; a estos funcionarios son a los que se refiere Schönke cuando habla de funcionarios jurisdiccionales que no dicten sentencias en procedimientos de carácter contencioso.

Podríamos afirmar que este autor reconoce la brecha que existe entre un procedimiento contencioso y uno voluntario, y por eso es que los situados dentro de la esfera competencial de distintos órganos, a los que él mismo les reconoce distintas labores y naturalezas, aunque se encuentren ambos dentro del ámbito de Poder Judicial.

Nos señala este autor que los procedimientos típicos de la Jurisdicción Voluntaria, serán aquellos relacionados con el estado civil de las personas, las tutelas de menores e incapaces, sucesiones patrimoniales en razón de muerte, partición de bienes comunes, registro de la propiedad y registro mercantil; pero lo que mas nos llama la atención de su exposición, es que considera propios de la Jurisdicción Voluntaria los actos de documentación llevados a cabo por los Notarios y otros órganos del Estado.³⁸

Pese a que primeramente nos indico que se trata de actos llevados a cabo por autoridades judiciales, para este autor no significa que esto sea realizado primordialmente por la autoridad judicial, sino que más bien son actos que deben ser llevados a cabo por aquellos órganos que no se hayan investidos de la facultad de dirimir controversias planteadas ante ellos; es un

³⁷ SCHÖENKE, Adolfo "Derecho Procesal Civil" Ariel, España, 1965 Pág. 58.

³⁸ *Idem*.

interesante punto de vista que analiza la problemática atendiendo más a la naturaleza del órgano ejecutor que a la función en sí, por eso que no la encuentra contradictoria dentro del ámbito judicial, ya que parte del supuesto que no todo funcionario judicial tiene como función juzgar.

Si bien es cierto Schöenke, tiene el acierto antes mencionado, también lo es que incurre en el error de no definir la Jurisdicción Voluntaria por su esencia, sino más bien la define en sentido negativo, atendiendo a lo que no es; pues al simplemente decimos que no es función jurisdiccional en el sentido estricto al atender que es ejercida por órganos que no dicten sentencia en solución a controversia, no nos dice a que esfera competencial pertenece, y más si nos señala que puede ser ejercida por órganos integrantes de distintas esferas competenciales.

Nosotros consideramos que cualquier actividad estatal es susceptible de ser encuadrada en una de las tres funciones básicas del Estado, por lo que descarta la posibilidad de que Jurisdicción Voluntaria sea parte del ejercicio del Poder Legislativo, la disputa doctrinal se debe centrar en saber si forma parte de la administración de justicia o de la administración Pública, para poder desentrañarla en su naturaleza jurídica y así poder aplicarles las normas que le son propias de acuerdo con su naturaleza.

4. Watch: Este autor italiano cuya obra es comentada y seguida por uno de los grandes autores italianos al que ya tuvimos oportunidad de referirnos, Guiseppe Chiovenda, tiene el acierto, en opinión del tratadista italiano, de destacar que el carácter distintivo de la Jurisdicción Voluntaria radica en la finalidad que ésta busca, pues su finalidad es muy distinta a la perseguida en ejercicio de la contenciosa.³⁹

Señala este autor que la finalidad perseguida por el Estado al ejercer la Jurisdicción Voluntaria, es constituir estados jurídicos o contribuir al desenvolvimiento de relaciones jurídicas existentes; en tanto que la Jurisdicción Contenciosa tiene como finalidad la

³⁹ Citado por Guiseppe Chiovenda, en la obra "Curso de Derecho Procesal Civil", en la nota 14, Pág 208-209

reclamación de una prestación, de una expectativa de crédito frente a una parte que necesariamente posee un interés distinto y contradictorio.

Señala Chioventa que Watch considera que en la Jurisdicción Voluntaria no existe esta contrariedad de partes, pues hay un interés jurídico en contra de otra persona que pretende negarlo, lo que existe es un estado jurídico que sin la intervención del Estado no podría nacer o desarrollarse, o de poder hacerlo, lo haría de forma imperfecta.

Advierte este autor que en el campo de la Jurisdicción Contenciosa existen sentencias que igualmente producen un efecto constitutivo en relación con una situación jurídica determinada, esto aparentemente constituye un problema para la teoría de Watch, pero señala que la distinción radica en la creación de un estado como producto de una sentencia favorable al actor en un juicio contencioso se deriva de la actuación de un Derecho ante el juzgador, y dicha constitución no deriva de la actuación del Juez en si misma, sino del Derecho que se actuó, y fue reconocido frente a la otra parte; cosa que no sucede en la Jurisdicción Voluntaria, donde la constitución del estado o situación, cuando menos en su estado perfecto, deriva necesariamente de la actuación del órgano judicial.

Watch señala los siguientes actos como los más importantes en materia de Jurisdicción Voluntaria, y los agrupa de la siguiente manera:

A) Intervención del Estado en la formación de sujetos jurídicos: Aquí según él manifiesta que el ejercicio de la Jurisdicción Voluntaria mediante el reconocimiento estatal del fenómeno societario en el caso concreto.

B) Intervención del Estado en la integración de la capacidad jurídica: Regulación general de la tutela de menores e incapaces así como en la formación de la voluntad de personas morales. Sobre este punto hace la crítica Chioventa a Watch de que en esta materia puede darse también el ejercicio de la Jurisdicción Contenciosa, por que según él, y siguiendo las ideas de Watch, la situación de tener dos partes encontradas una frente a la otra se puede dar, como

ocurría en el caso del recurso contra la negativa de una autorización en relación con el sujeto incapaz o menor, o una reclamación de nombramiento del tutor; aquí podemos comentar que Chiovenda confunde el proceso voluntario con el recurso que se intenta para desvirtuar el estado que crea o que decide no crear, por que evidentemente estaremos en un conflicto que enfrenta una parte contra otra, cuando se ataque la decisión o la actuación de un Juez por considerarla contraria la Derecho, pero es un procedimiento totalmente distinto a aquel que se pretende atacar, y si pertenece al ámbito de la Jurisdicción Contenciosa.

C) Intervención en la formación del estado de personas: Aquí el Estado contribuye a la formación de estados, particularmente el matrimonial y el filial. Aquí no actúa el Derecho para conseguir la realización de una pretensión de una parte frente a la resistencia de otra, lo que se busca es cooperar con la voluntad de las partes que están de acuerdo y se manifiestan en un mismo sentido con el fin de crear un nuevo estado. Señala Chiovenda que él está de acuerdo con Watch en considerar que el procedimiento de divorcio o separación de personas es contencioso, por que en él se solicita la realización de un Derecho a divorciarse o separarse, por lo que se considera correcto considerarlo como tal en virtud de dicho argumento.

D) Intervención del Estado en la participación de los particulares en el comercio jurídico: Aquí Watch, engloba una serie de variados actos, mediante los cuales el Estado autoriza a los particulares intervenir en el tráfico comercial o le otorga eficacia a sus actuaciones con el fin de que produzcan determinados efectos jurídicos, dentro de los actos de Jurisdicción Voluntaria que se mencionan en este rubro se encuentran todos los registros mercantiles e inmobiliarios que existen, así como la regulación de derechos de propiedad industrial e intelectual de los que se encargan las oficinas públicas correspondientes.

E) Intervención del Estado en materia de conciliación entre las partes: En este punto se busca con el ejercicio de la Jurisdicción Voluntaria colaborar con las partes en la formación de un estado jurídico que permita evitar un conflicto que es prácticamente inminente. Esta labor no debe ser confundida con la que realiza el Juez en el procedimiento contencioso antes de la fase de la instrucción, pues ahí se busca dejar sin efecto la controversia una vez surgida ésta, para

declarar posteriormente el sobreseimiento de la misma; en la conciliación se busca establecer un medio alternativo de solución de controversias, que de suyo no podría llamarse propiamente controversia en este punto, por que no constituye aún, un conflicto de intereses calificado de trascendencia jurídica; sería el terreno propio del arbitraje en el sentido en que lo entendemos actualmente.

CAPÍTULO II
EL NOTARIADO

2.1 DEFINICIÓN Y CLASES DE NOTARIO.

El Notariado como todas las instituciones de Derecho, es producto de una evolución. En un principio los Notarios eran prácticos en la redacción de contratos y actos jurídicos, posteriormente se desarrolló su oficio y adquirió la fe pública; al inicio, en forma endeble, más tarde, consolidada y legítimamente aceptada.

Es tradicional invocar como el concepto más acabado de la función notarial, la definición surgida de las conclusiones del Primer Congreso del Notariado Latino (Buenos Aires, 1948), que dice: “El notario 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, confiriéndoles autenticidad, conservar los originales de éstos y expedir copias que den fe de su contenido.

Motivo de especulación para los juristas, es ubicar en el tiempo y lugar, el nacimiento de la fe pública. Esto no ha sido posible hasta ahora. Sin embargo, puede argumentarse que tal o cual legislación empieza a dar valor probatorio a lo redactado y hecho constar para algunos artesanos de la escritura.

Puede afirmarse que en el siglo VI de la era cristiana, por primera vez existe una regulación positiva del Notariado, debida a Justiniano que en su obra de Compilación y Legislación, conocida como el “Corpus Juris Civilis”, dedica en las llamadas *Constitutiones o Novelas XLIV y LXXIII* a regular la actividad del Notario, entonces *Tabellio*, al protocolo, y otorga el carácter de fidedigno con cierto valor probatorio al documento por él redactado. Este personaje era un conocedor de las Leyes. Redactaba en un protocolo, leía, autorizaba y entregaba copia del documento a las partes; su actuación era obligatoria y respondía ante las autoridades, si el documento por él confeccionado era nulificado por ilicitud.

El documento redactado por el *Tabellio* podía ser atacado ante los tribunales, como actualmente puede serlo el notarial. No así el *ius actorum conficiendorum* (Derecho de formar y autorizar expedientes *autos*), documento judicial con valor semejante a la sentencia que ha causado estado. Esta idea no la comparte José Bono, quien considera que el documento redactado por el *Tabellio*, en tiempo de Justiniano, no hacía fe pública.⁴⁰ A partir del Derecho Justiniano, el *Tabellio* se convirtió en un factor muy importante en la evolución del Derecho, con las normas del *Corpus iuris Civilis* adaptadas a los lugares y cambios sociales por medio de la creación de fórmulas nuevas.

En la Edad Media con el impulso del comercio, el incremento de la banca, el nacimiento de las sociedades mercantiles y el progreso de las compañías de navegación, se desata un fuerte desarrollo en el Derecho. Al regularse las nuevas actividades que surgían, en ocasiones se aceptaba o modificaba la legislación existente, y en otras, se creaban instituciones jurídicas nuevas: consecuentemente la forma notarial evolucionó y fue regulada de manera más precisa.

Al principio en el siglo IX, Carlomagno legisla en las *capitulares*, sobre la actividad notarial y establece entre otras disposiciones legales que el instrumento notarial tiene el valor probatorio de una sentencia ejecutoriada. Más tarde, los Longobardos acogen la legislación carolingia en el desarrollo de la actividad del *Notarii*.

En la segunda mitad del siglo IX el Emperador de Oriente León VI el filósofo, escribe la Constitución XXV, en la que hace un estudio sistemático de los *tabularas* (antes *tabellio* ahora Notario).

Este ordenamiento destaca: 1) La importancia del examen para el que pretende ingresar como *tabulai*; 2) Fija las cualidades físicas, jurídicas y morales de estos funcionarios; 3)

⁴⁰ BONO, José, "Historia del Derecho Notarial Español", Junta de Edecanos de los Colegios Notariales de España, Madrid, 1974, Págs. 4-13.

Establece su colegiación obligatoria; 4) Fija un *numerus clausus*; 5) A cada uno les da una plaza; y 6) Impone aranceles.⁴¹

En los inicios de la época contemporánea, la Revolución Francesa, que hace desaparecer los Estados Generales: la Nobleza, el Clero y el Estado Llano, regula el Notariado por la Ley del 25 Ventoso del año 11.

Esta legislación contribuye históricamente, entre otras aportaciones con: 1) Conferir al Notario la calidad de funcionario público; 2) Exigir la transcripción del título que acredite el Derecho del enajenante y, 3) Establecer el requisito para ser Notario de una práctica ininterrumpida de seis años.

En España, en el año de 1862, se expide en forma codificada la primera Ley Orgánica del Notariado Español, que sistemáticamente regula al Notario, la función notarial, el instrumento público y la organización notarial. Gran importancia tiene para América Latina y en especial para México esta Ley que fue seguida y adaptada por nuestro legislador. El término Notario, sustituye al de escribano, le da la categoría de funcionario público y separa la actividad judicial de la notarial. Acaba con la prolifera y complicada enumeración de escribanos que existía en la tradición española. Para ser Notario, se exige haber triunfado en el examen de oposición, en el cual participaban los aspirantes que tuvieran una preparación técnica y especializada. Esta legislación sirvió de base a la mayoría de las Leyes notariales de los países latinoamericanos.⁴²

El Notario debe ser una persona con preparación jurídica, social y humana, pues su función pública está destinada principalmente a brindar seguridad jurídica.

⁴¹ ALLENDE, Ignacio, "La Institución Notarial y el Derecho", Ed. De Palma, Buenos Aires, 1969, Pág. 33

⁴² PÉREZ Fernández del Castillo, Bernardo, "Derecho Notarial", Séptima Edición, Porrúa, México, 1995, Págs. 9-10.

El Notario Latino.- El Notario debe actualizarse en la ciencia jurídica de manera constante. En el Notariado latino su preparación juega un papel muy importante, ya que la redacción de los instrumentos está bajo su responsabilidad y debe tener un conocimiento de todas las ramas del Derecho.

Nos referimos en el párrafo anterior al Notariado Latino, pues en el podríamos encuadrar al mexicano. Esta clase de Notariado, debe estar a cargo de abogados que aplican el Derecho escrito y no el consuetudinario, podemos decir que las características de esta clase son: a) es un asesor de las partes; b) interpreta la voluntad de las partes; c) redacta, lee y explica el documento; d) autoriza el instrumento imprimiéndole al acto el reconocimiento del Estado; e) conserva el instrumento; f) reproduce el instrumento, y g) su cargo es indefinido.

Por otro lado existe el *Notario Anglosajón*, el cual a diferencia, del latino, su labor se encuentra restringida a dar fe que una persona puso su firma y que la identificó, este tipo de Notario no redacta ni se introduce hasta el fondo del asunto, no vigila la legalidad del acto, dejándole esto a los tribunales, prepara, pero en la mayoría de los casos, de forma parcial los contratos, además de que su cargo es temporal y carece de formación profesional, es decir, no se trata de un Abogado o Licenciado en Derecho.⁴³

En México, hemos heredado de las instituciones hispanas el concepto de Notario latino, el cual guarda como ya se vio, diferencias con respecto al anglosajón. El latino es abogado, y por consecuencia, además de ser redactor del instrumento, es un asesor jurídico de las partes e intérprete de su voluntad, reproduce dicho instrumento, mismo que debe leer y explicar, autorizarlo en nombre del Estado mediante el sello de autorizar y su firma y además debe conservarlo, para cumplir, de esta manera con el principio de matricidad, principio que existe, para el Notario, desde las novelas justinianeas.

⁴³ RÍOS Hellig, Jorge *"La práctica del Derecho Notarial"*, Quinta Edición, McGraw-Hill, 1997, México, Págs. 27-28.

Existe un tercer tipo de Notario: *El Totalitario*. Aplicable a los países de régimen socialista, en donde los cambios de la propiedad privada son sumamente escasos.

En el modelo del Notariado cubano, sus exponentes son funcionarios públicos. necesariamente juristas, vinculados a los órganos locales del llamado poder popular con facultades amplias en la redacción, legalización y custodia de las contrataciones.⁴⁴

En algunos países, como la extinta República Democrática Alemana, tenían una intervención destacada en la Jurisdicción Voluntaria ó regulaban funciones registrales: pero todo ello limitado a ejercer sus funciones dentro de un parámetro más reducido que el de los grandes sistemas capitalistas, y tendiendo más a ayudar en los intereses del Estado.

•

2.2 EL NOTARIO COMO FUNCIONARIO PÚBLICO

El notario no tiene sólo la función pública de dar fe, pues además atiende otras diversas funciones, aunque todas se resumen en la delegación del "poder certificante del Estado". El notario no es sólo un fedatario, es decir, un dador de fe de ciertos hechos o situaciones. Es mucho más. Se trata de una profesión jurídica compleja, que en México se presta de manera casi uniforme tanto en el Distrito Federal, como en los 31 Estados que conforman la República Federal de los Estados Unidos Mexicanos.

El notario tiene siete funciones principales:

1. Es fedatario público;
2. Es asesor jurídico;
3. Es conciliador de intereses;
4. Es controlador de la legalidad y la legitimación

⁴⁴ Op. Cit. Ríos Hellig, Jorge, Pág. 29.

5. Es instrumentador de hechos y actos jurídicos;
6. Es reproductor de documentos de prueba plena y ejecutiva: los testimonios; y,
7. Es colaborador de la Administración Pública.

a. Como Fedatario Público, el notario está autorizado para dar fe conforme a las leyes, en los contratos y demás actos extrajudiciales. "Dar fe pública" significa que, por delegación del Estado, el notario es titular del poder certificante, es decir puede imponer su dicho como fedatario en calidad de verdad oficial, de tal forma que el documento notarial se convierte de documento privado en instrumento público, con valor de prueba plena y presunción absoluta de legalidad, hasta que no se demuestre lo contrario por sentencia judicial. La función de "Dar fe pública" ejercida por el notario es un verdadero servicio público, puesto que tiene por finalidad dar satisfacción a una necesidad colectiva de interés público. La función fedataria del notario es pública y no privada, porque en la prestación de sus servicios atiende no al interés concreto de una persona sino al interés general de la comunidad.

b.- Como Asesor Jurídico.- La función notarial, decíamos, es mucho más que su función fedataria. La Conferencia Permanente de los Notarios de la Comunidad Europea, del 23 de marzo de 1990, en relación con la función del notario indicaba que sirve a la seguridad jurídica a través del consejo imparcial y activo que se ejerce bajo el control permanente de la autoridad pública y reduce el riesgo de litigios, proporciona la seguridad jurídica a los ciudadanos y por tanto, protege los derechos de los usuarios del derecho.

El notario tiene dos deberes fundamentales: 1. dar consejo; y 2. dar información. Dar consejo significa dar su parecer sobre lo que el cliente debe ejecutar o seguir en algún caso dudoso. Esta función, compartida con el abogado, se diferencia en que por tratarse de una función pública y no privada, el notario tiene obligación legal de informar a todos los comparecientes, independientemente de que no sean quienes le pagan sus honorarios, del valor y alcance legal de lo redactado en el documento. El notario, por disposición de la ley, debe cerciorarse que los otorgantes han comprendido el sentido y contenido del negocio jurídico, debe informar a las partes los requisitos necesarios para la validez del acto autorizado y

advertir sobre las consecuencias jurídicas del negocio, cuando no resulten del mismo documento.

Para cumplir eficazmente con estas funciones, el notario debe ser jurista. Por eso, para ser notario se requiere haber cursado la carrera de licenciado en derecho, haber tenido práctica profesional como abogado y práctica notarial, haber aprobado un examen de aspirante y un examen final público de oposición, a fin de que el abogado sustentante justifique su calidad de jurista y su alta capacidad técnica para la función.

c. Como Conciliador de intereses. A diferencia de la función del abogado litigante, el notario tiene una función básicamente conciliadora de los intereses de las partes, a través de un asesoramiento imparcial. El abogado debe defender a su cliente, el notario debe conciliar el interés de todos como un medio para lograr la seguridad jurídica y, por lo tanto, la paz social. La imparcialidad es esencial en la actuación notarial y significa que aunque sean cubiertos sus honorarios por sólo una de las partes, tiene el deber legal de asesorar y proteger la legitimidad de ambas pretensiones. Para que el notario pueda ser imparcial es necesario que también sea autónomo, es decir, totalmente independiente de la autoridad administrativa y de la subordinación de cualquier institución

d. Como Controlador de la legalidad y la legitimación. El notario es transmisor de seguridad jurídica, porque responsablemente garantiza a sus clientes que lo actuado ante su fe es legal y legítimo. El cliente acude tranquilo al notario porque está seguro de que hay seriedad y garantía de que su pretensión jurídica es legal y procedente. Lo anterior implica que el notario no debe actuar *si*: a) a su juicio, los otorgantes carecen de la capacidad legal necesaria para el otorgamiento que pretenden; b) la representación del que comparezca en nombre de otro, no está legítimamente acreditada o no le corresponde según las leyes; c) cuando los contratos no se hayan tramitado según las leyes o, d) cuando el acto o contrato, en todo o en parte, sea contrario a las leyes, a la moral o a las buenas costumbres, o no cumpla con los requisitos para su validez legal. e) la reproducción de los documentos es ilimitada, de tal manera que pueden hacerse decenas de copias y todas serán consideradas documento

público. Especial importancia tiene la expedición e inscripción del primer testimonio de una escritura, porque legalmente éste tendrá fuerza ejecutiva, es decir, por disposición del Código Procesal, la acción ejecutiva debe fundarse en un título que traiga aparejada ejecución y sólo la tendrá el primer testimonio de las escrituras.

e. Como Colaborador de la Administración Pública. Ésta es una función pública de la que se habla poco, pero que tiene gran peso de servicio social. Es una función que debe conocerse y reconocerse cada vez más. El notario mexicano tiene a su cargo diversas obligaciones de índole fiscal y administrativa, circunstancia que considero correcta en principio, aunque pienso que debe ser escuchado el notariado para hacer sugerencias de simplificación y economía de trámites. El notario auxilia a la Administración Pública, especialmente en materia fiscal, fungiendo como eficiente liquidador y recaudador de los fiscos federales y locales, además de recabar constancias e informar diversos datos de pagos de contribuciones o datos catastrales a la Hacienda Pública federal y local. El notario es auxiliar de la administración en muchos campos: en el derecho registral, en el derecho migratorio, en el de inversión extranjera, en el derecho eclesiástico, en el derecho agrario, en el derecho mercantil, en el derecho electoral, etcétera. Un dato importante es que el notario no recibe retribución alguna por estos servicios, que considera procedentes por su carácter de titular de una función pública delegada por el Estado, lo que lo constituye en colaborador natural responsable del Estado.

Atendiendo al hecho, de que la función notarial es una función descentralizada, podría pensarse que el Notario es por ende, ya sea un funcionario o bien, un empleado público, sin embargo, por tratarse de una descentralización por colaboración podemos concluir que, el Notario no es un funcionario público, por no estar integrado de manera directa en la organización de la administración pública, no recibe 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, sino por examen de oposición, y su cargo normalmente es vitalicio.

Por otro lado vemos que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se refiere a los funcionarios y empleados públicos pero no los define: El título cuarto denominado “De las responsabilidades de los servidores públicos”, menciona quiénes son los funcionarios y los servidores públicos. Artículo 108. “...Para los efectos de las responsabilidades a que alude este título se reputarán como servidores públicos a los representantes de elección popular; a los miembros de los poderes Judicial Federal, y Judicial del Distrito Federal, a los funcionarios y empleados, y, en general a toda persona que desempeñe un empleo, cargo o comisión de cualquier naturaleza en la Administración Pública Federal o en el Distrito Federal, quienes serán responsables por los actos u omisiones en que incurran en el desempeño de sus respectivas funciones. El Presidente de la República, durante el tiempo de su encargo, sólo podrá ser acusado por traición a la patria y delitos graves del orden común.

Los gobernadores de los Estados, los Diputados a las Legislaturas Locales, los magistrados de los Tribunales Superiores de Justicia locales y, en su caso, los miembros de los Consejos de las Judicaturas Locales, serán responsables por violaciones a esta Constitución y a las Leyes Federales, así como por el manejo indebido de fondos y recursos federales.

Las Constituciones de los Estados de la República precisarán, en los mismos términos del primer párrafo de este artículo y para los efectos de sus responsabilidades, el carácter de servidores públicos de quienes desempeñen empleo, cargo o comisión en los Estados y en los Municipios”.

Por otra parte, el Código Penal para el Distrito Federal, en el Libro Segundo. Título Décimo, denominado “Delitos cometidos por servidores públicos”, considera como delitos típicos: El ejercicio indebido de servicio público; el abuso de autoridad; la coalición de servidores públicos; el uso indebido de atribuciones y facultades; el uso indebido de atribuciones y facultades; la concusión; la intimidación; el ejercicio abusivo de funciones; tráfico de influencia; cohecho; peculado y enriquecimiento ilícito.

El Notario en el desempeño de sus funciones no podría realizar las conductas tipificadas en los delitos mencionados.

Ahora bien doctrinalmente la distinción entre funcionario y empleado público, se hace en atención a los siguientes criterios; a) duración del empleo; b) tipo de retribución; c) naturaleza de la relación jurídica que los vincula con el Estado; d) poder de decisión y mando de los funcionarios, y de meros ejecutores de los empleados; e) los funcionarios tienen señaladas sus facultades por la Constitución y los empleados por los reglamentos, y f) los funcionarios crean relaciones externas y los empleados internas.

Gabino Fraga dice: “Por nuestra parte, consideramos que el último criterio de los señalados es el que corresponde realmente a la idea consignada en las disposiciones constitucionales, de tal manera que examinado cada uno de los funcionarios enumerativamente fijados por los preceptos a que nos referimos en un principio, se encuentra que todos ellos tienen ese carácter representativo que los coloca como intermediarios entre el Estado y los particulares, en tanto que indudablemente existen al lado de ellos todo el conjunto de agentes de administración que sólo guardan la relación interna con el servicio, necesario para auxiliar a los representantes en el ejercicio de sus facultades”.⁴⁵

El problema radica, en que el Notario se ha visto encuadrado bajo el término de funcionario público, dicha cuestión surge a partir de la Ley del Notariado de 1901 en que se ve denominado como tal, además que en esta Ley inicia la relación con el Poder Ejecutivo. pues en el siglo XIX, se dependía del Poder Judicial como continúa siendo en otros países.

Los posteriores de 1932 y 1945, así como en el texto original de la de 1980 continuaban calificando al Notario como funcionario público, pero por reformas publicadas en el Diario

⁴⁵ Op. Cit. Gabino Fraga. Pág. 130.

Oficial de la Federación el 13 de enero de 1986 se estableció que el Notario es un Profesional del Derecho.

Por otro lado, el Notario no puede ser empleado público para no comprometerse con el Estado y actuar parcialmente en su favor; no puede aceptar nombramientos que lo conviertan en empleado o funcionario, bajo la dirección y dependencia del Estado o de particulares, para actuar con imparcialidad en garantía de los mismos, debe permanecer libre de esta clase de vínculos.

Con frecuencia el Notario tiene que llevar a cabo actuaciones que resultan contrarias a los intereses del Estado debe ser imparcial con los particulares frente a aquél.

Es por todo lo antes dicho, que se concluye que el Notario es un particular, no es funcionario ni servidor y tampoco empleado público, no está sujeto a la Ley de Responsabilidades de los Servidores Públicos. El artículo primero de la Ley del Notariado para el Distrito Federal dice expresamente "*Licenciado en Derecho*", con lo que hace énfasis a que no es funcionario como lo mencionaba antes la misma Ley.

2.3 LA FE PÚBLICA DEL NOTARIO.

La acepción de fe más conocida por todos es la de San Agustín, el cual menciona que a "la fe nadie puede ser obligado", lo cual nos lleva a asentar que ésta tiene dos acepciones; en la primera nos referimos a la evidencia entendida como un hecho presente, evidente, mismo que se recibe como verdadero, en la segunda nos referimos propiamente a la fe, la cual se puede asentar sobre un objeto o un hecho mismo que puede o no ser evidente.

Es así que la fe pública para que pueda llamarse así, debe tener inmersa algunas características tales como evidencia, que no es sino el hecho o acto ajeno, narrado por persona pública, mismo que será descrito, analizado y desarrollado de acuerdo a la ley, plasmado en un documento que surtirá efecto (coetaneidad); el cual recibe el destinatario, por lo que todo lo anterior forma la fe pública.

Los conceptos de evidencia y coetaneidad, nos permiten hablar de la Fe pública originaria que no es otra cosa sino el hecho que se traslada al papel en forma de narración, captado directamente por los sentidos del notario e inmediatamente narrado; la Fe pública derivada, es aquella, en la cual el notario actúa sobre documentos sometidos a la videncia, de un documento preexistente.

Con lo anterior y en relación a nuestro tópico, podemos hacer un comparativo entre la Fe Judicial, entendida como aquella de que gozan los documentos de carácter judicial, donde el funcionario competente para dar fe del acto procesal, es el Secretario de acuerdos, cuya función autenticadora es, esencialmente igual a la del notario, dice Becaña, citado por Núñez Lagos, que “la función del secretario es mucho menos importante que la del notario, pues aquel es un mero testigo del acto que cumple el Juez ante él, limitándose el secretario a autenticarlo; el notario por el contrario, constituye la relación jurídica con validez formal interna, aumentando así el ámbito de aplicación pacífica del derecho”

La Fe notarial, es el mismo notariado, por la percepción de sus sentidos de un hecho, pasado a un documento con las formalidades exigidas por la ley, es decir una evidencia, solemnidad, objetivación, coetaneidad, y entregada en un documento a un destinatario.

Podemos continuar, diciendo que la Fé, es un atributo del Estado que tiene en virtud del ius imperium, este la ejercita a través de los órganos Estatales y del Notario. En el sistema mexicano, el Notariado, sin formar parte integral de la Administración Pública, es vigilado y

disciplinado por el Ejecutivo. Por disposición de Ley recibe la fe pública del Estado por medio del titular del mencionado Poder Ejecutivo.

Al hablar de fe pública, nos lleva necesariamente, al concepto de lo que es la fe; la palabra fe es sinónima de certeza o seguridad, esto es, creer en algo que no nos consta, que no hemos percibido por alguno de los sentidos.

«Desde el punto de vista religioso, ese creer en algo, en alguien, es voluntario, es decir, se trata de un acto libre e individual, mientras que desde el punto de vista jurídico este creer no es voluntario sino por el contrario, es obligatorio, pues los instrumentos públicos son expedidos por fedatarios o autoridades, lo que los convierte en auténticos y el Estado obliga a tenerles por ciertos.»⁴⁶

Eduardo Couture dice que “...fe es, por definición, la creencia que se da a las cosas por la autoridad del que las dice o por la fama pública...”⁴⁷ Etimológicamente deriva de fides, indirectamente del griego *peitbeis*, yo persuado.

Por otro lado habría de analizar el segundo vocablo que conforma la frase, ‘fe pública’, es decir ya analizado el significado de la palabra fe, habría que estudiar la palabra Pública, Eduardo Couture, nos dice que: “Pública quiere decir notoria, patente, manifiesta, que la ven o la saben todos.”⁴⁸ Etimológicamente quiere decir del pueblo. Fe pública por tanto vendrá a ser, en el sentido literal de los vocablos que la conforman, creencia notoria o manifiesta.

Giménez Armau dice que la acepción vulgar de la fe pública no coincide con el sentido jurídico que la expresión tiene: “...Jurídicamente la fe pública supone la existencia de una

⁴⁶ Op. cit., Ríos Hellig, Jorge, pp 43-44.

⁴⁷ J. Couture, Eduardo “Estudios de Derecho Procesal Civil”, Ed. De Palma, Buenos Aires, 1978, Pág. 171

⁴⁸ Loc. Cit., Eduardo J., Pág. 190.

verdad oficial cuya creencia se impone en el sentido de que no se llega a ella por un proceso espontáneo cuya resolución queda a nuestro albedrío, sino por virtud de un imperativo jurídico o coacción que nos obliga a tener por ciertos determinados hechos o acontecimientos, sin que podamos decidir autónomamente sobre su objetiva verdad cada uno de los que formamos el ente social". Así pues, dice, el concepto jurídico de la fe pública es: "La necesidad de carácter público, cuya misión es robustecer con una presunción de verdad los hechos o actos sometidos a su amparo, queramos o no queramos creer en ellos".⁴⁹

Para nosotros la fe pública es la garantía que da el Estado de que son ciertos determinados hechos que interesan al Derecho, cuyo fin principal es el proveer a los particulares de seguridad jurídica.

Esta fe pública siempre debe constar en formar documental, la tiene y crea el Estado con el fin de brindar seguridad jurídica.

La fe estatal es obligatoria, es decir, no depende de la voluntad de los individuos en particular; la sociedad tiene el deber de creer en ella y nace del Estado por el ius imperium, o Derecho a autodeterminarse de manera soberana, es así como el Estado determina la forma de otorgar la mencionada seguridad a la sociedad.

La fe pública del Notario no es más que una especie de la estatal, por lo que podríamos considerar a esta como: La facultad del Estado otorgada por la Ley a particulares.

⁴⁹ GIMÉNEZ Arnau, Enrique, "Derecho Notarial", Segunda Edición, Pamplona España, Pág. 203-209.

Por otro lado, es necesario aclarar que la citada fe pública no sólo se encuentra en los actos notariales sino también en las monedas, en los billetes de banco, en los sellos del Estado, en las pesas y medidas oficiales, etc.”⁵⁰

La fe pública, para que se integre de manera plena, necesariamente deberá cubrir los siguientes requisitos:

I. Evidencia. Es la relación que existe entre el autor del acto jurídico y el del instrumento notarial, es decir, la relación entre el quien y el ante quien, el Notario narra el hecho propio (certificación) y constata el hecho ajeno. En la certificación el Notario concreta su actividad de fedatario, manifiesta el contenido de su fe pública originaria, que versa sobre: fe de la existencia de los documentos relacionados con la escritura, de conocimiento de las partes de lectura y explicación y de otorgamiento de la voluntad.

El artículo 62 de la Ley del Notariado para el Distrito Federal, manifiesta en su fracción XIII que: “El Notario redactará las escrituras en castellano y observará las reglas siguientes:

- a. Que se aseguró de la identidad de los otorgantes y que, a su juicio, tienen capacidad legal;
- b. Que les fue leída la escritura de los otorgantes a los testigos e intérpretes, en su caso, o que la leyeron por ellos mismos;
- c. Que explicó a los otorgantes el valor y las consecuencias legales del contenido de la escritura, cuando así proceda;
- d. Que otorgaron la escritura los comparecientes, mediante la manifestación ante el Notario de su conformidad, así como su firma o, en su caso, que no la firmaron por haber declarado no saber o no poder hacerlo.

⁵⁰ Op. Cit. Couture, Eduardo J. Pág. 143.

- e. La fecha o fechas en que se firma la escritura por los otorgantes o por la persona o personas elegidas por ellos, y por los testigos e interpretes, si los hubiere, y
- f. Los hechos que presencie el Notario y que sean integrantes del acto que autorice, como entrega de dinero o de títulos y otros”.

2. *Objetivación.* Consiste en que todo lo percibido debe plasmarse en un instrumento, es decir, todo lo que el Notario percibe de manera sensorial o por el dicho de otros, debe constar por escrito dentro de un protocolo. Esto quiere decir que, toda actuación notarial debe hacerse en el protocolo, atendiendo al principio de matricidad.

3. *Coetaneidad o Simultaneidad.* Es la relación entre lo narrado o percibido, su plasmación en el instrumento notarial y su otorgamiento. Es una relación temporal entre lo narrado por terceros, lo percibido por éstos o el Notario, y su plasmación u otorgamiento en un instrumento notarial.

Esta relación se ve plasmada en la Ley del Notariado para el Distrito Federal, en el que de un término a las personas, para presentarse a firmar el instrumento y, en caso contrario, el mismo quedara sin efectos.

Este requisito tiende a dar rigidez y seriedad a la actividad notarial, toda vez que obliga a las partes, a no dejar pendiente de forma indefinida el otorgamiento o conclusión de un instrumento, fijándoles un plazo máximo para dicho efecto, el cual obedece a un criterio legislativo para su determinación.

4. *Exactitud.* Es la relación de igualdad que debe existir entre el hecho o acto y lo narrado en el instrumento público. Esta puede ser:

- a. Natural. Relación de identidad entre el hecho o acto y lo narrado atendiendo a sus circunstancias de espacio, tiempo y

b. Funcional. Consiste en hacer del instrumento un documento útil y práctico, narrando únicamente lo relevante del acto o hecho y evitando fórmulas inútiles o anticuadas.

5. *Integridad*. Es el acto de materializar o estatizar el acto o hecho para el futuro, lo cual debe hacerse en un documento.

Esta materialización se hace mediante la impresión original del instrumento en el protocolo, y su reproducción de testimonios y copias.⁵¹

Es lógico, que para que la fe pública cumpla con sus objetivos, así como para que se integre de manera plena con los requisitos antes mencionados, es necesario e indispensable, que el delegado del Estado, léase Notario en este caso, otorgue esta fe.

La dación de fe es la narración del Notario emitida a requerimiento de parte, este requerimiento se refiere a hechos materiales, es instrumentada por el Notario al momento de percibirlos, y está destinada a dotarlos de fe pública.

La forma de la dación de fe es por escrito, bajo los aspectos de integridad y objetivación- siendo esta forma un requisito de validez de los actos jurídicos y la falta de la misma produce la nulidad relativa del acto.⁵²

⁵¹ BORJA Soriano, Manuel, "El Notario y la Fe Pública", estudio publicado en el número 48 de la "Revista de Derecho Notarial Mexicano", Pág. 12.

⁵² ZINNY, Mario Antonio, "El acto notarial (dación de fe)". Segunda Edición, Ed. De Palma, Buenos Aires, 1990, Págs. 9-22.

2.4 REQUISITOS PARA EJERCER LA FUNCIÓN NOTARIAL.

Han sido a través de la historia, varias las formas en las que los particulares han tenido acceso al Notariado, en México se han dado las siguientes:

1. Venta de notarias. En México, desde los tiempos de la Colonia se empezaron a vender las notarias. Aún después de lograda la independencia se continuó con esa práctica, sin embargo la enajenación de este oficio tenía sus inconvenientes los cuales eran a decir de Bernardo Pérez Fernández del Castillo:

“En virtud de que el Notario había pagado un precio por el oficio, lo estimaba parte de su patrimonio; lo podía enajenar, arrendar, sacar a subasta, renunciar, y en caso de muerte formaba parte del haber hereditario. Por esta razón aún en nuestros días hay quienes piensan que las notarias pueden adquirirse por herencia. El Notario se tenía como dueño del oficio, de los protocolos y de todos los documentos relacionados con su actividad. Consideraba su oficio como negocio cuya adquisición le había costado una cantidad relativamente elevada. Por lo tanto tenía que amortizar su inversión y obtener las utilidades correspondientes. No tomaba en cuenta el sentido profesional y de servicio que tiene la actividad notarial, pues la veía como un negocio rentable. La idea de la notaría como negocio privado estaba tan arraigada, que una persona podía comprar el oficio para que un tercero lo atendiera.

Resulta un sistema antidemocrático, toda vez que sólo tenían acceso al Notariado aquellas personas que contaban con cuantiosos recursos económicos”⁵³

Esta práctica quedó derogada al entrar en vigor la Ley del Notariado de 1901.

⁵³ Op. Cit. Bernardo Jerez Fernández del Castillo. Págs. 186-187.

2. *Nombramiento Político*. Esta forma se basa en la facultad discrecional que tienen algunos gobernantes de elegir libremente a los Notarios. En algunos Estados de la República, esta práctica continúa estando vigente en los que, o bien, se fija el número de notarías en proporción a la población, o se señala un número determinado de las mismas independientemente de los habitantes, por otra parte se puede nombrar tantos Notarios como capacidad de nombramientos tenga el gobernante.

El problema de este sistema es que los Notarios no actúan con total independencia, puesto que se sienten agradecidos con quien los favorece con ese nombramiento y, a veces, tratan de regresar el favor con otros. Otro problema reside en el hecho de que con este sistema, normalmente la preparación jurídica de los favorecidos es deficiente o se enfoca a otras ramas del Derecho.

3. *Por Título Profesional*. En algunos Estados de la República y en determinados países, al momento de obtener el título de licenciado en Derecho, es posible obtener el de Notario, o dentro de la abogacía existe la especialidad notarial. Obtenido el título universitario, puede solicitarse la patente correspondiente. Tal es el caso de los países Centroamericanos, así como en México, en el Estado de Guanajuato que hasta hace poco esto era posible. El mismo caso se observa en Argentina en donde existe la Universidad Notarial.

Sin embargo, para cumplir de forma cabal con la actividad notarial, creemos que es necesario el título de abogado, pues se trata por excelencia de un perito en Derecho, donde no sólo se debe conocer de Derecho notarial, sino de varias ramas del Derecho para conseguir los fines perseguidos.

4. *Por adscripción*. Este sistema consiste en que el titular de una notaría nombra a un adscrito, aspirante a Notario, quien colabora con él y lo sustituye en sus faltas temporales. En caso de que el Notario titular falte definitivamente, ya sea por fallecimiento o renuncia, el adscrito lo sustituye convirtiéndose en titular. Este sistema puede

provocar que el adscrito pague al titular una cantidad de dinero con el fin de que renuncie y de esta manera él se quede como titular, siendo necesario, en algunos casos, la presentación de un examen teórico- práctico para poder ser adscrito, pero en otros casos, esto no es necesario.

5. *Por oposición.* Esta puede ser por méritos académicos; por experiencia; o por examen, otorgándose la vacante al mejor de los participantes.

Para adquirir el cargo de Notario existe el sistema de oposición que puede ser cerrado o abierto, siendo la diferencia entre estas el hecho de que en las abiertas no es necesario ser aspirante para participar en la oposición, además, en ambas es necesario ser abogado recibido; haber tenido una práctica profesional y notarial por determinado lapso de tiempo y por supuesto triunfar en el correspondiente examen de oposición⁵⁴

En el caso del Distrito Federal, rige el sistema de oposición cerrada, por lo que necesita un particular para ejercer la función notarial es: Que tenga el carácter de Notario, lo cual se acredita mediante la patente respectiva, misma que se obtiene posterior a la de aspirante. También debe gozar de buena reputación profesional y personal y no haber sido condenado por sentencia ejecutoria de delito intencional.

Prestar protesta legal por analogía con el artículo 128 constitucional; iniciar sus funciones en un plazo no mayor de 90 días hábiles contados a partir de la fecha de la protesta legal; proveerse a su costa de protocolo y sello; registrar ante las autoridades competentes su sello, firma y rúbrica; presentar fianza de fidelidad por una suma de diez mil veces el salario mínimo vigente al otorgarse, misma que se aplicará, en su caso, al pago de multas, responsabilidades administrativas y a la indemnización de daños y perjuicios por incurrir en responsabilidad civil; establecer oficina donde las autoridades competentes, colegiarse en forma obligatoria y celebrar convenio de suplencia o de asociación en su caso.

⁵⁴ Op. Cit. Bernardo Pérez Fernández del Castillo, Págs.187-189.

Una vez que el Notario cubre estos requisitos, puede empezar a ejercer como Notario, pero debe tener presente que se realiza de forma personal este ejercicio y siempre considerando la seriedad y lo delicado de su responsabilidad.

2.5 OBLIGACIONES Y DEBERES DE LOS NOTARIOS.

Podemos inferir de lo anterior que el Notario es un sujeto a quien la Ley impone una serie de deberes, estos se imponen con el objetivo de regular la obligación del Notario de dar fe para dar a la sociedad la certeza y confianza de la seguridad jurídica.

Estos deberes son y deben ser más estrictos que los del Notario anglosajón, ya que se trata de un asesor jurídico completó y la eficacia del instrumento así como su contenido son responsabilidad de este.

La Ley del Notariado de manera expresa obliga al Notario, entre otras cosas. a:

1. Guardar reserva o secreto del contenido de los instrumentos que autoriza.
2. Actuar dentro de su Jurisdicción.
3. Dar avisos a las autoridades que la Ley indica.
4. Explicar el contenido y alcance de lo plasmado.
5. Colaborar en demandas urgentes, etcétera.

La misma Ley en sus Artículos 33 y 45 impone prohibiciones e incompatibilidades respectivamente, con el fin de que el Notario sea un asesor imparcial de las partes y que se entregue de manera exclusiva y absoluta a la función notarial.

Artículo 33.- El notario sí podrá:

I.- Aceptar y desempeñar cargos académicos y docentes, de dirección de carrera o institución académica, de beneficencia pública o privada, de colaboración ciudadana y los que desempeñe gratuitamente a personas morales con fines no lucrativos;

II.- Representar a su cónyuge, ascendientes o descendientes, por consanguinidad o afinidad y hermanos;

III.- Ser tutor, curador y albacea;

IV.- Desempeñar el cargo de miembro del consejo de administración, comisario o secretario de sociedades o asociaciones;

V.- Resolver consultas jurídicas objetivamente y ser consultor jurídico extranjero emitiendo dictámenes objetivos;

VI.- Ser árbitro o secretario en juicio arbitral;

VII.- Ser mediador jurídico;

VIII.- Ser mediador o conciliador;

IX.- Patrocinar a los interesados en los procedimientos judiciales o administrativos necesarios para obtener el registro de escrituras;

X.- Intervenir, patrocinar y representar a los interesados en los procedimientos judiciales en los que no haya contienda entre particulares, así como en trámites y procedimientos administrativos; dichas funciones no inhabilitan al Notario para autorizar, en su caso, cualquier instrumento relacionado; y

XI.- Actividades semejantes que no causen conflicto ni dependencia que afecte su dación de fe y asesoría imparcial.

Por su parte el artículo 45 de la Ley del Notariado nos indica cuales son las cuestiones que le son prohibidas a los notarios:

Artículo 45 Queda prohibido a los notarios:

I.- Actuar con parcialidad en el ejercicio de sus funciones y en todas las demás actividades que esta ley le señala;

II.- Dar fe de actos que dentro de los procedimientos legales respectivos corresponda en exclusiva hacerlo a algún servidor público; sin embargo, sin tener en principio ese valor procedimental exclusivo, sí podrán cotejar cualquier tipo de documentos, registros y archivos públicos y privados o respecto a ellos u otros acontecimientos certificar hechos, situaciones o abstenciones que guarden personas o cosas relacionadas o concomitantes con averiguaciones, procesos o trámites, lo cual tendrá valor como indicio calificado respecto de los mismos, sujeto a juicio de certeza judicial, y sólo será prueba plena con relación a aspectos que no sean parte esencial de dichas facultades públicas, aspectos que deberá precisar en el instrumento indicado;

III.- Actuar como notario en instrumentos o asuntos en que tengan interés, disposición a favor, o intervengan por sí, representados por o en representación de terceros, el propio notario, su cónyuge o parientes consanguíneos o afines hasta el cuarto y segundo grados, respectivamente, o sus asociados o suplentes y los cónyuges o parientes de ellos en los mismos grados o en asuntos en los cuales tenga esta prohibición el o los notarios asociados, o el notario suplente;

IV.- Actuar como notario sin rogación de parte, solicitud de interesado o mandamiento judicial, salvo en los casos previstos en esta Ley;

V.- Dar fe de actos, hechos o situaciones con respecto a los cuales haya actuado previamente como abogado;

VI.- Dar fe de actos, hechos o situaciones sin haberse identificado plenamente como notario;

VII.- Dar fe de manera no objetiva o parcial;

VIII.- Ejercer sus funciones si el objeto, el motivo –expresado o conocido por el notario -, o el fin del acto es contrario a la ley o a las buenas costumbres; asimismo si el objeto del acto es física o legalmente imposible;

IX.- Recibir y conservar en depósito sumas de dinero, valores o documentos que representen numerario con motivo de los actos o hechos en que intervengan, excepto en los siguientes casos:

a) El dinero o cheques destinados al pago de gastos, impuestos, contribuciones o derechos causados por las actas o escrituras, o relacionados con los objetos de dichos instrumentos;

- b) Cheques librados a favor de acreedores en pago de adeudos garantizados con hipoteca u otros actos cuya escritura de extinción vaya a ser autorizada por ellos;
- c) Documentos mercantiles y numerario en los que intervengan con motivo de protestos; y
- d) En los demás casos en que las leyes así lo permitan.

En los casos señalados en esta fracción, el notario, dará el destino que corresponda a cada cantidad recibida, dentro de los plazos que señalen las disposiciones legales aplicables; en su defecto, tan pronto proceda.

Por correspondencia, quien ejerce la función notarial goza también de Derechos conforme a la Ley, los cuales son: el Derecho a cobro de honorarios; Derecho a excusarse de actuar en días u horas inhábiles de acuerdo al artículo 41 de la Ley; Derecho a autodeterminar su actuación o sus negativas justificadas en Derecho; Derecho a vacaciones; Derecho a licencia; Derecho de asociación con otro Notario de su Jurisdicción; Derecho de audiencia en materia de responsabilidad administrativa, etcétera. Según los artículos 43 y 44 de la Ley del Notariado.

2.6 EL NOTARIO Y OTRAS FUNCIONES DEL ESTADO.

La función notarial puede llegar a ser fuente de Derecho, a esto Castán Tobeñas le llama, la “elaboración del Derecho”. Este es su punto de contacto con la función legislativa, ya que funge como fuente de Ley.”⁵⁵

Basta recordar, que a raíz de una práctica que se inició en notarías se incorporó a la legislación civil la figura del poder como declaración unilateral de voluntad en sustitución del tradicional contrato de mandato. Otro ejemplo es la figura de la escisión

⁵⁵ CASTÁN Tobeñas José, “Función Notarial y Elaboración Notarial del Derecho”, Ed. Reus, España, Vol. CXCXII, 1986 Págs. 145-155.

de sociedades que fue recogida por la Ley General de Sociedades Mercantiles y la legislación fiscal en términos en que los Notarios las concibieron hace años.⁵⁶

La función consiste, según el Derecho administrativo, en el contenido de una actividad, la cual es vista de modo formal desde el órgano que la realiza y materialmente desde el punto de vista de su contenido. Así, la función notarial de manera formal siempre será ejecutiva y materialmente puede tener características Jurisdiccionales; así como la función notarial se relaciona con la función Jurisdiccional, en donde también encuentra su origen en México. El Notario, en sus inicios en nuestro país, formaba parte del poder judicial y tenía obligación de permanecer adscrito a los tribunales; reminiscencia de dicho orden podemos encontrar, aun en la actualidad, en el artículo 68 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, el cual le sigue dando al Notario atribuciones de secretario en materia Jurisdiccional, así como las disposiciones que obligan a la intervención del Notario en los procedimientos, como se da en la elaboración del inventario solemne en sucesiones, a la tramitación de testamentarias en su totalidad mediando testamento público, mayoría de edad en los herederos y ausencia de conflicto.

2.7 CREACION Y TRANSFORMACIÓN DEL DERECHO.

Por el contacto constante que mantiene el Notario con el Derecho, éste se enfrenta a dos grandes mundos: el del campo de la creación y transformación del Derecho y el del campo de la aplicación de éste.

Dentro del campo de la creación y transformación del Derecho tenemos que el Notario, a diferencia del Juez, debe moldear los actos que autoriza y cuida que sus consecuencias, lejos de ser antijurídicas o perjudiciales, sean armónicas y eficaces entre las partes, así dentro de lo posible evitar un litigio. De esta manera el Notario descubre principios o aplica y

⁵⁶ Op. Cit. Jorge Rios Hellig, Pág 324.

combina antiguos elementos que formarán una innovación o crearán, muchas veces, figuras legales que llega a recoger la legislación.

Todo ello surge de la necesidad del Notario de vigilar la legalidad de los actos, de cerciorarse de la capacidad e identidad de las partes, de desentrañar la voluntad de éstos y aconsejarles la solución más justa y eficaz, revisando los antecedentes, pero sobre todo, brindar seguridad jurídica, negándose a intervenir en actos cuyos fines sean contrarios a la moral o a la Ley.

El Notario en la redacción de sus escrituras o actas debe observar y aplicar las normas jurídicas íntegras, independientemente de la voluntad de las partes, esto es, la voluntad de las partes deberá siempre adecuarse a las normas jurídicas, Castán Tobeñas dice: “el Notario en su actuación ha de acomodar las relaciones jurídicas que se plasmen en el instrumento público a las normas jurídicas pertinentes.”⁵⁷

Según los tratadistas, el Notario debe aplicar el Derecho como se ha dicho, aunque en la calificación y en la concreción que hace de un acto jurídico el Notario tiene mayor amplitud y libertad de desenvolvimiento que el Juez. En este punto cobra plena vigencia la aplicación a los actos notariales de las fuentes formales y de los principios generales del Derecho.

Aquí el Notario, a diferencia de otro especialista legal, debe conocer profundamente tanto la legalización aplicable al fondo del asunto, como todas aquellas normas tendientes a la formalización del documento que contiene a dicho acto. El Notario por su función preventiva de conflictos o de preconstructor de elementos, muchas veces argüidos en juicio, debe atender a los criterios de la jurisprudencia y tratar de armonizar y agilizar de antemano la aplicación del Derecho por el órgano judicial.

El Notario también debe aplicar la costumbre y los usos, que muchas veces no reconocen la Ley o los tribunales, pero que son en esencia recogidos por las personas; el Notario aplicará

⁵⁷ Op. Cit. José Castán Tobeñas. Pág. 108.

la doctrina cuya estructura científica modera y rige a las diferentes figuras en las que enmarca un determinado planteamiento y los tratados internacionales que está obligado a conocer y aplicar en términos de nuestra Constitución. Esto adquiere más fuerza cuando la apertura de un país, como el nuestro, favorece un tráfico documental entre varios Estados, debiendo tener eficacia los actos que se plasman en los documentos entre ellos.⁵⁸

Respecto a la interpretación de la Ley debemos afirmar que la facultad es prerrogativa inalienable de todo aquel que haya de aplicarlas y de manera muy señalada, de quien ejerce la función notarial, según Castán, considerando, los elementos gramaticales, lógicos, históricos, sistemáticos y teleológicos de la norma, razón por la cual se exige al Notario una preparación prudente y muy especializada en materia jurídica; además debe tener actualmente cierta preparación económica y sociopolítica.⁵⁹ Así, ante esta facultad de interpretación, el Notario debe indagar y valorar las normas y los principios que dan solución a los casos que se le plantean, debe modelar una masa jurídica que presentará a las partes, a terceros y a los tribunales con validez y eficacia constitutiva; con lo cual se crea una norma individualizada, singular y concreta que rige a las partes a través de un contrato.⁶⁰ Es aquí donde muchas veces el Notario no se limita a aplicar las normas, sino que cumple con su función de profesionalista que crea y transforma nuevos tipos o figuras de relaciones jurídicas, dentro de los límites que permite la licitud. Así se crea la costumbre notarial y lo que muchos tratadistas nombran como la *jurisprudencia notarial*.⁶¹

Dentro del campo de la aplicación del Derecho, el Notario se enfrenta a graves problemas derivados de la transformación del Derecho; así, muchas veces el Notario tiene que aplicar a un solo acto una diversidad de Leyes, las cuales debe conocer profundamente, pues el Notario tiene puntos de contacto con todas las disciplinas jurídicas y debe saber qué hacer en cada caso, dónde actuar, donde no y cómo hacerlo. Un Notario en un solo día de

⁵⁸ Op. Cit. Enrique Giménez Arnau, Pág. 44.

⁵⁹ Op. Cit. Castán Tobeñas, José, Pág. 123.

⁶⁰ Loc. Cit. Castán Tobeñas, José, Pág. 130.

⁶¹ DE Diego, "El Uso, los Usos Sociales y los Usos Convencionales en el Código Civil Español", Discurso leído en el acto de su recepción en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, Publicado en el número 25 de la "Revista de Derecho Notarial Mexicano".

trabajo puede autorizar asuntos relacionados con el Derecho hipotecario, familiar, puede tener la creación de una servidumbre o de un condominio, la adjudicación de bienes de un quebrado o de un fallecido, etcétera.

Ante esto el Notario en primer término debe estar al corriente en el estudio de las normas formales del Derecho notarial y del registral, para lo cual debe haber una preparación desde sus bases. Esto no es fácil en un Estado con tantas legislaciones como lo es México, pues se deben conocer infinidad de Leyes, decretos, reglamentos, circulares y aun criterios internos, los cuales se transforman todos los días en la materia sustantiva, en la cual el Notario debe enfrentarse a normas impotentes, muchas veces inaplicables u obsoletas, y otras veces novedosas.

2.8 TRANSMISIÓN DEL CONOCIMIENTO EN DERECHO NOTARIAL

La complejidad, cada vez mayor de la vida y el derecho, hace que sea necesario tratar al Notario como una institución digna, puesto que de ella depende muy directamente el perfeccionamiento y progreso en la vida social.

Cabe mencionar, que es la profesión del notariado, entre las jurídicas, es una de las de mayor preparación y formación científica, requieren, por la naturaleza misma de la función notarial, ser perito y que además impone cometidos tan variados, por la amplitud de la materia sobre la que la actuación notarial puede recaer, por la dificultad extremada que supone hacer frente a la ignorancia, así mismo hacer frente muchas veces a la astucia o malicia con que las partes suelen proceder.

Cabe hacer mención de lo que nos dice Miguel Fernández Casado: “El Notario Público, si ha de corresponder dignamente a la confianza que en él deposita la sociedad, no cumple con ejercer su ministerio proba, leal y desinteresadamente, es menester que se coloque a la altura científica exigida por lo delicado de su profesión y lo arduo de los problemas jurídicos cuya solución le esta encomendada. Las partes contratantes acuden a su estudio movidas muchas

veces por propósitos bastardos o simplemente ilegales que ocultan con esmero, o bien por efecto de su candidez e ignorancia, que les hace suponer lícitas o provechosas algunas convenciones que no puede amparar la ley o con las cuales no han de correr peligro la fortuna y el reposo de aquellas. No faltan tampoco ocasiones en que los contratos ideados por los otorgantes, aunque perfectamente lícitos, son tan raros y complicados que es muy difícil fijar bien su naturaleza y esencia para aplicarles las reglas de derecho a ellos concernientes”⁶²

Por lo antes expuesto, es necesario implementar en las Universidades, concretamente en las escuelas incorporadas, cátedras obligatorias y no optativas sobre la carrera de Derecho Notarial, en virtud de que a nuestra consideración hace falta introducir los conocimientos básicos de esta materia tan importante, ya que no existe investigación científica, donde se debe orientar su docencia metódica hacia la enseñanza de los principios de Derecho Notarial, Historia del Notariado, legislación notarial en México y comparada, el derecho notarial y las ramas del derecho, sistemas de organización notarial en México y comparada, etc.

Se deberá también proporcionar a los alumnos una especie de clínica o seminario de Derecho notarial, en la cual se confeccionarían diferentes tipos de escritura, es decir, ver físicamente el trabajo que desempeña el Notario, analizando en teoría y práctica, las escrituras básicas, las gestiones que se necesitan llevar a cabo antes y después de la firma de la escritura, el pago y el plazo que se tienen de impuestos, la inscripción en el Registro Público, los aranceles de los Notarios y su aplicación, visitas al Colegio de Notarios, Archivo General de Notarias y Registros Públicos, entre otras.

El Derecho Notarial, es una rama del derecho en la cual la atención y estudio es nulo, quienes egresamos de la Universidad, por lo general desconocemos, el papel que el Notario Público juega en nuestra sociedad. Por su alta especialidad, esta rama del derecho reviste, para el estudiante, el carácter de algo esotérico que sólo puede conocerse en una investigación de Tesis, Postgrado o Diplomado. Sin embargo, en todos los quehaceres de la vida jurídica, experimentamos la necesidad de requerir de la función notarial. En la práctica de la abogacía

⁶² FERNÁNDEZ Casado, Miguel “Tratado de Notaría”, Tomo I, Tercera Edición, Madrid, 1985, Pág. 155

se nota la importancia del Notario Público para las relaciones jurídicas y en nuestro País, a diferencia de otros, es relativamente escasa la doctrina sobre esta rama del derecho.

El Notario Público es sinónimo de seguridad jurídica, pero al concluir la carrera de Licenciado en derecho, no queda muy claro en que consiste y como se da la seguridad, y por que el Notario no es sólo un Fedatario Público, sino un verdadero jurista, asesor imparcial, estudioso de la legislación y la doctrina.

2.9 ESCUELAS TEÓRICO-PRÁCTICAS DEL NOTARIADO.

Han de ser los Notarios custodios de la justicia y la buena fe en los negocios. Mucho más que el abogado, aunque también éste lo deba ser, debido al carácter que requiere la función notarial y al cúmulo de conocimientos que deben aplicarse.

Unión Internacional del Notariado Latino

Antes de hablar de este tema es necesario hacer algunas consideraciones previas, podemos empezar diciendo que lo especial de la actividad notarial hace que todo lo relacionado con ella no siempre sea del conocimiento general e inclusive hasta su esencia llega en ocasiones a los interesados de tal manera equívoca, hace erróneas las conclusiones.

En efecto, del notariado y del notario se tienen ideas no coincidentes con la realidad y es que las más de las veces de la actividad notarial, de las notarías como despachos sede de la función notarial se conoce únicamente la recepción, el privado del notario y la sala de firmas, sin tener idea de todos los demás elementos materiales y humanos que integran el despacho, como sucede respecto del estudio de los asuntos, las reflexiones y la decisión sobre su procedencia o improcedencia, el cálculo y la recaudación y el entero de los impuestos relativos que generan

en ocasiones responsabilidad solidaria, la gestoría, la recepción y entrega de documentos y la conservación de los acervos.

En los sistemas notariales, como el nuestro, que reconoce su origen jurídico romano-germánico y calificados en términos generales como “Notariado Latino”, el notariado es una institución jurídica, componente indispensable del orden normativo, cuya existencia conceptual es por su mera esencia y tiene atribuido dar certeza y seguridad jurídica a los actos jurídicos que se otorgan cuando por ley deban ser ante notario.

Con la aplicación en general del sistema notarial latino y la intervención en particular del notario, se logran las pretensiones del orden jurídico, encomendadas al notariado para la seguridad en las operaciones y transacciones de los particulares, consistentes en la conservación y en la perfección de los documentos en los que constan los actos y contratos producto de la voluntad de aquéllos.

La perfección jurídica atiende a que los actos contenidos en el documento sean válidos y eficaces por satisfacer todos los requisitos de la ley para ello, como es la identidad y la capacidad de los que intervienen; que éstos estén legitimados para el otorgamiento correspondiente, que los derechos y los bienes objeto de la operación, sean realmente de la titularidad de quien dispone de ellos y en general, que dichos actos cuenten con todos los caracteres exigidos por la ley para cualquier operación jurídica en general y en particular para las de su clase, a efecto de que las voluntades declaradas reconozcan un desenvolvimiento de su respectivo fuero interno congruente con la declaración y manifestado con la libertad suficiente.

La importancia del notariado propició la creación de la Unión Internacional del Notariado Latino (denominada en adelante Unión); organismo mundial que aglutina a la gran mayoría de los notariados de los países que tienen como denominador común al sistema jurídico

romano-germánico. Su origen fue el Primer Congreso Internacional del Notariado Latino celebrado en 1948 en la ciudad de Buenos Aires y quedó constituida en 1950 por resolución del segundo congreso celebrado ese año en Madrid.⁶³

Sus primeros miembros fueron Argentina, Bélgica, Bolivia, Brasil, Canadá, Ciudad del Vaticano, Costa Rica, Guatemala, Haití, Holanda, Italia, El Estado de Luisiana de la Unión americana, Luxemburgo, México, Paraguay, Perú, Portugal, Puerto Rico, San Marino, Suiza, y Uruguay. El número de notariados miembros se ha incrementado abundantemente, actualmente son 70, con la inclusión de los notarios de Japón y algunos del continente Africano y al último congreso (Atenas 2002) acudió el notariado de China como observador. Al sistema latino se incorporó la ciudad de Londres y parecen haberlo hecho Florida, Alabama e Illinois de los Estados Unidos de América.

Como lo dispone el artículo segundo del estatuto de la Unión, los fines de ésta son el estudio y sistematización de la legislación notarial, la difusión de ideas, estudios proyectos e iniciativas, encaminadas al mayor progreso, estabilidad y elevación del notariado latino; la creación de oficinas de intercambio destinadas a cumplir lo establecido en el párrafo anterior, la publicación de una revista que sea órgano de la Unión, la organización y celebración periódica de Congresos Internacionales del notariado latino, el fomento de congresos, asambleas de carácter nacional, regional o local.

En el noveno congreso (Munich, 1967) se recomendó que la calidad de colegiado debe ser inherente a la de notario y que los colegios deben representar a todos los notarios de la demarcación correspondiente.

En cuanto a México se refiere, su notariado ocupa un lugar especial en los de la Unión, por el prestigio ganado día a día, tan es así que en el trienio corriente 2002-2004, el Presidente de la Unión es Francisco Arias González, titular de a notaria número 28 de la Ciudad y puerto de

⁶³ DOMÍNGUEZ Martínez Jorge A "El Colegio de Notarios del Distrito Federal". Notario 140, primera edición, Porrúa, Colegio de Notariados del Distrito federal, México, 2002, Pág.10.

Veracruz. Además la Ley del Notariado vigente en el Distrito federal, por acuerdo del Consejo permanente del a Unión, y dada su buena calidad como catálogo legal rector de la función notarial, ha sido traducida a otros idiomas.

b. Asociación Nacional del Notariado Mexicano (ANNM)

a. El Notariado Mexicano está organizado bajo diversas asociaciones y colegios. Conforme a la organización política y jurídica del país, México es una República Federal compuesta de 32 entidades Federativas (31 Estados y un Distrito Federal, asiento de los Poderes Federales) por lo que se deduce que existen dos órdenes jurídicos:

b. El federal, cuyas leyes son aplicables a todo el territorio de la República mexicana y que en Derecho privado corresponde a las leyes e instituciones mercantiles y el orden Estatal o local que tienen los Estados o entidades federativas y que regulan el Derecho civil y el notarial, entre otros. La mayoría de los Estados de la República y el Distrito Federal tienen sus propias leyes del notariado. Esto significa que hay 32 leyes del notariado y, también, organizaciones, colegios o consejos notariales en cada uno de los Estados. La mayoría de las entidades tienen un solo colegio notarial, aunque en algunos Estados hay más de una organización, pues hay colegios o consejos notariales municipales (por ejemplo de una o varias ciudades importantes). En el ámbito nacional, de toda la República mexicana, existe la Asociación Nacional del Notariado Mexicano, A. C., fundada en 1955 y que es el órgano representativo del Notariado Mexicano en el ámbito internacional, al ser miembro de la Unión Internacional del Notariado Latino. La Asociación Nacional tiene como asociados a los notarios de la República Mexicana, no a los Colegios de Notarios de los diferentes Estados, aunque tiene relación permanente con estas Asociaciones estatales.

La afiliación a los Colegios Estatales o Locales es generalmente obligatoria, pues así lo disponen cada una de las 32 leyes notariales. La afiliación a la Asociación Nacional es

opcional para cada asociado. Actualmente de los cerca de 3,000 notarios en la República Mexicana hay 1,725 afiliados.

La Asociación Nacional tiene como principales actividades la publicación mensual de un Boletín con importante información jurídica para sus asociados, la publicación semestral de la Revista de Derecho Notarial; la organización de Jornadas Notariales de carácter nacional para tratar temas de interés de sus asociados; el apoyo constante a los Colegios de Notarios de los Estados de la República; la organización permanente de conferencias, seminarios y cursos en todas las entidades de la República; la asesoría en asuntos notariales y jurídicos al Gobierno Federal y a los Gobiernos Estatales, por ejemplo en la elaboración y reforma de leyes relacionadas con la actividad notarial, resolución de problemas de naturaleza registral, fiscal, notarial, administrativa y jurídica en general.

b. Jornadas notariales, cursos y preparación de notarios.

1. Colegios de notarios.

Las principales actividades académicas del Notariado Mexicano abarcan varios ámbitos. La Asociación Nacional organiza aproximadamente dos jornadas anuales para todos los notarios de la República Mexicana. Estas jornadas tienen una duración de dos o tres días y se estudian 3 o 4 temas de interés notarial a través de mesas de trabajo y conferencias.

Algunos Estados de la República mexicana que geográficamente pertenecen a una región, organizan Jornadas regionales, aproximadamente una vez al año y se imparten conferencias por notarios de la localidad o de otros Estados. En algunas ocasiones participan conferencistas no notarios. Cada uno de los colegios notariales de los diferentes Estados de la República Mexicana suelen tener un evento académico anual, con participación de notarios y, en ocasiones de conferencistas no notarios.

Cada uno de los colegios notariales de los Estados organiza los cursos de preparación para futuros notarios o de actualización para sus propios afiliados. Estos cursos, su método, duración y contenido son muy variables, pues depende de la directiva de cada uno de los colegios estatales.

En el Colegio de Notarios del Distrito Federal, es el colegio que más conocemos y en el que puede decirse hay mayor actividad académica. Existe un ciclo anual de conferencias al que pueden asistir abogados interesados, no necesariamente notarios. Este ciclo toca temas de interés notarios y la mayoría de los conferencistas son notarios, aunque se invita a profesores y expositores de otras especialidades.

Existe un programa permanente de preparación especializada para personas que van a acceder al notariado. Este programa es a base de conferencias especializadas, que imparten notarios del Distrito Federal, a personas que han pasado un examen y que tienen aptitudes para el notariado. El resultado de estos cursos es que algunos de los participantes llegan a ser notarios a través del examen de aspirante, primero, y del de oposición, después. El mismo Colegio de Notarios del Distrito Federal ayuda y apoya a otros cursos de preparación notarial que se imparten en algunos Estados de la República Mexicana.

2. Contenido general. El contenido de la mayoría de los cursos o conferencias notariales abarcan como temas básicos los relativos al Derecho Civil, Derecho Mercantil, Derecho Notarial, Registro Público, Derecho Fiscal y Derecho Administrativo.

3. Cursos en Universidades. En muchas de las Universidades y escuelas de Derecho de la República mexicana se imparten cursos de Derecho notarial, con una gran variedad respecto al contenido, método, duración y obligatoriedad de la materia. En algunas facultades o escuelas de Derecho del Distrito Federal, la materia notarial que se cursa en seis meses, es opcional.

Por otro lado, recientemente se han organizado por parte de algunas Universidades, cursos especializados de Derecho notarial o materias notariales que generalmente imparten notarios del Distrito Federal. A estos cursos asisten abogados interesados en las notarias o que ya laboran en notarias y se están preparando para sus exámenes de aspirante y de oposición.

2.10 ETICA DEL NOTARIO

Consideramos que la ética es uno de los temas más importantes de la función del Notario en nuestra sociedad, en virtud de que su actividad esta basada en la confianza que el ciudadano tiene en su "Notario", quien es el depositario de los secretos más delicados de la familia y el patrimonio.

Es necesario que el Notario, a parte de todo lo que se ha mencionado en el presente trabajo, que sea hombre probo y celoso de sus deber, que tome su oficio en serio, como si fuera un sacerdocio y lo desempeñe en persona, con la suficiente conciencia en los actos que realiza, sin dejar que la Fe Pública que representa degenere en una ficción y termine poniendo mecánicamente su firma y su sello en documentos redactados por sus auxiliares.

Pensamos que la profesión notarial, es entre todas las sociales una de las que más moralidad demanda. Cuando en alguna profesión fallan los principios éticos que deben inspirar la actuación de sus miembros, podría decirse que comienza a desprestigiarse dicha profesión y será la sociedad quién sufrirá las consecuencias de esta falta.

Entre los principales deberes que el Notario debe tener, para consigo mismo y que la sociedad exige en estos tiempos sería:

a) *Imparcialidad.* El Notario debe abstenerse de actuar en aquellos asuntos en los que tenga cualquier tipo de nexo o interés. También muchas veces el Notario en su afán de obtener más ingresos patrocina asuntos en los que se convierte en Juez y parte desvirtuando así el fin

de su función. Cuando el Notario actué, lo debe hacer libre de nexos que lo impidan aconsejar a las partes o redactar los instrumentos con inclinación hacia alguna parte. Cuando se acude ante el Notario, es precisamente, por que se tiene la certeza de que actuará imparcialmente protegiendo los intereses de las partes.

b) *Abstenerse de Postular.* La actividad notarial es incompatible con la del abogado postulante, esto lo establece también la ley. La labor del Notario es conciliadora de intereses, sin inclinarse a favor de ninguna parte, por el contrario la labor del abogado es defender a una de las partes en contra de la otra. El Notario sólo podrá asesorar cuando resuelva consultas jurídicas, sea arbitro en juicio arbitral, en los procedimientos necesarios donde patrocine a sus clientes con el fin de obtener el registro de una escritura o en los procedimientos administrativos necesarios para el otorgamiento de una escritura.

c) *Eficacia de actuar.* El acta o escritura otorgada ante él, debe satisfacer las necesidades de su cliente realizando la forma jurídica y económica más adecuada. Por tal razón debe actualizar sus conocimientos jurídicos y no debe conformarse con haber aprendido lo suficiente para ganar en el examen de oposición, sino que debe continuar estudiando toda su vida, ya que el ejercicio de la profesión del Notario, se relaciona con muy diversas ramas del derecho que se hallan constantemente en transformación, si careciere en determinado momento de los conocimientos necesarios para resolver alguna situación que se plantee, pondría a su cliente en peligro.

d) *Secreto profesional.* El cliente al hacerle alguna confidencia al Notario, para que le resuelva el problema, necesita tener la certeza de que el Notario es un profesional del derecho discreto y consiente de sus deberes y que no va divulgar los secretos escuchados. Para poder guardar con eficacia esa reserva, el Notario deberá saber seleccionar al personal de su notaría y aconsejarlos sabiamente para que en un momento dado no sean ellos los que rebelen el secreto del cliente. El Notario tiene el deber de tener colaboradores en quienes poder depositar su confianza.

e) *Cobro adecuado.* La actuación del Notario se efectúa a petición de parte interesada y jamás de oficio, por ser servicio público y por así disponerlo la ley, su función es obligatoria. La relación existente entre el Notario y su cliente es de tipo contractual, sujetándose el Notario para dicho cobro en el arancel, la falta de uniformidad en el cobro de los notarios trae como

consecuencia el desprestigio del mismo gremio ante los particulares. Algunos notarios, rechazan asuntos en los cuales tienen poca utilidad económica, con el pretexto de que no tienen tiempo de atenderlos, para dedicarse a atender asuntos que les dejen importantes utilidades. Muchos Notarios, se han dedicado a hacerse de una gran clientela para hacerse de mayores ingresos, lo que trae como consecuencia que no se tenga un trato personal con el cliente y exista falta de asesoramiento en la redacción de las escrituras, ya que muchas veces las redactan los colaboradores, con lo cual el Notario sólo se convierte en un “Formón”.

f) *Deber social.* Los Notarios cumplen con una función social al prestar un servicio a la comunidad, a esta comunidad se debe su función y por lo mismo los intereses de la sociedad se deben tener primordialmente en cuenta, colaborando en su desarrollo y progreso. Independientemente de la relación con el cliente, el Notario por sus conocimientos y experiencia está obligado profesionalmente a coadyuvar en la solución de los problemas sociales que atañen a su comunidad. Esta colaboración la puede llevar a cabo con asesoramiento en la Constitución de sindicatos, condominios, partidos políticos, agrupaciones con fines culturales, asociaciones de beneficencia. También al participar junto con el Gobierno Federal y estatal en la escrituración a bajo costo de casas habitación de interés social a personas de escasos recursos.

g) *Debe ser Notario para sus Colegas.* En ningún caso el Notario tratara de arrebatar el negocio o algún cliente a un compañero haciendo competencia desleal o comercializando la profesión. Deberá tener espíritu de hermandad, hacer cosas por el notariado, servir a sus compañeros, fomentar el trato frecuente, ayudar moral y materialmente al compañero de Distrito o residencia que lo precise.

Además de estos preceptos, el Notario debe tener hacia sus empleados un trato cordial que haga del empleado un colaborador que se sienta cómodo e interesado en el quehacer de la Notaria, darles una retribución justa, que exista concatenación entre los ingresos del Notario y la retribución a sus trabajadores, no escatimando los derechos mínimos que tienen reconocidos en la Ley Federal del Trabajo. En pocas palabras, convertirse el Notario en un líder motivando y trabajando al lado de sus empleados y no ser un simple jefe. Con todo esto se obtendría simplemente una mejor respuesta por parte de ellos, lo que traería acarreado un mejor

servicio al cliente, una rápida y eficiente prestación del servicio con lo cual se cumpliría la labor primordial del notariado, dedicación y servicio a la comunidad.

El Notariado Mexicano debe seguir sosteniendo su tradición de honorabilidad y competencia mejorando cada día más, la aptitud notarial de sus agremiados de esta manera continuará formando parte importantísima de la vida jurídica en México.

El artículo 3 de la Ley del Notariado del Distrito Federal, establece que corresponde al notariado el ejercicio de la función notarial de conformidad con el artículo 122 de la Constitución, pues le da una configuración propia al Distrito Federal y una atribución consistente en la facultad de legislar a través de la asamblea legislativa, expidiendo leyes en materia de notariado.

La deontología o la ética del notario debe estar basada en los principios que ordenan que el notario debe ser imparcial, calificado, colegiado y libre del poder público; en notario en el Distrito federal no forma parte directa de la administración centralizada del Estado, es un particular que recibe la fe pública de éste, la ejerce en su nombre realizando una función de orden público y de interés social.

El artículo 42 e la misma ley indica que el notario es un profesional del derecho no un funcionario o servidor público, así el artículo 47 de la misma ley indica "...es el sistema que organiza los estudios e investigación de las diversas disciplinas jurídicas dirigidas al mejor desempeño de la función notarial y para la difusión y puesta en práctica de sus principios y valores éticos-jurídicos que es en beneficio de la ciudad".

El artículo 50 así mismo recoge los principios y valores que fundamentan la función notarial al disponer: "La carrera notarial se regirá por los principios y valores que fundamentan el

ejercicio de la fe pública y especialmente por los principios de excelencia, especialización, profesionalismo, imparcialidad, sustentabilidad e independencia” .⁶⁴

⁶⁴ RIOS Hellig, Jorge “Los principios éticos notariales en la ley del Notariado para el Distrito Federal”, Primera edición, Porrúa, México, 2001. Pág. 14

CAPÍTULO III
JUSTIFICACIÓN DEL NOTARIO PÚBLICO EN LA
ESFERA DE LA JURISDICCIÓN
VOLUNTARIA

3.1 NATURALEZA JURÍDICA Y SEMÁNTICA DEL NOTARIADO.

La función Notarial constituye una de las más añejas tradiciones en nuestro derecho, su presencia en el desenvolvimiento del tráfico jurídico, la convierten en la piedra angular en torno a la cual giran las relaciones privadas.

Todas estas bondades, sumadas al alto prestigio del cual goza en nuestra sociedad este gremio, debido a sus probadas solvencia moral y pericia técnica-jurídica, distinguen al notariado como una institución de confianza; pero pese a todo ello, quedan en el aire antiguas discusiones en torno a la naturaleza de esta función, sobre todo por estar en manos de particulares; es por eso que ahora analizaremos a fondo el notariado en la finalidad de definir concretamente su verdadero alcance y significado.

De tal manera que el Notario viene a constituir un auxiliar de la Administración de Justicia, siendo definido en la ley del Notariado en su artículo 42 como "el profesional en derecho, investido de fe pública por el Estado, y que tiene a su cargo recibir, interpretar, redactar, y dar forma legal a la voluntad de las personas que ante él acuden, y conferir autenticidad y certeza jurídicas a los actos y hechos pasados ante su fe, mediante la constitución de los mismos en instrumentos públicos de su autoría".

Por lo que nosotros consideramos que la esfera de acción que tiene el Notario, comprende todas las manifestaciones evidentemente pacíficas del derecho así como la función reguladora del mismo, y que la escritura pública es, de todos los documentos notariales, el que mejor centra, desenvuelve y muestra, la función notarial, con todas sus características, tanto que puede considerarse como el verdadero exponente de la función notarial.

3.2 NATURALEZA ADMINISTRATIVA DE LA FUNCIÓN NOTARIAL.

No hay lugar a duda de que estamos hablando de una función de índole pública cuando hablamos del notariado, y así lo señala el artículo 26 de la actual Ley de Notariado para el

Distrito Federal, publicada el 14 de septiembre del año 2000, el cual es del tenor literal siguiente: “La función notarial es la actividad que el notario realiza conforme a las disposiciones de esta ley. Posee una naturaleza compleja: Es Pública en cuanto proviene del Estado y de la ley, que obra en reconocimiento público de la actividad profesional del Notario y de la documentación notarial al servicio de la sociedad. De otra parte, es autónoma y libre, para el notario que la ejerce, actuando con fe pública”

En el mismo sentido se expresaba la Ley del Notariado para el Distrito Federal promulgada el ocho de enero de 1980 y abrogada por aquella en su artículo primero “La Función notarial es de orden público. En el Distrito federal corresponde al Ejecutivo de la Unión ejercerla por conducto del Departamento del Distrito Federal, el cual encomendará su desempeño a particulares, Licenciados en Derecho, mediante la expedición de las patentes respectivas”

De los dos preceptos legales antes mencionados, podemos concluir que nuestro legislador es claro al precisar que la función notarial tiene un carácter público, pero la pregunta que resulta necesaria ante tal afirmación es ¿Qué clase de función pública? ¿O es que sólo existe una de ellas? Tal afirmación por parte del legislador no resulta suficiente, pues todas las funciones que realiza el Estado son públicas y evidentemente no comparten la misma naturaleza.

Es necesario para explicar que es una función pública saber cuales son las atribuciones del Estado, las cuales en opinión de Gabino Fraga, son todos aquellos actos jurídico y materiales, operaciones y tareas que realiza el Estado en virtud de la legislación positiva, con el fin de crear los medios necesarios para alcanzar los fines estatales.⁶⁵

Ahora bien, estas atribuciones del Estado a las que nos venimos refiriendo constituyen la esfera jurídica de actuación del mismo, es decir, lo que puede o no puede hacer, en tanto que las funciones son las formas o procedimientos mediante los cuales se realizan las atribuciones,

⁶⁵ FRAGA, Gabino “Derecho Administrativo”, Trigésima cuarta Edición, Porrúa, México, 1992. Pág. 13

siendo las funciones propias del Estado, las tres básicas a las que nos hemos referido con anterioridad: legislativa, ejecutiva y administrativa⁶⁶

Por las razones anteriormente expuestas, debemos concluir que el término “Función pública”, para referirse al notariado resulta inapropiado, confuso e insuficiente, por que las funciones estatales del Estado son únicamente tres: que el ejercicio del notariado se encuadra dentro de una de ellas, particularmente en la administrativa, es una cuestión totalmente distinta, pues su naturaleza jurídica será definitivamente otra, pero no la de función pública.

La función administrativa, que para referirnos a ella de manera más concreta le llamaremos función ejecutiva, engloba dentro de sí un doble ámbito de actuación: en primer lugar lo que se conoce como Gobierno o Poder Político, y en segundo como Poder Administrativo o Administración Pública.⁶⁷

Como Poder Político se define por la relación que guarda el Ejecutivo dentro del Estado, en relación a éste y a los otros dos Poderes, ejecutando aquellos actos de alta dirección ejercidos en representación de la personalidad estatal que permiten la conservación y funcionamiento del propio Estado, tendiendo a obtener una finalidad de orden político que se traduce en la consecución de un orden social; a este conjunto de actos del Ejecutivo los podríamos llamar actos de gobierno. Por lo que respecta al Poder Administrativo o Administración Pública, ésta se ejerce mediante la aplicación que hace el poder Ejecutivo de la Ley al caso concreto, pero con la diferencia de que ésta aplicación de la Ley no tiene una finalidad política, sino es la satisfacción del interés general.⁶⁸

Esta satisfacción de intereses generales se logra mediante la prestación de un servicio público, cuya definición y alcance conceptual han sido objeto de numerosas disputas doctrinales, que sin pretender retomarlas en este modesto trabajo en miras ha no alejarnos del tema que nos compete, daremos la definición de uno de los publicistas con mayor autoridad en la materia,

⁶⁶ *Ibidem*, Págs. 26-27

⁶⁷ *Ibidem*, Pág. 67

⁶⁸ *Ídem*

Maurice Hauriou: "...es un servicio técnico prestado al público de manera regular y continua para la satisfacción de una necesidad pública y por una organización pública..."⁶⁹

De la definición anterior se infieren los elementos esenciales del servicio público: por un lado la existencia de una necesidad colectiva que debe ser satisfecha permanentemente, y por otro lado la satisfacción de la misma por parte del Estado de una manera técnica profesional; pese a que estamos enunciando esta definición para señalar lo que se debe entender por servicio público, verdaderamente busca la satisfacción permanente de necesidades colectivas mediante la aplicación de un saber técnico o profesional, no concordamos con la idea de que dicha satisfacción deba provenir necesariamente y de manera directa por parte del Estado.⁷⁰

Por ello es que posiblemente se pueda salvar la definición señalando que la prestación del servicio público no se realiza esencialmente por el Estado, pero que es su obligación hacerlo; lo cual no significa que lo tenga que hacer él mismo directamente, sino que además lo puede realizar conjuntamente con los particulares; para realizar este fin, es que la doctrina ha tenido a bien distinguir entre servicios públicos propios e impropios, o en otras ocasiones distinguiendo entre servicios públicos virtuales, reglamentados o de interés público.⁷¹

Por servicio Público en sentido propio se entiende "aquel servicio que satisface necesidades de carácter general y es prestado por el Estado directamente, ya sea por medio de sus órganos centrales de gobierno o mediante la llamada administración paraestatal, o de manera indirecta a través de particulares a quienes se delega la prestación del servicio"⁷²

Como podemos apreciar, en este caso nos encontramos ante una actividad que le corresponde al Estado por imputación de la Ley, tal y como lo señala el artículo veintiocho de nuestra Carta

⁶⁹ HAURIOU, Maurice "Précis de Droit Administratif", Pág. 44; Citado por Jorge Fernández Ruiz en su obra "Derecho Administrativo (Servicios Públicos)", Págs. 53-54.

⁷⁰ Basta recordar la pujante tendencia que existe en gran parte de las legislaciones modernas por descentralizar gran parte de los servicios públicos para que estos sean prestados de manera cada vez más frecuente por particulares a través de la figura de la concesión.

⁷¹ FERNÁNDEZ Ruiz, Jorge "Derecho Administrativo (Servicios Públicos)", Quinta Edición, Porrúa, México, 1974 Pág.87

⁷² Ibidem, Págs. 88-89.

Magna, el cual tajantemente prescribe que la afectación al régimen de servicio público sólo se puede llevar a cabo mediante ley y con apego estricto a la Constitución; lo cual por otra parte no obliga al Estado a prestar directamente este servicio, pues lo puede prestar mediante cualquier forma de descentralización o desconcentración, ya sea por territorio, materia o cooperación.

Lo que prescribe el artículo veintiocho tiene importantes consecuencias doctrinales, toda vez que un amplio sector de la doctrina publicista considera que sólo existe servicio público en sentido propio, y por lo mismo la naturaleza de las actividades realizadas a través del mismo no tienen un carácter especialmente definido, sino que simplemente pueden ser cualquier clase de actividad que desee así el legislador.

En cuanto al servicio público en forma impropia, señala Rafael Bielsa “Servicios públicos impropios son aquellos que tienen de común con los propios el satisfacer en forma más o menos continua necesidades colectivas, pero no es el Estado quien los presta ni los concede. He aquí un ejemplo típico de la diferencia: el servicio de tranvías es un servicio Público propio; el de automóviles es un servicio público impropio. No se trata, pues, de una condición o distinción dependiente de la naturaleza o técnica del servicio, sino que cuando el Estado juzga llegado el momento de prestar directamente o por concesión un servicio público hasta entonces impropio por considerar que tal servicio es de necesidad general, por eso simplemente lo hace propio”⁷³

En opinión de Jorge Fernández Ruiz la distinción entre el servicio público propio e impropio radica en que éste último no es creado mediante ley, sino que se deriva de una autorización o permiso otorgado por la autoridad competente con el fin de destrabar el ejercicio individual de un derecho limitado, para prestar una actividad que se destina al público en general en aras a satisfacer una necesidad colectiva, que no es satisfecha por la Administración Pública por que la ley no lo ha previsto en tal modo, pero que se encuentra sujeta a una reglamentación y

⁷³ BIELSA, Rafael, “Ciencia de la Administración” Universidad de Buenos Aires Argentina, 1968. Pág.63.

vigilancia por parte del poder público que contiene la determinación unilateral por parte del mismo de una tarifa general de carácter obligatorio por la prestación del servicio.⁷⁴

Otros autores hablan del servicio público virtual y del servicio de interés público para referirse al servicio público en su acepción impropia, señalando que la modalidad propia es idéntica a aquella en tanto se encuentra regulada su prestación por autorización administrativa y sujeta al establecimiento de una tarifa obligatoria, pero distinguiéndose en que forzosamente debe versar sobre el uso de bienes de dominio público, situación que no se presenta necesariamente en la presentación del servicio público impropio.⁷⁵

Con base en las ideas hasta ahora expuestas, debemos ubicar al Notario dentro del ámbito público; partimos de la idea de que la función Notarial corresponde esencialmente al Poder Ejecutivo, lo cual encuentra su fundamento en el artículo ciento veintiuno de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual en su parte conducente señala lo siguiente: "En cada Estado de la Federación se dará entera fe y crédito a los actos públicos, registros y procedimientos judiciales de todos los otros" En opinión de Jorge Ríos Helling, este artículo señala la obligación de tener por ciertos determinados actos ante los Estados y frente a aquellos que no presenciaron la celebración de los mismos, en virtud de la fe pública que radica originariamente en el Estado; y si lo relacionamos con el artículo veinticuatro de la ley suprema, que señala que todas aquellas actividades que no se encuentran reservadas a la Federación se entienden conferidas a los Estados, debemos ubicar a la función notarial dentro de la actividad ejecutiva del ámbito local.⁷⁶

Esta idea que en la explicación del maestro Ríos Hellig a la luz del marco Constitucional no resulta del todo clara, queda totalmente resuelta si la vinculamos con el marco legal del Distrito Federal, particularmente con lo señalado por la fracción veintiséis del artículo treinta y cinco de la Ley orgánica de la Administración Pública del Distrito federal, que contiene las

⁷⁴ Op. Cit. Rafael Bielsa, en la Nota 73, Pág 91.

⁷⁵ GARRIDO Falla, Fernando, "Tratado de Derecho Administrativo", Págs.439 y 440, citado por Jorge Fernández Ruiz en su obra "Derecho Administrativo(Servicios Públicos)", Pág. 97

⁷⁶ RÍOS Helling, Jorge, "La practica del Derecho Notarial", Quinta Edición, McGraw-Hill, México, 1999 Págs. 38-39.

atribuciones de la Conserjería Jurídica y de servicios legales: “Someter a la consideración del jefe de Gobierno el otorgamiento de Patentes de Notario y aspirante, así como establecer lineamientos y criterios técnico-jurídicos para la aplicación y supervisión del cumplimiento de las disposiciones jurídicas en materia notarial y recibir, tramitar, sustanciar y resolver las quejas en contra de los Notarios”.

Por otra parte la fracción sexta del artículo segundo de la Ley del Notariado para el distrito Federal señala lo que para dicha ley se debe entender por autoridad en materia Notarial: “Autoridades competentes: La Conserjería Jurídica y de Servicios Legales, por si, o a través de la Dirección General y de Estudios Legislativos y las direcciones y subdirecciones competentes de ésta, salvo que por el contexto de esta ley debe entenderse adicionalmente o exclusivamente otra autoridad.” Con esto tenemos los elementos para afirmar categóricamente que la función notarial corresponde originariamente al Ejecutivo, y evidentemente dentro de la clasificación que anteriormente hicimos de actos de gobierno y actos de administración, se ubicaría dentro de los actos propios de la administración Pública, pues mediante dicha función se busca satisfacer necesidades de carácter general y no la consecución de un fin y de nuestra naturaleza política.

Por otro lado estamos en presencia de un servicio público, toda vez que el notario de manera profesional y de manera permanente lo presta con la intención de satisfacer necesidades de carácter colectivo, tal y como lo señalan los artículos 12, 43 y 44 de la Ley del Notariado en vigor en el Distrito Federal, donde se les excusa de actuar a los notarios en casos muy específicos, salvando la continuidad en la prestación del servicio: Artículo 12. “Toda persona tiene derecho, en términos de esta ley, al servicio profesional del Notario. El Notario esta obligado a prestar sus servicios profesionales, cuando para ello fuere requerido por las autoridades, por los particulares o en cumplimiento de resoluciones judiciales, siempre y cuando no exista impedimento legal para realizar el documento notarial solicitado, salvo las causas de excusa a que se refieren los artículos 43 y 44 de esta ley. En los programas especiales previstos por esta ley participarán todos los notarios.

“Artículo 43. El Notario podrá excusarse de actuar en los días festivos o en horario que no sea de su oficina, salvo que el requerimiento sea para el caso de testamento, siempre y cuando a juicio del propio notario las circunstancias del presunto testador hagan que el otorgamiento sea urgente.

También podrá excusarse de actuar cuando los solicitantes del servicio no le aporten los elementos necesarios o no le anticipen los gastos y honorarios correspondientes.”

“Artículo 44. El Notario podrá excusarse al momento si circunstancialmente se encuentra atendiendo otro asunto, más si la persona decide esperarlo, se aplicará el principio de obligatoriedad en términos del artículo 12 con las salvedades del artículo anterior, según el orden de atención que le toque.”

En nuestra opinión este servicio público que presta el Notario, se encuadra dentro de los servicios públicos propiamente dichos, toda vez que estamos hablando de un servicio que es creado por Ley, a través de la Ley del Notariado para el Distrito Federal y consagrado en la misma Constitución; y a parte es una función que corresponde al propio ejecutivo de modo originario, que decide delegar en manos de los particulares, y para ejemplo de ello podemos citar el artículo sexto de la Ley del notariado del Distrito federal, donde queda demostrado que la fe pública, de la que más tarde haremos mención, emana del Estado como titular originario de la misma: “Esta ley regula el tipo de ejercicio profesional del derecho como oficio jurídico consistente en que el Notario, en virtud de su accesoria y conformación imparcial de su documentación en lo justo concreto del caso, en el marco de la equidad y el Estado Constitucional de Derecho y de la legalidad derivada del mismo, reciba por fuerza legal del Estado el reconocimiento público y social de sus instrumentos notariales con las finalidades de protección de la seguridad jurídica de los otorgantes y solicitantes de su actividad documentadora.”

Siendo tal el estado que guardan las cosas, y siguiendo las ideas del maestro Gabino Fraga, hemos de concluir este breve análisis de la naturaleza jurídica de la función notarial señalando

que se trata de la prestación de un servicio público en el sentido propio a través de la figura de la descentralización por cooperación; entendiéndose por descentralización aquella actividad del estado tendiente a ubicar determinadas esferas competenciales de la administración pública en órganos que guardan respecto de la administración central una relación diversa de la jerarquía, pero sin que dejen de existir respecto de dichos órganos las facultades de control necesarias para conservar la unidad de poder.⁷⁷

La carga de trabajo de la administración centralizada en algunas ocasiones, o la necesidad de una prestación más técnica y eficaz del servicio público en otras, es lo que impulsa a descentralizar una determinada esfera de atribuciones, y así encontramos que este proceso se puede llevar a cabo mediante tres mecanismos: descentralización por servicio, por territorio o por cooperación.

Pero los tres mecanismos anteriormente mencionados difieren mucho entre sí, aunque pertenezcan a la misma especie; pues en tanto la descentralización por región y por servicio es ejercida por organismos de carácter público necesariamente, cuando es por cooperación no es estrictamente necesario que así sea.

La descentralización por razón del territorio o por región se da, cuando se dice que de una manera general sean prestados los servicios públicos por un organismo dotado de personalidad jurídica y de patrimonio propio, que se halla investido de autonomía técnica respecto de la administración centralizada y que es el encargado de prestar dichos servicios en una región o zona determinada; y en opinión de Gabiño Fraga a forma típica de esta forma de descentralización la constituye el Municipio, el cual presta de una forma generalizada los servicios públicos en una demarcación territorial previamente definida.⁷⁸

En cuanto a la descentralización por servicio, esta se da cuando se crea un organismo especial que queda fuera del ámbito de la administración centralizada, por estar dotado de

⁷⁷ Ob. Cit. Gabiño Fraga, en la Nota 65, Pág 198.

⁷⁸ Ibidem, Pág. 219.

personalidad jurídica propia y de autonomía técnica, y que se encarga de prestar un servicio público en específico, a diferencia de cuando se da por región, donde se pretende una prestación generalizada de todos los servicios con una limitación territorial, ocurriendo en el caso que ahora nos ocupa precisamente lo contrario: una prestación específica de un servicio sin limitación territorial; el ejemplo típico lo encontramos en los organismos fiscales autónomos, como el Instituto Mexicano del Seguro Social, el cual satisface una necesidad colectiva de una manera muy específica en todo el territorio Nacional.⁷⁹

Caso muy distinto de estos dos que acabamos de analizar, es lo que sucede con la descentralización por cooperación, donde el desarrollo de la misma se encuentra íntimamente vinculado con la mayor injerencia que el Estado va adquiriendo en la vida de los particulares, presentándose problemas que reclaman una solución mucho más técnica que la que pueden ofrecer los funcionarios administrativos de carrera. Con el fin de salvaguardar esta situación, es que la administración pública autoriza a los particulares intervenir en la prestación de ciertos servicios públicos en esos que se encuentran en juego intereses de los particulares y no del Estado.⁸⁰

En este punto del análisis nos damos cuenta que la nota característica de la descentralización no radica en la prestación de servicios por parte de organizaciones públicas con autonomía técnica y administrativa, puesto que precisamente en el caso de la descentralización por cooperación su esencia es que no ocurra esto; es por eso que lo mucho que se ha dicho en la doctrina administrativa, para remarcar el ser mismo de la descentralización en las características antes mencionadas, no nos sirve para entender que es lo que distingue a la descentralización de la centralización; así que siguiendo las ideas del maestro Fraga, hemos de decir que la distinción debe basarse en que en el caso de la descentralización, ya sea que el servicio sea prestado por funcionarios públicos o por particulares como en el caso de la cooperación, estos y aquellos no se encuentran sujetos a la cadena de mando propia de la

⁷⁹ Ibidem, Pág. 199.

⁸⁰ Ibidem, Pág. 208.

administración centralizada, independientemente de que algunos sean o no funcionarios públicos, en todo caso, se encontrarán fuera de la jerarquía administrativa central.⁸¹

Después de las conclusiones hasta ahora extraídas en torno a las distintas formas de organización administrativa, coincidimos con el Maestro Ríos Hellig, que siguiendo la exposición hecha por Gabino Fraga, concluye que el Notariado es un caso típico de descentralización por cooperación, toda vez que la naturaleza de la función pública por ser creada por la ley y otorgarle ésta dicha característica, y que es prestada por un particular que se encuentra ubicado fuera de la jerarquía administrativa, sin ser funcionario público.⁸²

Junto a ésta concepción comúnmente aceptada de la función notarial, resulta interesante destacar la opinión que tiene al respecto Bernardo Pérez Fernández del Castillo, quien destaca que la función notarial es susceptible de ser encuadrada dentro de los límites de la administración, ya sea como un organismo centralizado o desconcentrado, toda vez que aunque sí depende de la administración centralizada por conducto de la Conserjería jurídica del Distrito Federal, en cuanto a las funciones disciplinarias y de vigilancia, ésta no ejerce un control total de la función ya que las facultades de revisión, de nombramiento y de nulificación de actuaciones se llevan a cabo a través de procedimientos propios y únicos de la función notarial; en cuanto a la posibilidad de ubicarla dentro de la administración descentralizada, señala que ésta tiene como característica esencial el ostentarse con personalidad jurídica, cosa que no se da en el caso de la Notaría; por estas razones es que el tratadista antes citado concluye que la función notarial es una forma especial de prestar un servicio público a los particulares por parte de los mismos, y que la figura que le podría ser más a fin bajo esta óptica sería la de concesión pública, toda vez que históricamente la función notarial es anterior al desarrollo de todas las teorías que explican la administración pública, razón que según hace encuadrar al Notario dentro de sus límites.⁸³

⁸¹ Ibidem, Pág. 202.

⁸² Op. Cit. Jorge Ríos Hellig, en la Nota 76, Pág. 43

⁸³ PÉREZ Fernández del Castillo, Bernardo, "Derecho Notarial", Séptima Edición, Porrúa, México, 1995. Págs. 165-166.

No debemos pasar de largo, pese a que ya hemos dado una conclusión muy acorde a nuestro medio jurídico sobre la naturaleza de la función notarial, aquellas concepciones propias de otras tradiciones jurídicas que encuadran al Notariado en un ámbito distinto del de la administración pública, particularmente dentro de la función jurisdiccional.

Esta idea ha echado raíces en algunos autores españoles, como es el caso de José Castán Tobeñas, quien considera que el ámbito de lo jurisdiccional es tan extenso que dentro de él podría incluirse sin ningún problema la función notarial, por que esta última pertenece al genero de las actividades del Estado encaminadas a la aplicación de la Ley, declarando derechos que de otra forma no podrían ser declarados.⁸⁴

Otros autores españoles consideran que la función notarial, partiendo de la distinción entre jurisdicción contenciosa y voluntaria, corresponde precisamente al campo de ésta última, toda vez, que consideran que sólo podemos hablar de tres clases de jurisdicciones: la penal, la litigiosa (civil y mercantil) y la voluntaria; esta posición es sostenida por autores como Lavandera y Bellver Cano, quienes opinan que tanto el juez en ejercicio de la jurisdicción contenciosa o litigiosa y el Notario en el caso de la voluntaria, se limitan a al aplicación del derecho al caso concreto con la distinción de que aquel lo hace sin tomar en cuenta la voluntad de las partes involucradas en el proceso y éste lo hace partiendo de dicha voluntad; pero en ambos casos se requiere la misma pericia en el conocimiento de la Ley para declarar la existencia de una situación concreta.

En este orden de ideas, señalan los autores anteriormente citados que la función del notario es ante todo la de impartición de justicia, juzgando en cada caso concreto la legalidad y conveniencia en la verificación del acto, procurando la igualdad entre las partes y realizando de esta forma la justicia en la sociedad.⁸⁵

⁸⁴ CASTÁN Tobeñas, José, "Función Notarial y Elaboración Notarial del Derecho", Pág. 19; citado por la ponencia titulada "EL Notario y la Jurisdicción Voluntaria ", del tema III del VIII Congreso Internacional del Notariado Latino.

⁸⁵ Ídem. Pág. 29.

Esta concepción de la función notarial, que debemos desechar de entrada, parte del error de considerar la jurisdicción voluntaria como verdadera jurisdicción, teniendo aquí por reproducidas las razones anteriormente esgrimidas en este trabajo para negar tal afirmación: independientemente de que parte también de una concepción errónea de la actividad de juzgar, pues si entendemos por ésta todos aquellos casos en los que el ser humano emite un juicio de razón sobre procedencia o improcedencia de una acción partiendo de las reglas dadas por un sistema lógico como es el sistema jurídico, no sólo será jurisdiccional la actividad del notario, sino que también lo será cualquier actividad que encierre un procedimiento racional de tal naturaleza.

3.3 CONCEPTO DE FUNCIONARIO PÚBLICO.

Mucho se ha discutido sobre si el Notario Público es empleado de la administración pública o no, y por lo tanto, funcionario público, con la serie de consecuencias legales que de ello se deducen; esta añejada discusión que hoy en día y a la luz de nuestra legislación podría no tener mayor sentido, pero a lo largo del devenir histórico, y en otras tradiciones jurídicas distintas a la nuestra, no ha estado bien definido. Nos señala Bernardo Pérez Fernández del Castillo que en nuestro país la primera ley que trato de poner fin a esta polémica fue precisamente la Ley del Notariado para el Distrito Federal de 1901, donde se le otorgó al Notario el carácter de funcionario público, situación confirmada por las posteriores leyes de 1932 y 1945, y que inicialmente confirmaba en su texto original la ley de 1980, pero que por reformas de 1986 se produjo el cambio de criterio para sustituir la expresión “Funcionario público” por “profesional del derecho”.⁸⁶ En la ley actual, el artículo 42 de la misma define al Notario como un “profesional del derecho”, por lo que de él podemos inferir la intención del legislador de no considerarlo como tal.

Por otra parte, existen diversos requisitos en materia administrativa para distinguir al funcionario público, requisitos que el notario evidentemente no comparte: relación laboral con el Estado, retribución proveniente del erario público, poder de decisión y mando respecto

⁸⁶ *Idem*

de empleados de menor rango, sujeción a la cadena de mando administrativa, facultades señaladas en la Constitución o reglamento, etc.⁸⁷

El artículo 108 de la Constitución nos dice quienes son funcionarios públicos: "...Para los efectos de las responsabilidades a que alude este título se reputan como servidores públicos a los representantes de elección popular, a los miembros del poder Judicial Federal y del Poder Judicial del Distrito federal, así como a los servidores del Instituto Federal Electoral, quienes serán responsables de los actos u omisiones en que incurran en el desempeño de sus respectivas funciones.

El presidente de la República, durante el tiempo de su encargo, sólo podrá ser acusado por traición a la patria y delitos graves del orden común.

Los Gobernadores de los Estados, los Diputados de las legislaturas locales, los Magistrados de los Tribunales Superiores de Justicia Locales, y en su caso, los miembros de los consejos de las judicaturas locales, serán responsables por violación a esta Constitución y a leyes Federales, así como por el manejo indebido de fondos y recursos federales.

Las Constituciones de los Estados de la República precisarán, en los términos del primer párrafo de este artículo y para los efectos de sus responsabilidades, el carácter de servidores públicos de quienes desempeñen empleo, cargo o comisión en los Estados y en los Municipios..."

De la transcripción anterior, se infiere en primer término que el Notario no es un representante de elección popular, ya que se accede al notariado por otra vía, y tampoco desempeña cargo, empleo o comisión alguna en representación de la administración pública, toda vez que no tiene un nombramiento que lo vincule en una relación de subordinación administrativa con el Estado; no obstante que su actividad sea pública y se realice en nombre del Estado y dentro de un estricto marco establecido en la ley, coadyuvando con el Estado para que este logre sus

⁸⁷ Op. Cit. Gabino Fraga, en la Nota 65. Pág. 131

fines, pero sin que esto de suyo implique que exista una relación de trabajo y dependencia hacia el Estado.⁸⁸

El hecho de que el Notario no sea un funcionario público acarrea una serie de consecuencias muy importantes, pues por dicha razón no se le puede considerar sujeto de la Ley Federal de Responsabilidades de los servidores Públicos, y a las faltas que llegase a cometer en el ejercicio de sus funciones no pueden acarrear las sanciones que en ella se establecen; por no tener dicho carácter sus actuaciones no pueden ser consideradas actos administrativos, y no pueden ser objeto de las mismas impugnaciones que estos, es por eso que cuando se pretenda declarar nula una escritura o una acta notarial, deberá recurrirse a los procedimientos especiales que para tales efectos se establezcan en la legislación aplicable a la materia, pues aunque la función sea administrativa en cuanto a su contenido, el acto administrativo como tal sólo puede derivarse de la actuación de un funcionario público.

3.4 ANÁLISIS JURÍDICO MATERIAL DE LA ACTIVIDAD NOTARIAL

La ley del Notariado vigente en el Distrito Federal nos da una definición en su artículo 42 de los que debemos entender por Notario: "...Notario es el profesional del derecho investido de fe pública por el Estado, y que tiene a su cargo recibir, interpretar, redactar y dar forma legal a la voluntad de las personas que ante él acuden, y conferir autenticidad y certeza jurídicas a los actos y hechos pasados ante su fe, mediante la consignación de los mismos en instrumentos públicos de su autoría.

El Notario conserva los instrumentos en el protocolo a su cargo, los reproduce y da fe de ellos. Actúa también como auxiliar de la administración de justicia, como consejero, arbitro o asesor internacional, en los términos que señalen las disposiciones legales relativas..."

La Unión Internacional del Notariado Latino define al notario de la siguiente manera: "...EL notario 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

⁸⁸ Op. Cit. José Castán Tobeñas, en la Nota 84, Pág. 171.

adecuados a ese fin y confiriéndoles autenticidad, conservar los originales de éstos y expedir copias que den fe de su contenido.⁸⁹

Por su parte, la antigua ley del notariado para el distrito Federal, de manera mucho más escueta, defina al Notario en su 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 parte..."

De los preceptos anteriormente citados, que guardan gran similitud unos con otros, se desprenden cuales son las funciones propias del Notario, siendo evidentemente el que más nos interesa a nosotros en este momento el enunciado por el artículo 42 del ordenamiento vigente en el Distrito Federal, del cual, se puede deducir las siguientes facultades del Notario ordenadas de un modo cronológico:⁹⁰

- a. *Escuchar*: El Notario debe escuchar a las personas que acuden ante él, las cuales le plantean de manera pormenorizada la problemática en la que se encuentran, intentando el Notario conocer todas las circunstancias propias del caso, haciendo entender a las personas que acuden ante él las circunstancias que se deben matizar y aquellas que pasaron por alto dada su impericia.
- b. *Interpretar*. Después de escuchar a las personas, el Notario debe buscar los motivos que han tenido para llevar a cabo una operación, descubriendo su verdadera voluntad.
- c. *Aconsejar*. Dentro de las posibilidades que otorga el ordenamiento jurídico, el Notario debe señalar a sus clientes que figura jurídica es la más acorde para llevar a cabo los fines que

⁸⁹ PÉREZ Fernández del Castillo, Bernardo *"Doctrina Notarial Internacional"*, Primera Edición, Porrúa, México, 1999. Pág. 19.

⁹⁰ Op. Cit. José Castán Tobeñas, en la Nota 84, Págs. 161-165.

le plantean; señalándoles en caso de que existan varias opciones cuales son las consecuencias y alcances de cada una de ellas.

d. *Preparar y redactar.* Redactar el instrumento público en el cual se contendrá el acto o el hecho jurídicos productos del consejo a los clientes, una vez interpretada su voluntad, previa satisfacción de todos los requisitos de índole administrativa que se requieran para redactar el instrumento; aquí se deben poner en la practica la pericia y la experiencia del notario para contener en el instrumento todas aquellas cláusulas que permitan la producción del efecto legal deseado por las partes, y para evitar dar por cierto aquello que no lo es, alejando la idea de un conflicto futuro.

e. *Certificar.* Aquí se manifiesta el contenido de la fe pública con la cual actúa el Notario, concepto que explicaremos de manera detallada en el punto siguiente, por ser tal vez el elemento esencial de la función notarial.

f. *Autorizar.* Es el acto mediante el cual, una vez certificado el acto, se sanciona por el notario para darle el carácter de autenticidad que analizaremos al tratar el tema de la fe pública.

g. *Conservar y reproducir.* En los documentos privados no existe la noción de reproducción, y si aceptamos que existe, la distinción entre el original y su reproducción no reviste la misma importancia que tiene en los públicos, toda vez que el documento original no tiene el carácter del documento matriz, que es conservado en forma permanente en el caso de documentos públicos. El Notario tiene la obligación de acuerdo con la ley de conservar el original del documento en su poder durante determinado tiempo, con el fin de llevar un conteo exacto de los documentos reproducidos del original, sabiendo cuantas copias existen y garantizando su carácter de fidedigno.

Como podemos ver, las facultades del Notario se pueden resumir básicamente en las antes mencionadas, sumándoles otras que se derivan de otras leyes, en especial de carácter fiscal,

donde se le impone al Notario la obligación de verificar, liquidar y enterar de impuestos, sin ser empleado del fisco por razones anteriormente expuestas, pero constituyéndose en un importante auxiliar de la recaudación de impuestos; otras obligaciones importantes se derivan de la Ley del Notariado, como la de inscribir en los registros públicos de la propiedad y del comercio, aquellos actos que requieran esta forma de publicidad.⁹¹

Otro de los importantes tratadistas dentro del ámbito Nacional, Jorge Ríos Hellig, señala que las principales funciones del Notario las podríamos resumir en los siguientes puntos:

1. *Perito en derecho.* Esta cualidad del Notario en nuestro país es dada al mismo por pertenecer al sistema del Notariado Latino, donde se busca que el Notario ejerza su función en busca de la seguridad jurídica, fin que sólo puede ser logrado si aquel es un perito jurídico que logre interpretar de manera adecuada la voluntad de las personas que ante él concurren.

2. *Actividad creadora.* Por medio de esta función, se señala que los Notarios crean fuentes del derecho al ser consultados por los poderes legislativos cuando se pretendan modificar o crear leyes que afecten el ejercicio de la función notarial; evidentemente esta función del notario al resolver consultas o asesorar al poder legislativo, no es una facultad del notario consagrada en la Ley, pero nos señala el Maestro Ríos Hellig que es una práctica de hecho que de manera común se ha observado en nuestro país; por otro lado, nos señala que la actividad creadora del Notario se manifiesta a través de la creación de Institutos jurídicos desde antes que estos sean plasmados en la ley, o motivando su incorporación a ésta, como sucedió en el caso del otorgamiento de Poderes, donde en opinión del autor en comento, a principios de solo era considerado un contrato de mandato, y la práctica notarial influyó para que se considerara como un acto unilateral; o el caso de la escisión de sociedades mercantiles, las cuales eran practicadas por los notarios antes de que estuvieran reguladas por la Ley General de Sociedades Mercantiles.

⁹¹ Ídem.

3. *Auxiliar del fisco.* Se discute en este punto cual es la función del Notario en materia fiscal, para algunos se trata de un retenedor, y para otros de un recaudador; en opinión de Ríos Hellig no se trata ni de una ni de otra, no es recaudador por que no tiene el carácter de autoridad fiscal que estos requieren, ni es retenedor por que no paga una cantidad al contribuyente para entregar otra al fisco con cargo a éste. Es por eso que en opinión de este autor se trata de una figura única y especial de un obligado solidario que aparte se encuentra facultado para calcular, cobrar y enterar impuestos y derechos al fisco federal, local y municipal, en los términos de los artículos 26 y 73 del Código Fiscal de la Federación. En opinión del multicitado autor, es más propio llamarle “controlador y coadyuvante del Estado en la recaudación fiscal”.

4. *Controlador de legalidad de actos:* Esta es probablemente la labor más importante del Notario, donde se constituye en un garante de la legalidad de los actos que ante su fe se otorgan, jugando esta legalidad él sólo por su cuenta, de manera autónoma, pero siempre actuando dentro de los límites del ordenamiento legal que lo determina.

5. *Interprete de normas jurídicas:* En su calidad de perito en derecho es su deber hacer una interpretación de las normas jurídicas que rigen su actuación y los hechos y actos que ante su fe deben sancionar, teniendo en cuenta no sólo la legislación, sino los criterios jurisdiccionales y administrativos que afecten el ejercicio de sus funciones.

6. *Redactor del instrumento público notarial.* En opinión de Ríos Hellig, esta función es la que justifica que el notario deba existir, pues en primer lugar el carácter del instrumento público que reviste el instrumento notarial es fuente de legalidad y de seguridad jurídica, y en segundo lugar, la pericia del notario aplicada a la elaboración del instrumento se traduce en eficacia en cuanto a la consecución de los fines de los particulares, al ser correctamente interpretada y plasmada su voluntad.

3.5 EL NOTARIO INVESTIDO DE FE PÚBLICA.

Ya hemos señalado con anterioridad que la ley inviste al Notario con fe pública, y que esta característica es la que le permite al Notario llevar a cabo su función certificadora y autenticadora cabalmente. El significado de la palabra fe de acuerdo al diccionario de la Real academia de la Lengua Española es: “Creencia que se da a las cosas por la autoridad del que las dice o por la fama pública”⁹² es por eso que si los acontecimientos que se tienen por verdaderos a través de la fe fueran presenciados, estaríamos en presencia de una evidencia y no de un acto de fe.⁹³

El mismo diccionario nos señala además que es lo que debemos entender por fe pública: “...Autoridad legítima atribuida a Notarios, escribanos, agentes de cambio y bolsa, cónsules y secretarios de juzgados, tribunales y de otros institutos oficiales, para que los documentos que autorizan en debida forma sean considerados como auténticos y lo contenido en ellos sea teniendo por verdadero mientras no se haga prueba en contrario..”⁹⁴

En sentido jurídico la idea de fe pública supone la existencia de una verdad oficial cuya creencia se impone, y se entiende que es impuesta porque no se llega a ella mediante un proceso voluntario que nos permita inferir de datos conocidos aquellos que son desconocidos, sino que de manera coercitiva se declara una verdad que de debe ser considerada como tal para todos.⁹⁵

De acuerdo con la exposición del maestro Ríos Hellig, las características de la fe pública son las siguientes:⁹⁶

⁹² Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, tomo III, Pág. 615.

⁹³ Op. Cit. José Castán Tobeñas, en la Nota 84, Pág. 174

⁹⁴ Ídem. Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, tomo III, Nota 92

⁹⁵ GIMÉNEZ Arnau, Enrique, “Derecho Notarial” Segunda Edición, Pamplona España. Págs. 37-38.

⁹⁶ Op. Cit. Jorge Ríos Hellig, citado en la Nota 76, Págs. 51-52.

1. *Obligatoria*. No depende de los individuos en lo individual, el creer la verdad que la fe pública propugna, es deber social el creer en ella.
2. *Documental*. Es necesario que lo que se afirma a través de la fe pública conste de manera documental, a reserva que más adelante señalemos cual es el alcance y las consecuencias del documento.
3. *Origen Estatal*. La fe pública nace del Estado, tiene su origen en él, en virtud de la autodeterminación soberana que puede realizar con miras a la consecución de su fines.

La doctrina ha apelado a diversas instituciones jurídicas para explicar la naturaleza de la fe pública, para algunos autores estamos en presencia de una presunción, siendo más específicos, de una presunción “*iuris tantum*”, toda vez que la verdad postulada en virtud de la fe pública puede ser desvirtuada por la futura admisión de una prueba en contrario.⁹⁷

Para otros se trata de un imperativo jurídico que impone el Estado a un pasivo contingente universal para considerar cierta la celebración de un acto o la verificación de un hecho determinado, dado que aquel contingente pasivo no tuvo la oportunidad de presenciarse a través de sus sentidos; con esto se pretende decir que es un imperativo por que es forzoso tener por cierto aquello que se contiene en un instrumento que emana del Estado o de un fedatario público, y que en relación a ese pasivo contingente tiene un efecto de “*erga omnes*”, la fe pública, toda vez que esta verdad es oponible como tal a toda persona.⁹⁸

Por otro lado encontramos que la fe pública no puede ser ejercida por aquel que se haya investido de ella de forma arbitraria y desordenada, es necesario que partamos de varios presupuestos para que se encuentre en aptitud de declarar la verdad en el caso concreto; el primero de ellos es partir de la evidencia, aquí el notario y el fedatario público de que se trate, debe narrar el hecho propio o certificar la existencia del ajeno, como ejemplos en caso de actuaciones personales del notario tenemos: la acción de fe sobre la capacidad de las partes, la existencia de documentos en su presencia, etc., pero también debe dar fe de hechos de terceros, que en ocasiones no habrá percibido, pero que tiene alguna manera de intuir,

⁹⁷ Op. Cit. Bernardo Pérez Fernández del Castillo, citado en la Nota 83, Pág. 37.

⁹⁸ Op. Cit. Jorge Ríos Hellig, citado en la Nota 76, Pág. 53.

como sucede en el caso de las protocolizaciones de actas de asamblea, donde evidentemente no presencio el acto.

El segundo presupuesto que encontramos es la objetivación, el fedatario público, debe plasmar en el instrumento todo aquello que percibe de una manera objetiva, es decir, no puede plasmar una cosa y dejar otras afuera, la fe pública sirve en este caso para documentar el acto y el hecho del que se está dando fe en toda su complejidad, incluyendo aquellos actos que se encuentran conectados o relacionados de alguna forma con el acto principal.

El tercer presupuesto es la simultaneidad en el proceso de dación de fe, esto quiere decir, que entre la percepción por parte del fedatario de los hechos y actos y la elaboración del documento donde se consignan los mismos, debe mediar el menor tiempo posible.⁹⁹

3.6. LA ACTUACIÓN DEL NOTARIO A TRAVÉS DEL INSTRUMENTO PÚBLICO.

Ya señalamos anteriormente que el ejercicio de la fe pública precisa de la documentación que la plasme para que ésta sea cabalmente ejercida, es por eso que ahora debemos analizar que se debe entender por instrumento público y como hace uso del mismo el Notario.

La Doctrina procesal entiende que el documento es uno de los medios de acreditamiento, que junto con los instrumentos, los monumentos y los registros, constituyen una subespecie de los medios de confirmación; pero lo que viene a distinguir a los documentos de los otros medios de acreditamiento, es el carácter escrito que necesariamente debe revestir aquel y que estos últimos no.¹⁰⁰

En este sentido, podríamos afirmar que un documento es todo aquello que contenga algo escrito, pero tenemos que hacer hincapié en el requisito de la escritura, por que si contiene el documento de impresiones de otro tipo, que no correspondan a una forma de escritura,

⁹⁹ CARRAL y de Teresa, Luis, "Derecho Notarial y Derecho Registral", Quinceava Edición, Porrúa, México, 1998. Págs. 52-60.

¹⁰⁰ BRISEÑO Sierra, Humberto "Derecho Procesal", Segunda Edición, Tomo I, Oxford, México, 2001. Pág. 415.

estaremos entonces en presencia de un registro y no de un documento, como ocurría en el caso de un papel que sólo contuviera la impresión de unas huellas digitales, que aunque en el lenguaje popular se le conozca como documento, en sentido estricto será un registro.¹⁰¹

Ahora bien, los documentos se pueden clasificar en públicos y privados, teniendo aquellos la característica de que son auténticos, es decir, no puede dudarse de su origen y procedencia, en tanto no sean declarados como apócrifos, en tanto que los documentos privados, no cuentan con ésta característica.¹⁰²

Nuestra legislación procesal en su artículo 327 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, nos señala cuales son los documentos que deben ser considerados como públicos: "...Son documentos públicos:

- I. Las escrituras públicas, pólizas y actas otorgadas ante notario o corredor público y los testimonios y copias certificadas de dichos documentos;
- II. Los documentos auténticos expedidos por funcionarios que desempeñen cargo público, en lo que se refiere al ejercicio de su funciones;
- III. Los documentos auténticos, libros de actas, estatutos, registros y catastros que se hallen en los archivos públicos, o los dependientes del Gobierno Federal, de los Estados, de los Ayuntamientos o del Distrito Federal;
- IV. Las certificaciones de las actas del estado civil expedidas por los jueces del Registro Civil, respecto a constancias existentes en los libros correspondientes;
- V. Las certificaciones de constancias existentes en los archivos públicos expedidas por funcionarios a quienes compete;

¹⁰¹ GÓMEZ Lara, Cipriano, "Derecho Procesal Civil", Cuarta Edición, Harla, México, 1990. Pág. 143.

¹⁰² *Ibidem*, Pág. 145.

- VI. Las certificaciones de constancias existentes en los archivos parroquiales y que se refieren a actos pasados, antes del establecimiento del Registro Civil, siempre que fueran cotejadas por Notario Público o quien haga sus veces con arreglo a derecho;
- VII. Las ordenanzas, estatutos, reglamentos y actas de sociedades o asociaciones, universidades, siempre que estuvieren aprobados por el Gobierno del Distrito Federal o de los Estados, y las copias certificadas que de ellos se expidieren;
- VIII. Las actuaciones judiciales de toda especie;
- IX. Las certificaciones que expidieren las bolsas mercantiles o mineras autorizadas por la ley y las expedidas por los corredores titulados o con arreglo al Código de Comercio, y
- X. Los demás a los que se le reconozca ese carácter por la ley...”

De la transcripción anterior se pueden deducir varias consecuencias, en primer lugar, el carácter de documento público sólo lo otorga la ley, diciendo que documentos van a contar con el carácter de autenticidad; en segundo lugar, todos aquellos documentos a los cuales la ley no les otorgue el carácter de públicos, por principio de exclusión, deberán ser considerados como privados; en tercer lugar se infiere que no todo instrumento público debe provenir de un funcionario de fe pública, pero sí que todo documento expedido en ejercicio de la fe pública, es un documento público.

La actuación Notarial se da primordialmente a través de dos documentos públicos que acabamos de mencionar, el acta y la escritura pública, dándonos la Ley del Notariado para el distrito Federal la definición de cada uno de ellos: “...Artículo 100. Escritura es cualquiera de los instrumentos públicos siguientes:

- I. El original que el notario asienta en folios, para hacer constar uno o más actos jurídicos, y que firmado por los comparecientes, el Notario autoriza con su sello y firma.
- II. El original integrado por lo siguiente:

a. Por el documento en que el Notario consigna uno o más actos jurídicos y que deberá llenar las formalidades que éste capítulo establece; ser firmado en cada una de sus hojas y al final por los comparecientes y el Notario; llevar el sello de éste en los expresados lugares y agregarse al apéndice con sus anexos. Hará mención de la escritura de la que forma parte y el o los folios en que se contiene la síntesis a que se refiere el inciso siguiente, y

b. Por la síntesis asentada por el Notario en los folios que correspondan, en la que se señalen los elementos personales y, materiales de los actos consignados. Dicha síntesis contendrá el número de hojas de que se compone así como una relación completa de sus anexos, y una vez firmada por los comparecientes será autorizada por el Notario con su sello y forma...”

“Artículo 125. Acta notarial es el instrumento público original en el que el Notario, a solicitud de parte interesada, relacionada, para hacer constar bajo su fe, uno o varios hechos presenciados por él o que le consten, y que asienta en los folios del protocolo a su cargo con la autorización de su firma y sello”

Como podemos apreciar, la distinción entre ambos documentos radica en lo que se plasma en ellos, pues mientras en la escritura se plasman actos jurídicos, en la acta se plasman hechos jurídicos; ahora bien, el otorgamiento del documento público ante notario tiene primordialmente el efecto al que nos hemos referido en relación con la fe pública, produce prueba plena de lo que se plasma en él, independientemente de que se trate de un hecho o un acto jurídico, pero no siempre produce únicamente este efecto, pues en aquellos casos en los que la ley exija que determinado acto jurídico deba ser celebrado ante Notario y en escritura pública, la validez de dicho acto dependerá precisamente de que se haga de tal maneja, por que si no, no se estaría cumpliendo con un requisito de validez del acto jurídico, que es la forma.¹⁰³

El efecto de la fe pública en los instrumentos, o más propiciamente dicho, documentos notariales, viene dado por la especialidad en los medios de impugnación que los mismos tienen, es decir, para que un documento notarial deje de hacer prueba plena de lo consignado

¹⁰³ Op. Cit. Bernardo Pérez Fernández del Castillo, en la Nota 83, Pág. 123

en el, es necesario que la autoridad judicial lo declare, partiendo de causales concretas que permitan dicha declaración, como se desprende de los siguientes preceptos de la ley del Notariado para el Distrito Federal:

“Artículo 156. En tanto no se declare judicialmente la falsedad o nulidad de un instrumento, registro, testimonio o certificación notariales, estos serán prueba plena de los otorgantes que manifestaron su voluntad de celebrar el acto consignado en el instrumento de que se trate, que hicieron las declaraciones que se narran como suyas, así como de la verdad y realidad de los hechos de los que el Notario dio fe, tal como los refirió y de que observo las formalidades correspondientes”

“Artículo 157, La nulidad de un instrumento o registro notariales sólo podrá hacerse vales por vía de acción y no por vía de excepción, siempre que existan elementos claramente definidos en contra que ameriten romper, con excepción debidamente comprobada, el principio de prueba plena”

“Artículo 162. El Instrumento o registro notarial sólo será nulo:

- I. Si el Notario no tiene expedito el ejercicio de su funciones en el momento de su actuación;
- II. Si no le esta permitido por ley intervenir en el caso;
- III. Si no le esta permitido por ley dar fe del acto o hecho materia de la escritura o del acta por haberlo hecho en contravención de los términos de la fracción II del artículo 45;
- IV. Si fuera firmado por las partes o autorizado por el Notario fuera del Distrito Federal;
- V. Si ha sido redactado en idioma distinto al español;

VI. Si no esta firmado por todos los que deben firmarlo según ésta ley, o no contiene la mención exigida a falta de firma;

VII. Si esta autorizado por la firma y sello del Notario cuando debería tener nota de “ no paso”, o cuando el instrumento no este autorizado con la firma y sello del Notario;

VIII. Si el Notario no se aseguro de la identidad de los otorgantes en terminaos de esta ley;

En el caso de la fracción II de este artículo, solamente será nulo el instrumento en lo referente al acto o hecho relativos, pero será valido respecto de los otros actos o hechos que contenga y que no estén en el mismo caso. Fuera de los casos determinados en este artículo, el instrumento o asiento será valido. Cuando se demande la nulidad de la escritura que lo contiene, si no existe alguno de los supuestos a que se refieren las fracciones anteriores. Sin embargo, cuando se dicte la sentencia que declare la nulidad del acto, una vez firme el juez enviará al Notario o Archivo según se trate, para que en una nota complementaria se tome razón de ello...”

“Artículo 163. El Testimonio, copias certificadas y certificaciones, serán nulos solamente en los siguientes casos:

- I. Cuando el original correspondiente lo sea;
- II. Si el Notario no se encuentra en ejercicio de sus funciones al expedir la reproducción de que se trate o la expida fuera del Distrito Federal, y
- III. Cuando dicha reproducción no tenga firma o sello del Notario...”

Llama especialmente la atención la lectura de la parte final del artículo 162, el cual contempla la posibilidad de que el acto consignado en la escritura sea nulo y la misma siga conservando su validez, obligando en este caso al Notario a consignar una nota en la que señale tal

circunstancia una vez que se halla dictado sentencia ejecutoriada; la intención del legislador es buscar una mayor salvaguarda de la autenticidad del documento notarial, permitiendo su impugnación en casos previstos en la misma legislación bajo la forma de causales limitativas, que permitan erradicar del documento el principio de prueba plena logrado a través de la fe pública del Notario, pero en este afán de protección del documento y de la función notarial, se llega al absurdo de darle valor a la forma por la forma misma, por lo que hemos de estar en desacuerdo con este artículo para proponer que la escritura que contenga un acto nulo, deba estar afectada de la misma ineficacia,

Es importante destacar que no sólo las escrituras y las actas que emite el Notario tienen el carácter de documento público, pues dicho carácter también es compartido por las copias y testimonios que de aquellos se expidan, esto es de trascendental importancia, pues dada la matricidad de los documentos notariales, que obliga a conservar los originales de los mismos en poder del Notario o del Archivo general de Notarías, su autenticidad no tendría ninguna repercusión social dado que dichos documentos no tienen poder de circulación entre los particulares si no es a través de sus copias y testimonios.

3.7 ORIGEN CONSTITUCIONAL DE LA INTEGRACION DE LOS ORGANOS JURISDICCIONALES.

El sistema jurisdiccional de un país deriva de las normas constitucionales porque, como hemos visto, la jurisdicción es actividad soberana del Estado, pero la vinculación de los particulares al sistema jurisdiccional, es decir, su cambio de simples particulares a miembros del poder judicial de un Estado, tiene lugar mediante una designación hecha con sujeción a las mismas normas constitucionales.

La forma de designación varía de país a país, pero en todo caso, enseña GABINO FRAGA, condiciona la aplicación de una situación general preestablecida a un caso individual, el de la persona designada. Esta debe manifestar su aceptación al cargo, para que se integre la relación jurídica de incorporar a la persona designada al Estado y la convierta en titular del

órgano jurisdiccional, con dependencia económica exclusiva del erario público y la prohibición del libre ejercicio profesional.

3.8 JERARQUIZACION DEL PODER JUDICIAL

El poder judicial está jerarquizado, es decir, constituido en forma tal que sus miembros dependan de un órgano superior, estableciéndose una relación jurídica que ligue a todos, incluyendo a los de ínfima categoría.

A las autoridades superiores está reservada, desde el punto de vista administrativo, la facultad de nombrar a los inferiores, de vigilarlos, de sancionarlos y desde el punto de vista jurisdiccional, de conocer de recursos que tienden a modificar o revocar sus determinaciones.

Indudablemente que no todos los miembros del poder judicial tienen las mismas facultades ni atribuciones; por tanto, no debemos generalizar sino hacer las siguientes necesarias distinciones:

Las facultades propiamente jurisdiccionales están reservadas a las personas que ejercen jurisdicción, es decir, a los Jueces, mismo que en nuestro país son individuales, en donde su voluntad decisoria se identifica con la voluntad del Estado mismo.

Al lado de los jueces, se encuentran los *secretarios* que tienen en nuestro derecho la facultad de documentación o sea, de dar fe y certificar los actos que realizan los titulares y autenticar todos los hechos jurídicos de importancia para el proceso. Por eso, deben asistir a todas las diligencias y bajo su fe pública, asentar los hechos ocurridos, las declaraciones rendidas, las determinaciones tomadas por el juez, individual o colectivo.

De los caracteres que la doctrina asigna a la función jurisdiccional corresponde a los jueces, individuales o colegiados: la decisoria; y la de documentación, a los secretarios.

La facultad de coerción corresponde a los que nuestra legislación denomina: jueces ejecutores, pues son ellos los encargados de la ejecución de las sentencias. En nuestro derecho, los secretarios actuarios, tienen una función mixta: son fedatarios, en cuanto documentan las diligencias en que intervienen: notificaciones, citaciones, emplazamientos y tienen facultades coercitivas propias, en cuanto requieren de pago a los deudores, en cumplimiento del auto de ejecución y, no verificándolo, pueden embargar bienes suficientes para cubrir las prestaciones fijadas en la sentencia.

Los empleados inferiores de los tribunales, aun cuando están ligados al Estado por razón de servicio, no ejecutan actos jurídicos, sino hechos materiales que carecen de trascendencia jurídica, aun cuando, por razón de la jerarquización, queden sujetos a todas las consecuencias de ésta.

Podemos mencionar a los auxiliares no jerarquizados, los cuales para el desarrollo normal de la función jurisdiccional son necesarios para que coadyuven con los órganos jurisdiccionales, bien sea prestándoles asistencia técnica, bien sea conservando bienes ajenos, bien sea representando a las *bonorum universitates* como intestados, testamentarias, quiebras, suspensiones de pagos, etc., etc.

Los actos que realizan estas personas son actos jurídicos que tienen influencia en la relación procesal, pero ellas no están ligadas al orden jerárquico y normalmente desempeñan sus funciones, mediante contratos de prestación de servicios con los particulares o por designación del órgano jurisdiccional, pero siendo sus honorarios con cargo a las partes en litigio, sujetos a la regulación definitiva de gastos y costas.

3.9 REQUISITOS SUBJETIVOS PARA SER DESIGNADO *TITULAR* DE LOS ORGANOS JURISDICCIONALES

Los sacerdotes del derecho son los jueces, decía CICERÓN, porque a ellos incumbe administrar justicia. Se requiere, en consecuencia, que satisfagan requisitos físicos, intelectuales, morales y jurídicos para poder desempeñar tan augusta función.

Desde el punto de vista físico, se fijan edades límites dentro de las cuales se presume la plena lucidez mental; y se exige la ausencia de padecimientos que redunden en perjuicio de su salud. Por tanto, son incapaces los menores de edad, los menores o mayores de las edades límites fijadas para determinados puestos, los ciegos, sordo-mudos y enfermos mentales.

Desde el punto de vista intelectual, se necesita que sean profesionales del derecho, con título legalmente reconocido y con experiencia profesional, que fluctúa según la naturaleza del cargo; Desde el punto de vista moral, deben gozar de buena reputación; y Desde el punto de vista jurídico, deben estar vinculados al Estado en cuyo nombre actúan, por la ciudadanía y no deben haber sido condenados por delitos infamantes. A los secretarios se les exigen, normalmente, los mismos requisitos, pero en la práctica se disimulan aquellos que no impiden sus funciones.

CAPÍTULO IV
EL NOTARIO ANTE LOS PROCEDIMIENTOS DE
JURISDICCIÓN VOLUNTARIA

4.1 INTERVENCIÓN DEL NOTARIO EN ASUNTOS DEL CONOCIMIENTO JUDICIAL

El Estado Mexicano como estado moderno fundamenta su organización y funcionamiento, en las leyes emitidas por autoridades competentes y en su exacta aplicación al caso concreto, y toda vez que el Distrito Federal, transita en el conocido ESTADO-DERECHO, implica una organización jurídico-política en la cual el estado tiene su actuación en la norma jurídica y esta última su aplicación estricta a través de los Poderes Estatales.

El Distrito Federal se ha transformado según lo señala el artículo 43 de la CARTA MAGNA en una Entidad Federativa y con autoridades de amplia autonomía, según lo dispuesto por el artículo 122 Constitucional, el cual consagra la estructura jurídico-política del Distrito Federal, al establecer la existencia del Estatuto de Gobierno del Distrito Federal, estableciendo como sus órganos locales de Gobierno del Distrito Federal a la Asamblea Legislativa, Al Tribunal Superior de Justicia y al Jefe de Gobierno.

El propio artículo 122 Constitucional fracción VII determina: "La función Judicial se ejercerá por el Tribunal Superior de Justicia, el cual se integrará por el número de Magistrados que señale la Ley Orgánica correspondiente, así como los Jueces de Primera Instancia demás Órganos que la propia Ley señale...".

También el referido artículo 122 Constitucional en su párrafo cuarto determina: "El Jefe de Gobierno del Distrito Federal tendrá a su cargo el Ejecutivo y la administración pública en la entidad y recaerá en una sola persona... "

Cabe recordar que a nivel Constitucional los actos públicos, registros y procedimientos judiciales se les darán entera fe y crédito de todos los otros, según lo establecido por el artículo 121 de nuestra Carta Magna, es la Ley Orgánica del Tribunal Superior e Justicia del Distrito Federal, la que establece en su artículo primero:

"La Administración de Justicia en el Distrito Federal, corresponde al Tribunal Superior de Justicia y demás órganos Judiciales que esta ley señala con base en lo que establece la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el Estatuto de Gobierno del Distrito Federal y demás ordenamientos aplicables".

El Consejo de la Judicatura será el órgano encargado de administrar manejar y ejercer de manera autónoma el presupuesto del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal..."

En dicha ley encontramos la existencia de los Magistrados del Tribunal Superior de Justicia, los diferentes Jueces de Jurisdicción por materia, el Jurado popular, los Presidentes de Debates y Árbitros .

La propia Ley orgánica señala cuales son los auxiliares de la Administración de Justicia, quienes están obligados a cumplir, EN EL DERECHO DE SUS ATRIBUCIONES LEGALES las ordenes que emitan los Jueces y Magistrados, entre los auxiliares de la administración de Justicia encontramos a la Subsecretaria de Gobierno del Distrito Federal, a la Dirección General de Prevención y Readaptación Social, al Registro Civil, al Registro Público de la Propiedad y del Comercio, a Peritos e Interpretes, a los Agentes de la Policía Preventiva y Judicial, a los Notarios entre otros.

De tal manera que el Notario viene a constituir un auxiliar de la Administración de Justicia, siendo definido en la ley del Notariado en su artículo 42 como "... el profesional en derecho, investido de fe pública por el Estado, y que tiene a su cargo recibir, interpretar, redactar, y dar forma legal a la voluntad de las personas que ante él acuden, y conferir autenticidad y certeza jurídicas a los actos y hechos pasados ante su fe, mediante la constitución de los mismos en instrumentos públicos de su autoridad"

Así mismo el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, asigna al Notario la facultad para actuar en funciones de Secretario del Juzgado, cuando así lo soliciten los promoventes de conformidad por lo dispuesto por el artículo 68 del citado ordenamiento.

Por otra parte, el ordenamiento procesal señala "EN NINGUN CASO SE ENTREGARÁN LOS AUTOS A LAS PATES PARA QUE LOS LLEVEN FUERA DEL TRIBUNAL", sin embargo al Notario le esta autorizado retirar los expedientes del Juzgados, previa autorización u orden judicial, con el propósito de dar cumplimiento a los mandatos o resoluciones judiciales, y se establece en la ley del Notariado en el:

"Artículo 93.- Los expedientes que se protocolicen por mandamiento Judicial y los que previamente estén encuadernados, y que se agreguen al apéndice del libro respectivo, se considerarán como un sólo documento, al igual que los que por su conexidad deban considerarse como tales."

De esta manera podemos ubicar que el Notario se constituye en auxiliar de la Administración de Justicia con su intervención en los asuntos del conocimiento judicial.

La intervención en asuntos de orden Judicial, también se ordenan en la Ley del Notariado del Distrito Federal, la cual en el artículo 11 determina que:

"Artículo 11.- Los Notarios son auxiliares en la administración de justicia. La Asamblea, La Administración, el Tribunal y el Colegio coadyuvarán en el desempeño de esta función."

Sin embargo, habrá que recordar que la función autenticadora del Notario es personal y dicha función es de Naturaleza Pública en cuanto proviene de los poderes del Estado y de la Ley y es autónoma y libre para que el Notario actúe con fe Pública.

El pasado 28 de marzo del año 2000, se publicó en la Gaceta Oficial del Distrito Federal, La nueva ley del Notariado para el Distrito Federal, teniendo reformas el 14 de septiembre del mismo año y la cual en su artículo 12 refiere lo siguiente:

"Artículo 12.- Toda persona tiene derecho, en términos de esta ley, al servicio profesional del Notario. El Notario esta obligado a prestar sus servicios profesionales, cuando para ello fuere

requerido por las autoridades, por los particulares o en cumplimiento de resoluciones judiciales, siempre y cuando no exista impedimento legal para realizar el documento notarial solicitado, salvo las causas de excusa a que se refieren los artículos 43 y 44 de esta ley. En los programas especiales previstos por esta ley participarán todos los Notarios."

De lo cual se infiere que el Notario esta obligado a prestar sus servicios a las autoridades, a los particulares y cumplir las resoluciones judiciales, por lo que se confirma esa intervención del Notario en los asuntos del conocimiento judicial.

Al Notario Público por Ley le están permitidas la realización de algunas actividades, funciones y desempeños, tal como lo prevé el artículo 33 de la Ley del Notariado Vigente:

"Artículo 33.- El Notario si podrá:

1. Aceptar y desempeñar cargos académicos y docentes, e dirección de carrera o institución académica de beneficencia pública o privada, de colaboración ciudadana y los que desempeñe gratuitamente a personas morales con fines no lucrativos,
2. Representar a su cónyuge, ascendiente o descendiente, por consanguinidad o AFINIDAD Y HERMANOS; Ser tutor, curador y albacea;
3. Desempeñar el cargo del miembro del consejo de Administración, comisario o Secretario de sociedades o asociaciones;
4. Resolver consultas jurídicas objetivamente y ser consultor jurídico extranjero emitiendo dictámenes objetivos;
5. Ser arbitro o secretario en juicio arbitral
6. Ser mediador jurídico;

7. Ser mediador o conciliador;
8. Patrocinar a los interesados en los procedimientos judiciales o administrativos necesarios para obtener el registro de escrituras;
9. Intervenir, patrocina y representar a los interesados en los procedimientos judiciales, en los que no haya contienda entre particulares, así como en trámites y procedimientos administrativos; dichas funciones no inhabilitan al Notario para autorizar, en su caso, cualquier instrumento relacionado; y
10. Actividades semejantes que no causen conflicto ni dependencia que afecte su dación de fe y asesoría imparcial"

Por el Contrario al Notario Público del Distrito Federal, se le prohíbe su intervención en asuntos, o actos que conforme al artículo 45 a continuación se comenta:

"Artículo 45.- Queda prohibido a los Notarios:

- I. Actuar con parcialidad en el ejercicio de sus funciones y en todas las demás actividades que esta ley señala;
- II. Dar fe de actos que dentro de los procedimientos legales respectivos corresponda en exclusiva hacerlo a algún servidor público; sin embargo, sin tener en principio ese valor procedimental exclusivo, si podrán cotejar cualquier tipo de documentos, registros y archivos públicos y privados o respecto a ellos o a otros acontecimientos certificar hechos, situaciones o abstenciones que guarden personas o cosas relacionadas o concomitantes con averiguaciones, procesos o trámites, lo cual tendrá valor como indicio calificado respecto de los mismos, sujeto a juicio de certeza judicial, y sólo será prueba plena con relación a aspectos que no sean parte esencial de dichas facultades públicas, aspectos que deberá precisar en el instrumento indicado;

III. Actuar como Notario en instrumentos o asuntos en que tengan interés, disposición a favor, o intervengan por sí, representado por o en representación de terceros, el propio Notario, su cónyuge o parientes consanguíneos o afines hasta el cuarto y segundo grados, respectivamente, o sus asociados o suplentes y los cónyuges o parientes de ellos en los mismos grados o en asuntos en los cuales tenga esta prohibición el o los Notarios asociados, o el Notario suplente;

IV. Actuar como Notario sin rogación de parte, solicitud de interesado o mandamiento judicial, salvo en los casos previstos en esta Ley;

V. Dar fe de actos, hechos o situaciones con respecto a las cuales haya actuado previamente como abogado;

VI. Dar fe de actos, hechos o situaciones sin haberse identificado plenamente como Notario;

VII. Dar fe de manera no objetiva o parcial;

VIII. Ejercer sus funciones si el objeto, el motivo expresado o conocido por el Notario, o el fin del acto es contrario a la ley o a las buenas costumbres; asimismo si el objeto del acto es física o legalmente imposible;

IX. Recibir y conservar en depósito sumas de dinero, valores o documentos que represente temerario con motivo de los actos o hechos en que intervengan, excepto en los siguientes casos:

- a. El dinero o cheques destinados al pago de gastos, impuestos, contribuciones o derechos causados por las actas o escrituras, o relacionados con los objetos de dichos instrumentos;
- b. Cheques librados a favor de acreedores en pago de adeudos garantizados con hipoteca u otros actos cuya escritura de extinción vaya a ser autorizada por ellos;

c. Documentos mercantiles y numerario en los que intervengan con motivo de protestos; y

d. En los demás casos en que las leyes así lo permitan.

En los casos señalados en esta fracción, el Notario, dará el destino que corresponda a cada cantidad recibida, dentro de los plazos que señalen las disposiciones legales aplicables; en su defecto, tan pronto proceda"

El Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, en su artículo 71 prevé "... Para obtener copia o testimonio de cualquier documento que se encuentre en archivos o protocolos que no están a Disposición del público, aquel que pretenda lograrlo y carezca de legitimación en el acto contenido en el documento, requiere de decreto judicial, que no se dictará sino con conocimiento de causa y audiencia de parte, procediéndose incidentalmente, en caso de oposición".

La Ley del Notariado resalta como un capítulo novedoso el marcado con el número IV romano, del título segundo denominado dicho capítulo "DE LA COMPETENCIA PARA REALIZAR FUNCIONES NOTARIALES EN ASUNTOS EXTRAJUDICIALES Y DE LA TRÁMITACIÓN SUCESORIA ANTE Notario", el citado capítulo se divide en dos secciones la primera de DISPOSICIONES GENERALES y la sección segunda de LAS NORMAS NOTARIALES DE LA TRAMITACIÓN SUCESORIA", el artículo 166 establece lo siguiente:

"Artículo 166.- En los términos de esta Ley se consideran asuntos susceptibles de conformación por el Notario mediante el ejercicio de su fe pública, en términos de esta Ley: Todos aquellos actos en los que haya o no controversia judicial, los interesados le soliciten haga constar bajo su fe y asesoría los acuerdos, hechos o situaciones de que se trate;

Todos aquellos en los que, exista o no controversia judicial, lleguen los interesados voluntariamente a un acuerdo sobre uno o varios puntos del asunto, o sobre su totalidad, y se

encuentren conformes en que el Notario haga constar bajo su e y con asesoría los acuerdos, hechos o situaciones de que se trate, siempre que se haya solicitado su intervención mediante rogación.

Todos aquellos asuntos que en términos del Código de Procedimientos Civiles conozcan los jueces en vía de Jurisdicción Voluntaria en los cuales el Notario podrá intervenir en tanto no hubiere menores no emancipados o mayores incapacitados. En forma específica, ejemplificativa y no taxativa en términos de este capítulo y de esta ley:

En las sucesiones en términos del párrafo anterior y de la sección segunda de este capítulo:

En la celebración y modificación de capitulaciones matrimoniales, disolución y liquidación de sociedad conyugal.

En las informaciones ad perpetuam, apeos y deslindes y demás diligencias, excepto las informaciones de dominio.

Las autorizaciones y habilitaciones especiales de sujetos a quienes falte capacidad jurídica se regirán por lo dispuesto en el Código Civil y en las demás normas correspondientes..."

4.2 LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA Y EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL.

El título décimo quinto del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal está dedicado ala regulación de los procedimientos de Jurisdicción Voluntaria, consta de siete capítulos, tratando el primero de ellos sobre las reglas comunes a todos los procesos voluntarios, y los seis restantes sobre cada proceso en lo particular.

El artículo 893 señala lo siguiente: "La Jurisdicción Voluntaria comprende todos los actos en que, por disposición de la ley o por solicitud de los interesados, se requiere la intervención del Juez, sin que esté promovida ni se promueva cuestión alguna entre partes determinadas.

A solicitud de parte legítima podrán practicarse en esta vía las notificaciones o emplazamientos necesarios en procesos extranjeros”.

Primeramente se destaca que la línea seguida por nuestra legislación es idéntica a la seguida por la española, es decir, el criterio que distingue a la Jurisdicción Voluntaria se basa exclusivamente en la ausencia de litigio; en segundo lugar, y en un error de pésima técnica legislativa, señala el precepto anteriormente invocado que se considerarán procedimientos de Jurisdicción Voluntaria todo aquellos que lo sean por disposición de ley o aquellos que se tramiten a solicitud de parte interesada, dejando pasar por completo la competencia del juzgador, el cual no puede intervenir sino en aquellos casos que específicamente señale la ley, porque de acuerdo el artículo 156, la competencia en actos de jurisdicción, voluntaria es fijada por el domicilio del inmueble en caso de que el procedimiento recaiga sobre uno, y si no, por el domicilio del promovente, lo cual solo aplicaría para el caso de la competencia por materia, si no existe ley que faculte al juzgador para conocer el expediente, éste jamás podrá ser competente.

Nuestro código procedimental recoge de igual modo que la legislación española el principio de ausencia de cosa juzgada en las decisiones del Juez en lo que se refiere a la Jurisdicción Voluntaria, tal y como se desprende de los siguientes artículos: “896.- Si a la solicitud de promovida se pusiere parte legítima después de efectuado el acto de la Jurisdicción Voluntaria se reservará el derecho al opositor para que lo haga valer en la forma y vía que corresponda”.

“Artículo 897.- El Juez podrá variar o modificar las providencias que dictare, sin sujeción estricta a los términos y formas establecidas respecto de la Jurisdicción Contenciosa.

No se comprenden en esta disposición los autos que tengan fuerza de definitivos y contra los que no se hubiere interpuesto recurso alguno, a no ser que se demostrara que cambiaron las circunstancias que afectan el ejercicio de la acción”

Los procedimientos voluntarios regulados en el mencionado Código son los siguientes:

- a) Nombramiento de tutores, curadores y discernimiento de dichos cargos.
- b) Enajenación de bienes de menores e incapacitados, y transacción acerca de sus derechos.
- c) Adopción
- d) Información “*ad perpetuam*”.
- e) Diligencias de apeo y deslinde

A los procedimientos antes señalados se les dedica un capítulo entero dentro del título de la Jurisdicción Voluntaria, pero no son las únicas reguladas dentro del ordenamiento legal que nos ocupa en este momento, pues en capítulo séptimo del título decimoquinto, donde se regulan más disposiciones comunes a todos los procedimientos voluntarios, se hace mención de otros procedimientos como la autorización de los emancipados para enajenar o gravar bienes raíces, dispensa en el ejercicio de la patria potestad, aclaración de actas del registro civil por errores gramaticales o mecanográficos, depósito de personas, etc., tal y como se desprende de la lectura de los artículos 938 y 939.- Se tramitará en la forma de incidente que habrá de seguirse con el Ministerio Público en todo caso:

- I.- La autorización judicial que soliciten los emancipados, por razón del matrimonio, para enajenar o gravar bienes raíces o para comparecer en juicio; en este último caso se les nombrará un tutor especial;
- II.- El permiso para que los cónyuges celebren contrato entre ellos o para obligarse solidariamente o ser fiador uno del otro en el caso del artículo 175 del Código Civil.¹⁰⁴
- III.- La calificación de la excusa de la patria potestad en los casos a que se refiere el artículo 448 del Código Civil, y
- IV.- La aclaración de actas del estado civil cuando se trate de errores gramaticales o mecanográficos o de letras o de palabras concernientes a la real identificación de la persona y no cuando se trate de hechos esenciales...”

¹⁰⁴ Dicho artículo del Código Civil se encuentra derogado, por lo que la fracción en cuestión carece de toda aplicación.

“Artículo 939.- Podrá decretarse el depósito de menores o incapaces que se hallen sujetos a la patria potestad o a tutela y que fueren maltratados por sus padres o tutores, o reciban de éstos ejemplos perniciosos, a juicio del Juez, o sean obligados por ellos a cometer actos reprobados por las leyes, de huérfanos o incapacitados que queden en abandono por la muerte, ausencia o incapacidad física de la persona a cuyo cargo estuvieren.

El menor de edad quien deseando contraer matrimonio necesite acudir a la autoridad competente para suplir el consentimiento de sus padres, puede solicitar el Juez determine sobre su custodia”

Quedan inclusive fuera del título décimo quinto algunos procedimientos voluntarios que encuentran su regulación precisamente dentro del título décimo cuarto, y son los procedimientos relativos a los mal llamados juicios sucesorios en sus dos modalidades, testamentario e intestado.

Este es el panorama general de los procedimientos de Jurisdicción Voluntaria en nuestro Código de Procedimientos Civiles, donde todos los procedimientos, con excepción de la tramitación de la sucesión testamentaria que puede llevarse a cabo ante Notario de acuerdo al capítulo octavo del título décimo cuarto, se deben realizar ante el Juez, quedando la actuación del Notario reducida a los siguientes casos:

- a) Protocolizar el inventario de la masa hereditaria en los procedimientos sucesorios, artículo 817: “---El inventario se practicará por el actuario del juzgado o por un Notario nombrado por la mayoría de los herederos cuando ésta la constituyan menores de edad, o cuando los establecimientos de beneficencia tuvieran interés en la sucesión como herederos o legatarios...”.
- b) Elevar a escritura pública la adjudicación de aquellos bienes que requieran dicha formalidad para su venta en los procedimientos sucesorios, artículo 868: “---La adjudicación

de bienes hereditarios se otorgará con las formalidades que, por su cuantía, la ley exija para su venta. El Notario ante el que se otorgó la escritura será designado por el albacea...”

c) Tramitar todo el procedimiento sucesorio en aquellos casos que exista testamento público y que todos los herederos sean mayores de edad, artículo 872: “---Cuando todos los herederos fueran mayores de edad y hubieren sido instituidos en un testamento público, la testamentaria podrá se extrajudicial, con arreglo a los artículos siguientes...”

d) Concurrir como testigo instrumental en la apertura del testamento público cerrado, artículo 878: “... Cumplido lo prescrito en sus respectivos casos en presencia del Notario, testigos, representantes del Ministerio Público y secretario, abrirá el testamento, lo leerá para sí y después le dará lectura en voz alta, omitiendo lo que deba permanecer en secreto. En seguida firmarán al calce las personas que hayan intervenido en la diligencia con el Juez y el secretario y se le pondrá el sello del juzgado, asentándose acta de todo ello...”

e) Protocolizar el testamento público cerrado una vez abierto, artículo 879: “... Será preferida para la protocolización de todo testamento cerrado, la notaría del lugar donde haya sido abierto, y, si hubiere varias, se designará la que designe el prominente...”

f) Protocolizar los resultados obtenidos a través de los procedimientos de información “ad perpetuum”, artículo 930: “...Las informaciones se protocolizaran por el Notario que designe el promoviente y aquel extenderá testimonio al interesado para su inscripción en el Registro Público de la Propiedad, si así procediere...”

Por otra parte, el mismo Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal en su artículo 895 señala aquellos casos en los que deberá intervenir y ser escuchado el Ministerio Público en un procedimiento de Jurisdicción Voluntaria: “...Se oirá precisamente al Ministerio Público:

- I.- Cuando la solicitud promovida afecte intereses públicos;
- II.- Cuando se refiera a la persona o bienes de menores o incapacitados

III.- Cuando tenga relación con los derechos o bienes de un ausente, y

IV.- Cuando lo dispongan las leyes...”

Este interesante señalamiento de nuestro Código creemos que puede ser interpretado en el sentido de que la intención del legislador en aquellos casos donde se precise la intervención del Ministerio Público, para que lo haga protegiendo derechos que pueden resultar lesionados por la actuación de terceros, y que, de suyo no pueden ser protegidos directamente por el interesado, como sucedería en el caso de un nombramiento de tutor, donde el menor o el incapaz no podrían oponerse a la celebración del procedimiento ni a su resultado por no tener quien los represente en el primer supuesto y por estar interesados en el resultado quien los representa en el segundo; caso análogo a lo que podría suceder en el caso de la adopción.

En efecto, los artículos 894 y 896 otorgan el derecho a todo tercero de concurrir al procedimiento si sus intereses se pueden ver lesionados por el mismo, o de atacar la resolución en caso de que de hecho los lesione: “...894.- Cuando fuere necesaria la audiencia de alguna persona, se le citará conforme a derecho, advirtiéndole en la citación que quedan, por tres días, las actuaciones en la Secretaría del Juzgado para que se imponga de ellas y señalándole día y hora para la audiencia a la que concurrirá el prominente, sin que sea obstáculo para la celebración de ella la falta de asistencia de éste...”.

“Artículo 896:- Sí a la solicitud promovida se opusiere parte legítima después de efectuado el acto de Jurisdicción Voluntaria se reservará el derecho al opositor para que la haga valer en la vía y forma que corresponda”

Como ya dijimos, es correcto que el Ministerio Público intervenga en la tutela de los intereses de menores e incapaces, pues son precisamente sus representantes quienes promueven, o pueden resultar sus representantes por el proceso, ocurriendo lo mismo en el caso del ausente, y en el caso de intereses públicos también es correcto, por ser el Ministerio Público el representante de la sociedad y de sus intereses; es por eso que nuestro legislador ha recogido la preocupación que ya habían manifestado los autores españoles al señalar que los actos de

amparo de personas de capacidad nula o disminuida merecen una especial atención por parte de la autoridad estatal, siendo muy diferentes a los demás actos de la Jurisdicción Voluntaria.

Pero pese a lo señalado en el párrafo anterior, no creemos que exista alguna razón de peso para que estos actos se lleven a cabo ante la Autoridad judicial, pues si en la inteligencia de la ley es necesaria la intervención del Ministerio Público para tutelar los derechos en lo relacionado con la autorización del procedimiento en cuestión se vinculará necesariamente con la exposición que el respectivo haga el Ministerio Público sobre la convivencia del mismo, por lo que no concordamos con nuestra legislación ni con aquel sector de la doctrina española que señalan que estas actuaciones no deben salir de la esfera judicial; toda vez que en estos actos la función cumplida por el Juez reviste un carácter netamente administrativo, que no tiene nada en común con la función judicial.

4.3 LEGISLACIÓN CIVIL.

En este punto, previo al análisis de los procedimientos que queda contener y que no estén previstos en el ordenamiento estudiado en el punto anterior, hemos de señalar que nos estamos moviendo a partir de conjeturas, porque el único criterio que tenemos para afirmar que estamos en presencia de procedimientos de Jurisdicción Voluntaria al referirnos al Código Civil es la convicción doctrinal de que son tales aquellos casos que reclaman la intervención judicial sin que exista contienda entre las partes.

Pero más interesante resulta el hecho de que nos referimos a procedimientos que se encuentran encargados a los mal llamados jueces del registro civil, que en virtud de las opiniones doctrinales a que nos hemos referido en este trabajo ejercen funciones de Jurisdicción Voluntaria, situación que sería concordante con nuestro punto de vista, puesto que los funcionarios del registro civil forman parte de la administración pública. Vale la pena aclarar que nos estamos refiriendo al Código Civil para el Distrito Federal, aunque la mayoría de las cosas que comentaremos se podrían afirmar del Código Federal de la misma materia, pues la

introducción de dicho ordenamiento legal con las diferencias que reviste en relación con el Código de la Capital Federal, no afectan prácticamente en nada la materia que no ocupa.

Para seguir la exposición de nuestro Código Civil, hemos de comenzar por señalar los actos propios de los funcionarios que acabamos de mencionar en el párrafo anterior, los jueces del registro civil, cuyas facultades en términos generales, y sin pretender hacer aquí un análisis exhaustivo de dichos procedimientos se encuentran contenidas en el artículo 35: "...En el Distrito Federal, estará a cargo de los Jueces del Registro Civil autorizar los actos del estado civil y extender las actas relativas a nacimientos, reconocimientos de hijos, adopción, matrimonio, divorcio administrativo y muerte de los mexicanos y extranjeros residentes en los perímetro de las demarcaciones territoriales del Distrito Federal, así como inscribir ejecutorias que declaren la ausencia, la presunción de muerte, el divorcio judicial, la tutela o que se ha perdido o limitado la capacidad legal para administrar bienes..."

En dichos artículos podemos apreciar las facultades genéricas de estos funcionarios, quienes se encargan en términos de la doctrina española de realizar actos de publicidad jurídica directa sin previa calificación; lo cual se traduce en la mera certificación de hechos y registro de los mismo en algunos casos, como ocurre en las muertes y los nacimientos, donde se limita su actuación a certificar dichos acontecimientos y la declaraciones que pudiesen estar relacionadas con los mismo; y en otros se traduce en la certificación de verdaderos actos jurídicos, como sería el caso del matrimonio o el divorcio; resultado de particular interés este último, donde consideramos como ya se menciona en este trabajo, que le llamado divorcio voluntario o administrativo puede ser considerado un procedimiento de Jurisdicción Voluntaria, donde los cónyuges de común acuerdo deciden hacer una declaración de voluntad tendiente a dejar sin efecto el vínculo matrimonial preexistente siempre y cuando no media conflicto de por medio, ambos cónyuges sean mayores de edad, no existan hijos y se haya liquidado la sociedad conyugal; situación totalmente distinta en el caso del divorcio necesario, donde estamos en presencia de un verdadero procedimiento contencioso por las razones anteriormente expresadas en este trabajo. Resulta particularmente interesante que en el caso del divorcio administrativo éste no se acepte cuando existan hijos de por medio, pues en la

inteligencia del Código Civil y en concordancia con el cuarto párrafo del artículo 272 del mismo, es necesario que se realice ante el Juez de lo familiar; en este caso es evidente que el Juez de lo familiar no puede negarse a la celebración del divorcio, y lo único que hace es verificar que se cumplan las condiciones impuestas por el artículo 273 para dar paso a la celebración del acto:

“Artículo 273.-Los Cónyuges que se encuentren en el caso del último párrafo del artículo anterior, están obligados a presentar al juzgado un convenio en que se fijen los siguientes puntos:

- I.- Designación de persona a quién sean confiados los hijos del matrimonio, tanto durante el procedimiento como después de ejecutoriado el divorcio;
- II.- El modo de subvenir a las necesidades de los hijos, tanto durante el procedimiento como después de ejecutoriado el divorcio;
- III.- La casa que servirá de habitación a cada uno de los cónyuges durante el procedimiento;
- IV.- En los términos del artículo 288, la cantidad que a título de alimentos un cónyuge deba pagar al otro durante el procedimiento y después de ejecutoriado el divorcio, así como la forma de hacer el pago y la garantía que debe otorgarse para asegurarlo;
- V.- La manera de administrar los bienes de la sociedad conyugal durante el procedimiento y la de liquidar dicha sociedad una vez ejecutoriado el divorcio, así como la designación de los liquidadores. A ese efecto se acompañará un inventario y avalúo de todos los bienes muebles e inmuebles de la sociedad

No creemos por nuestra parte que exista una razón de peso para que las cosas sean así cuando se de el supuesto del último párrafo del artículo 272, pues la existencia de cualquiera de las tres circunstancias ahí señaladas no implica de suyo la existencia de un litigio entre las partes: si existen hijos, los dos cónyuges en ejercicio de la patria potestad, y de acuerdo con lo que señala las fracciones I y II del artículo 273, deben tomar una decisión de común acuerdo en relación con sus hijos, acuerdo que de igual forma podría ratificarse ante la autoridad administrativa que ante la autoridad judicial; la minoría de edad podría representar un

problema, pero de acuerdo al Código Civil no encontramos impedimento alguno para que los menores emancipados en razón del matrimonio acudan ante la autoridad judicial expresando se desea de divorciarse en términos de los artículos 272 y 273, nada mas que esta manifestación de dichos menores emancipados en razón del matrimonio debe darse ante el Juez de los familiar y no ante el del registro civil, y no sabemos en que radica la diferencia, pues en ambos casos la autoridad que intervenga solo relazará una calificación de la oportunidad del acto, y solo eso; igualmente la falta de liquidación de la sociedad conyugal no aplica la existencia de un conflicto, puede tratarse de la falta de ejercicio de un derecho en relación con cualquiera de las partes, pero solo eso, por lo que esta situación no amerita la sustracción del procedimiento de la esfera administrativa para su colocación dentro del ámbito judicial.

El artículo 273 confunde una medida precautoria que busca evitar un conflicto con el conflicto mismo, y es que no es que este mal del todo la distinción hecha por dicho artículo, pues por nuestra parte consideramos prudente que en dichos casos para poder sancionar el divorcio se pida la celebración de los convenios a que hace alusión, por tratarse el divorcio de un acto jurídico que pone fin a un “*status*” jurídico determinado, y por lo mismo es necesario poner fin a todas las consecuencias jurídicas que engendra dicha situación para salvaguardar derechos de los mismos cónyuges e inclusive de terceros, pero no por tomar una medida preventiva de litigios podemos considerar que estos se están dando, y parece ser que esto fue lo que pensó el legislador; por lo mismo creemos que en estos casos se debería tramitar ante la autoridad administrativa encargándose esta última de realizar la calificación del acto atendiendo al cumplimiento de estos convenios precautorios por parte de los cónyuges para poder decretar divorcio; situación que de todas formas no salvaría por lo futuro la existencia de un litigio en relación con los menores, con alguna deuda alimenticia o con efecto patrimonial en relación con la sociedad conyugal.

También en materia familiar, y ubicados ya dentro de la esfera del Juez propiamente dicho, y por supuesto, del Juez de lo familiar, encontramos en el artículo 148 la facultad que tiene el mismo de realizar un acto que calificamos de complemento de capacidad nula o disminuida,

que es la autorización a menores para contraer matrimonio: "...Para contraer matrimonio es necesario que ambos contrayentes sean mayores de edad. Los menores de edad podrán contraer matrimonio, siempre que ambos hayan cumplido dieciséis años. Para tal efecto, se requerirá del consentimiento de quienes ejerzan la patria potestad, en su defecto, la tutela; y la falta o por negativa o imposibilidad de éstos, el Juez de los Familiar suplirá dicho consentimiento, el cual deberá ser otorgado atendiendo a las circunstancias del caso..."

En los términos del artículo 280 los cónyuges que estuvieren enfrascados en un procedimiento de divorcio necesario, pueden concurrir ante la autoridad judicial para manifestar su intención de reconciliarse, dejando sin efecto todo lo actuado, siempre y cuando no se hubiere dictado sentencia aún; en este caso la actividad del Juez se traduce en un acto de publicidad jurídica indirecta en el que el juzgado califica la oportunidad de autorizar el acto que tiende a mantener una situación jurídica, que es el vínculo matrimonial, dejando sin efecto otro, que es el procedimiento preestablecido tendiente a terminar con ese vínculo: "...La reconciliación de los cónyuges pone término al juicio de divorcio en cualquier estado que se encuentre, si aún no hubiere sentencia ejecutoriada. Para tal efecto los interesados deberán comunicar su resolución al Juez de los Familiar...". En el reconocimiento de un hijo es facultad del Juez de lo familiar, conjuntamente con el Notario y el Juez del registro civil, recibir y autorizar la declaración de la persona que se ostente como padre o madre de un menor, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 369: "El reconocimiento de hijo deberá hacerse por alguno de los medios siguientes:

- I.- En la partida de nacimiento ante el Juez del Registro Civil;
- II.- Por acta especial ante el mismo Juez;
- III.- Por escritura pública;
- IV.- Por Testamento;
- V.- Por confesión judicial directa y expresa;

El reconocimiento practicado de manera diferente a las enumeradas no producirá ningún efecto; pero podrá ser usado como indicio en un juicio de investigación de paternidad o maternidad.

También en el ámbito de la materia familiar, encontramos en el Código Civil todas las reglas sustantivas relativas a los procedimientos relacionados con el amparo de personas de capacidad nula o disminuida a que nos referimos en relación con el Código de Procedimiento Civiles, razón por la cual ya no los trataremos ahora, y por que excedería las pretensiones de este trabajo; pero nos quedaremos con la idea de que es función exclusiva del Juez de los Familiar todos los actos relacionados con la tutela de menores e incapaces, así como los relacionados con el patrimonio de estos últimos, artículo 633: "...Los jueces de la Familiar son las autoridades encargadas exclusivamente de intervenir en los asuntos relativos a la tutela. Ejercerán una sobre vigilancia sobre el conjunto de los actos del tutor, para impedir, por medio de disposiciones apropiadas, la trasgresión de sus deberes..."

Dentro del ámbito de los procedimientos voluntarios en el Código Civil, podremos incluir todos aquellos actos que realiza el Juez tendientes a las declaraciones de ausencias y de presunción de muerte de una persona, en los cuales la actividad del Juez se concreta a declarar una situación jurídica concreta partiendo de la comprobación de determinados presupuestos, como se desprende de los siguientes artículos:

"Artículo 649.- Cuando una persona haya desaparecido y se ignore el lugar donde se halle y quién la represente, el Juez, a petición de parte o de oficio, nombrará un depositario de sus bienes, la citará por edictos, publicados en los principales periódicos de su último domicilio, señalándole para que se presente en un término que no bajará de tres meses ni pasará de seis, y dictará las providencias necesarias para asegurar los bienes".

"Artículo 669.- Pasados dos años desde el día en que haya sido nombrado el representante, habrá acción para pedir la declaración de ausencia".

"Artículo 665.- Pasados cuatro meses de la fecha de la última publicación, si no hubiere noticias del ausente ni oposición de algún interesado, el Juez declarará en forma la ausencia".

“Artículo 705.- Cuando hayan transcurrido seis años desde la declaración de ausencia, el Juez a instancia de parte interesada, declarará la presunción de muerte.

Respecto de los individuos que hayan desaparecido al tomar parte en una guerra, o por encontrarse a bordo de un buque que naufrague, o al verificarse una inundación u otro siniestro semejante, bastará que hayan transcurrido dos años, contados desde su desaparición, para que pueda hacerse la declaración de presunción de muerte sin que en estos casos sea necesario que previamente se declare su ausencia; pero si se tomará medidas provisionales autorizadas por el capítulo I de este título. Cuando la desaparición sea consecuencia de incendio, explosión, terremoto o catástrofe aérea o ferroviaria, y exista fundada presunción de que el desaparecido se encontraba en el lugar del siniestro o catástrofe, bastará el transcurso de seis meses, contados a partir del trágico acontecimiento, para que el Juez de lo familiar declare la presunción de muerte. En estos casos, el Juez acordará la publicación de la solicitud de declaración de presunción de muerte, sin costo alguno y hasta por tres veces durante el procedimiento, que en ningún caso excederá de treinta días...”.

Por otro lado encontramos el procedimiento de constitución del patrimonio de familia, donde el Juez declara la existencia de una determinada situación jurídica previa comprobación de los requisitos necesarios para ello, tal como se desprende del artículo 731: “...Los miembros de la familia que quieran constituir el patrimonio lo harán a través de un representante común, por escrito al Juez de lo Familiar, designando con toda precisión los bienes muebles e inmuebles, para la inscripción de éstos últimos en el Registro Público.

La solicitud contendrá:

- I.- Los nombres de los miembros de la familia;
- II.- El domicilio de la familia;
- III.- El nombre del propietario de los bienes destinados para constituir el patrimonio familiar, así como la comprobación de su propiedad certificado de libertad de gravámenes, en su caso, excepto de servidumbres; y

IV.- El valor de los bienes constitutivos del patrimonio familiar no excederán el fijado en el artículo 730 de este ordenamiento...”.

También encontramos en el Código Civil la regulación de todas aquellas facultades del Juez a que hicimos alusión en el punto anterior en materia sucesoria, que por estar extensamente reguladas en el ordenamiento procesal no merecen ya mayor mención en este punto, solo valdría la pena destacar que en la inteligencia de nuestro Código Civil, el trámite sucesorio debe ser realizado bajo cualquier circunstancia ante el Juez, pues la facultad de que se verifique ante Notario es otorgada por el Código de Procedimientos Civiles.

Finalmente, y para terminar con la exposición del Código Civil, encontraremos en materia de obligaciones la facultad que tiene el Juez de que se verifique ante su persona la interpretación del cumplimiento de las obligaciones de dar, creando con esto jurídico en virtud del cual el acreedor queda facultado para exigir el cumplimiento de la obligación transcurridos treinta días de la interpretación judicial; en este caso el Juez recibe una declaración que debe ser juzgada de oportuna para que pueda ser realizada la interpretación del crédito, por lo que podíamos considerar que se trata de un verdadero acto de publicidad indirecta en términos de la doctrina española, artículo 2080: “...Si no se ha fijado el tiempo en que debe hacerse el pago y se trata de obligaciones de dar, no podrá el acreedor exigirlo sino después de los treinta días siguientes a la interpelación que se haga, ya judicialmente, ya en lo extrajudicial, ante un Notario o ante dos testigos. Tratándose de obligaciones de hacer, el pago debe efectuarse cuando lo exija el acreedor, siempre que haya transcurrido el tiempo necesario para el cumplimiento de la obligación...”.

4.4 LEY DEL NOTARIO PARA EL DISTRITO FEDERAL.

El estado de la Jurisdicción Voluntaria se mantuvo en nuestro país tal y como lo señalamos en los puntos anteriores hasta el año dos mil, cuando se promulgo el 28 de marzo de dicho año la nueva Ley para el Notario en el Distrito Federal, que entró en vigor sesenta días después de su

publicación; y donde la actuación del Notario en la Jurisdicción Voluntaria dejó de limitarse a lo postulado por la legislación procesal, ampliando en mucho la misma.

Pero esta innovación de la Ley de Notarios no fue tan afortunada, pese a que en primera instancia podría pensarse que realiza en su totalidad las viejas aspiraciones del Notario, esto se hace incurriendo en graves faltas a la técnica jurídica, que sumadas a las dispuestas doctrinales propiciadas por la legislación procesal, hacen aún más difícil entender que es la Jurisdicción Voluntaria.

El capítulo cuarto de la Ley está dedicado a la competencia para realizar funciones notariales en asunto extrajudiciales y de la tramitación sucesoria ante Notario, señalando el artículo 166 lo siguiente: "...En los términos de esta ley se considerarán asuntos susceptibles de conformación por el Notario en ejercicio de su fe pública, en términos de esta ley:

I.- Todos aquellos actos en los que haya o no controversia judicial, los interesados le soliciten haga constar bajo su fe y asesoría los acuerdos, hechos o situaciones de que se trate;

II.- Todos aquellos en los que, exista o no controversia judicial, lleguen los interesados a un acuerdo sobre uno o varios puntos del asunto, o sobre su totalidad, y se encuentren conformes en que el Notario haga constar bajo su fe y con su asesoría los acuerdos, hechos o situaciones de que se trate, siempre que se haya solicitado su intervención mediante rogación.

En aquellos asuntos que en términos del Código de Procedimientos Civiles conozcan los jueces, el Notario podrá intervenir en tanto no hubiere menores no emancipados o mayores incapacitados. En forma específica, ejemplificativa y no taxativa, en términos de este capítulo y de esta ley:

I.- En las sucesiones en términos del párrafo anterior y de la sección segunda de este capítulo.

- II.- En la celebración y modificación de capitulaciones matrimoniales, disolución y liquidación de sociedad conyugal, y
- III.- En las informaciones “*ad perpetuam*”, apeos y deslindes y demás diligencias.

Las autorizaciones y habilitaciones especiales de sujetos a quienes falte capacidad jurídica se regirán por lo dispuesto en el Código Civil y en las demás normas correspondientes...”.

En primer lugar resulta interesante que se les llame asuntos extrajudiciales, cuando precisamente se está refiriendo a actos que realiza el Juez, por lo que la terminología resulta totalmente inadecuada, toda vez que lo que pretende es situar dentro de la esfera notarial la tramitación de actuaciones que por ministerio de la ley son judiciales.

En segundo lugar la letra de la ley resulta muy oscura, toda vez que se refiere a “actos” en los que independientemente de que exista o no controversia judicial podrá hacer constar bajo su fe todos los acuerdos, hechos o situaciones de que se trate, aquí creemos que la norma debe ser interpretada en el sentido de que el Notario es competente para en todo procedimiento, sea contencioso o no, actuar como un auxiliar de la administración de justicia, dando fe de aquellos acuerdos que tiendan a poner fin al conflicto en el caso de que se trate de un procedimiento contencioso, y también podrá dar fe de hechos relacionados con la materia del procedimiento, por lo que podemos concluir que en la primera fracción del artículo 166 no se le está otorgando al Notario ninguna facultad que no tuviera ya de antemano, pues la facultad de hacer constar bajo su fe la existencia de hechos independientemente de que estos se relacionen con un algún procedimiento, la tenía el Notario desde la anterior ley.

Situación similar la que encontramos en la segunda fracción de dicho artículo, que parece repetir lo que dice la primera, regulando una transacción nuevamente, la cual de acuerdo al Código Civil no requiere forma especial, salvo en el caso de que verse sobre conflictos futuros, donde deberá celebrarse por escrito si el valor del negocio rebasa cierto monto; por lo que el Notario podría de antemano conocer de estos “acuerdos”, llamados así por una falta de precisión en el lenguaje jurídico, pues dichos acuerdos no son otra cosa que la celebración de

una transacción sobre una controversia presente; en el caso de acuerdos sobre “actos” en los que no exista controversia, realmente no sabemos a que se refiere la ley, en todo caso puede tratarse de transacciones que busquen evitar una controversia futura, o una renuncia de derechos en términos del artículo sexto del Código Civil, en virtud de la cual una persona acuerde con otra renunciar a determinado derecho que pueda ejercer en un procedimiento no contencioso ante la autoridad judicial; pero como ya se dijo, todo esto lo podría hacer el Notario son la existencia de esta ley.

La parte más interesante de este artículo es precisamente la segunda, donde la falta de técnica legislativa se hace más grave, al señalar que los Notarios podrán intervenir en todos aquellos asuntos que conozcan los jueces en tanto no hubiere menores no emancipados o mayores incapacitados; realmente lo que le ley dice partiendo de la letra de la misma puede ser interpretado en una infinita gama de posibilidades, porque aquellos asuntos que en términos del Código de Procedimientos Civiles conozcan los jueces son todos, y se solo se le pone la limitación de que no intervengan menores no emancipados o mayores incapacitado, se llegaría al abuso de considerar de competencia notarial un juicio ordinario en el que no intervengan los sujetos antes aludidos, es por eso que la ley nos señala a manera ejemplificativa cuales pueden ser estos supuestos, pero señala que de forma no taxativa, por lo que la confusión no cesa. Es por eso que pese a la corta vida de esta ley, este artículo ya fue reformado, y por decreto del 14 de agosto del año en curso que entro en vigor un día después de su publicación, fue modificado el artículo que nos ocupa para quedar redactado el segundo párrafo de la siguiente manera: “...Todos aquellos asuntos que en términos del Código de Procedimientos Civiles conozcan los jueces en vía de Jurisdicción Voluntaria en los cuales el Notario podrá intervenir en tanto no hubiere menores emancipados o mayores incapacitados...”.

Es esta nueva redacción esclarece el asunto evitando una interpretación absurda, pues ahora limita la actuación del Notario a conocer de aquellos actos en los que el Juez conozca en vía de Jurisdicción Voluntaria, salvada la excepción de los menores y los incapacitados, por los que en términos del Código de Procedimientos Civiles la actuación del Notario se limitará a las informaciones “*ad perpetuam*”, y diligencias de apeo y deslinde; y en términos del artículo

938 del Código de Procedimientos Civiles, y en concordancia con la Ley del Notario, el Notario podría conocer de la autorización de emancipados para enajenar o gravar bienes raíces, y de las correcciones de las actas del estado civil, todo ello con fundamento en el artículo 938 del Código de Procedimientos Civiles, que ya comentamos anteriormente; de igual manera podría autorizar operaciones sobre los bienes de ausentes, pues en todos estos casos que acabamos de mencionar se tratan de procedimientos de Jurisdicción Voluntaria según el ordenamientos de Jurisdicción Voluntaria según el ordenamiento procesal en los que intervienen menores no emancipados ni incapacitados.

Y a pesar de la reforma la redacción de dicho artículo siendo desafortunados, pues pretende restringir la actuación del Notario a la materia de Jurisdicción Voluntaria, y cuando pretende señalamos ejemplos de estos procedimientos, de los tres que nos da, solo uno de ellos es considerado como Jurisdicción Voluntaria por el Código de Procedimientos Civiles, por lo que ahora existe una contradicción entre la legislación procesal y notarial y es menos comprensible cuales deben ser los temas de la Jurisdicción Voluntaria.

La primera fracción del segundo párrafo nos habla de procedimientos sucesorios, que como hemos de recordar, no están contenidos en el capítulo de Jurisdicción Voluntaria en el Código de Procedimientos Civiles, sino en uno por separado, pero como ya tuvimos la oportunidad de señalar, se consideran procedimientos de Jurisdicción Voluntaria por la mayoría de los tratadistas. En la segunda nos habla de la celebración de capitulaciones matrimoniales y la modificación de las mismas, así como de la disolución y liquidación de la sociedad conyugal; la celebración y las modificaciones de las capitulaciones matrimoniales son facultadas del Juez que le son otorgadas no por el Código de Procedimientos, sino por el mismo Código Civil, en el artículo 180: "...Las capitulaciones matrimoniales se otorgarán antes de la celebración del matrimonio y durante éste. Podrán otorgarse o modificarse durante el matrimonio, ante el Juez de los Familiar...", en cuanto a la sociedad conyugal, ésta sigue la forma de los capitulaciones matrimoniales, pues emana de ellas, y solo requerirá escritura pública cuando la enajenación de los bienes que se incluyan en ella requiera esa forma, lo mismo que cuando la modificación de las capitulaciones tenga efectos sobre bienes que requieran tal formalidad, según los

artículos 185 y 186 del Código Civil: "...185.- Las capitulaciones matrimoniales en que se constituya la sociedad conyugal, constarán en escritura pública cuando los otorgantes pacten hacer coparticipes o pacten transferirse la oportunidad de bienes que ameriten tal requisito para que la transacción sea válida...".

"Artículo 186.- en este caso, la alteración que se haga de las capitulaciones deberán otorgarse en escritura pública haciendo la respectiva anotación en el protocolo en que se otorgaron las primitivas capitulaciones y en la inscripción del Registro Público de la Propiedad. Sin llenar estos requisitos las alteraciones no producirán efectos contra terceros".

Como podemos, ver, en esta fracción segunda no se tomo en cuenta que los procedimientos antes descritos son competencia judicial en virtud del Código Civil y no en términos del Código de Procedimientos Civiles, por lo que la parte conducente del segundo párrafo no concuerda con esta fracción, además de que como pudimos apreciar es innovadora solo en parte, pues el Notario ya tiene la facultad de intervenir en dichas diligencias en ciertos supuestos. La tercera fracción es la única que es concordante con el Código Civil, pues contempla la celebración de procedimientos voluntarios considerados como tales por la legislación procesal, que son los informaciones "*ad perpetuam*" y los apeos y deslindes, aunque no sabemos realmente a que se refiere cuando señala "y además diligencias", pero presumimos que hace mención de aquellos procedimiento encargados al Juez por otras leyes que no son el Código de Procedimientos Civiles y que la doctrina considera como Jurisdicción Voluntaria; y en la reforma a que hicimos mención, dicha fracción fue modificada en el sentido de restringir la actuación del Notario en las informaciones de dominio.

En cuanto a la materia sucesoria la verdadera innovación viene dada por lo que toca a los procedimientos intestamentarios, pues los testamentarios se confirma como facultad concurrente de Notarios y jueces; con la diferencia en el caso del testamentario que ahora queda claro el impedimento del Notario para conocer de uno de estos procedimientos cuando se encuentre involucrado un menor emancipado, artículo 167 de la Ley del Notariado para el Distrito Federal..." Sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 782 del Código de

Procedimientos Civiles, las sucesiones en las que no hubiere controversia alguna y cuyos herederos fueren mayores de edad, menores emancipados o personas jurídicas, podrán tramitarse ante Notario. El que se oponga al trámite de una sucesión, o crea tener derechos contra ella, los deducirá conforme lo previene el Código de Procedimientos Civiles. El Juez competente, de estimarlo procedente, lo comunicará el Notario, para que en su caso, a partir de esta comunicación se abstenga de proseguir con la tramitación. La apertura del testamento público cerrado, así como la declaración de ser formal un testamento especial, de los previstos por el Código Civil, se otorgará siempre judicialmente...”; situación en relación con el emancipado que no era clara en términos del Código de Procedimientos Civiles, pues según el artículo 872 solo podía conocer el Notario tratándose de mayores de edad, pareciendo que quedaban excluidos los menores emancipados; “...Cuando todos los herederos fueren mayores de edad y hubieren sido instituidos en un testamento público, la testamentaria podrá ser extrajudicial, con intervención de un Notario, mientras no hubiere controversia alguna, como arreglo a lo que se establezca en los artículos siguientes...”.

Parece ser que en cuanto al procedimiento testamentario se queda corta la Ley del Notariado, pues no entendemos por qué se excluye la posibilidad de que un Notario declare formal un testamento público cerrado, si de todas formas ante él se puede seguir el trámite sucesorio una vez declarado formal por la autoridad judicial, por lo que creemos que sería viable que la esfera notarial fuera ampliada en este sentido.

La tramitación notarial en el caso de la intestamentaria es lo que constituye el elemento novedoso en esta nueva ley, de acuerdo al artículo 169; “..La sucesión intestamentaria podrá tramitarse ante Notario si el último domicilio del autor de la sucesión fue el Distrito Federal, o si se encuentran ubicados en la entidad la mayor parte en número o la totalidad de los bienes, una vez que se hubieren obtenido del archivo judicial y del Archivo las constancias de no tener estos depositado testamento o informe de que se haya otorgado alguno, y previa acreditación de los herederos de su entroncamiento con el autor de la sucesión mediante las partidas del Registro Civil correspondientes...”; en este sentido la posibilidad de conocer del expediente para el Notario se limita a los casos en que un Juez del Distrito Federal sería competente para

conocer del expediente, en razón del domicilio del autor de la herencia o de la ubicación de los bienes del mismo, situación contraria a lo que ocurre en el caso del procedimiento testamentario, donde un Notario sería competente en todos los casos sin necesidad de que se establezca una regla especial que fije la competencia, situación que no era del todo clara en el Código de Procedimientos Civiles;

De acuerdo al artículo 168 de la Ley del Notariado: "...Si la sucesión fuere testamentaria, la tramitación notarial podrá llevarse a cabo, independientemente de cual hubiere sido el último domicilio del autor de la sucesión o el lugar de su fallecimiento, siempre y cuando se actualicen las hipótesis previstas en el primer párrafo del artículo anterior. En este caso, deberán obtenerse previamente los informes del Archivo General de Notarias del Distrito Federal y del Archivo Judicial del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, así como de la oficina respectiva del último domicilio del autor de la sucesión, en case de que hubiere sido fuera del Distrito Federal, a fin de acreditar que el testamento presentado al Notario por todos los herederos, es el último otorgado por el testador".

Finalmente, en el caso de la sucesión intestamentaria la función del Notario es distinta y más compleja, pues el Notario debe asegurarse no sólo de la veracidad de la muerte del autor de la herencia y de la identidad del heredero, pues a falta de testamento que designe a este último, el Notario debe aplicar las normas del Código Civil para emitir el juicio sobre la vocación hereditaria del presunto heredero; es por ello que el artículo 174 de la Ley señala que debe acreditarse ante el Notario el entroncamiento que los herederos tenían con el autor de la sucesión mediante las actas correspondientes del Registro Civil y la declaración de dos testigos idóneos: "...Si no hubiere testamento, los herederos, en el orden de derechos previsto por el Código Civil, comparecerán todos ante Notario en compañía de dos testigos idóneos; exhibirán al Notario copias certificadas del acta de defunción del autor de la sucesión y las que acrediten su entroncamiento; declararán bajo protesta de decir verdad sobre el último domicilio del finado, y que no conocen de la existencia de persona alguna diversa de ellos con derecho a heredera en el mismo grado o en uno preferente de ellos mismo. El Notario procederá a tomar la declaración de los testigos por separado, en los términos previstos para

las diligencias de información testimonial en los términos previstos por el artículo 801 del Código de Procedimientos Civiles. Acto seguido, se procederá en los mismo términos previstos por el artículo anterior, para lo relativo a la aceptación o repudio de los derechos hereditarios y la constitución o relevo de la caución correspondiente...”.

En ambos procedimientos, una vez aceptada la herencia, y discernido el cargo de albacea, se procede a realizar un par de publicaciones en los mismos términos previstos anteriormente en la legislación procesal; para finalmente dar paso a la protocolización de inventarios y avalúos para culminar en el otorgamiento de las escrituras de participación y adjudicación, facultades todas estas que el Notario ya podría realizar antes de la nueva ley.

4.5 ACTOS DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA QUE DEBEN SER EXCLUSIVAMENTE JUDICIALES

El Ministerio Público en la jurisdicción voluntaria judicial. La doctrina y la ley han determinado que los asuntos materia del derecho familiar son de orden público y, por lo tanto, la jurisdicción voluntaria en esta materia es siempre judicial cuando hay menores, incapaces, ausentes o interés público que proteger. En estas actuaciones, el juez debe citar al Ministerio Público. El artículo 395 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal, dice:

“Se oirá precisamente al Ministerio Público: I. cuando la solicitud promovida afecte los intereses públicos; II. cuando se refiera a la persona o bienes de menores e incapacitados; III. cuando tenga relación con los derechos o bienes del ausente, y IV. cuando lo dispusieren las leyes”

Nosotros consideramos que se deben mantener dentro de la competencia exclusivamente judicial aquellas actuaciones de jurisdicción voluntaria que traten de amparar cautelarmente

algunos derechos fundamentales y algunas libertades públicas. En nuestra opinión hay once casos principales:

1. Informaciones *ad perpetuam* para justificar la posesión como medio para acreditar el dominio pleno de un inmueble. Estas actuaciones de jurisdicción voluntaria están reglamentadas de manera contradictoria por el Código de Procedimientos Civiles y el Código Civil del Distrito Federal. El artículo 3046 del citado Código Civil regula la inmatriculación, que define como "la inscripción de la propiedad o de la posesión de un inmueble que carece de antecedentes registrales". La inmatriculación puede ser judicial o administrativa. La inmatriculación judicial se puede obtener por resolución del juez de dos formas: *a)* mediante información de dominio, *b)* mediante información posesoria; y la inmatriculación administrativa se puede obtener mediante la orden de inscripción de: *a)* título fehaciente y suficiente para adquirir la propiedad, *b)* la propiedad de un inmueble adquirido por prescripción positiva; *c)* la posesión de un inmueble apta para prescribir de buena fe; *d)* del decreto por el que se desincorpora un inmueble del dominio público; y *e)* del decreto por el que se incorpora al dominio público un inmueble.

Al respecto hay varias ejecutorias (véase ejecutorias D-6997/61 y D-7067/61) que sostienen que estos procedimientos no pueden ser constitucionalmente de jurisdicción voluntaria, porque se violan los artículos 14, 16 y 27 de la Constitución. Ante esta postura, en la que se trata de procedimientos de naturaleza contenciosa, considero que es preferible, hasta no realizar estudios más profundos, conservarlos en trámite judicial y no transferirlos por el momento a la competencia notarial.

2. Declaración de minoridad. Para conferir la tutela, es necesario que previamente el juez declare el estado de minoridad del pupilo.

3. Declaración del estado de interdicción. Se trata de acreditar la incapacidad de ejercicio por las causas previstas en el artículo 450 del CCDF.

4. Autorización para vender y gravar bienes y transigir derechos de menores e incapacitados. Se requiere autorización del juez para que los padres o tutores puedan vender bienes inmuebles, derechos reales sobre inmuebles, alhajas y muebles preciosos, acciones de las compañías industriales y mercantiles cuyo valor exceda de \$ 5 000 y paró concertar la transacción y arrendamiento por más de cinco años de bienes de los ausentes e incapacitados.

5. Autorización para que los emancipados puedan enajenar o gravar inmueble. El emancipado tiene la libre administración de sus bienes pero requiere licencia judicial, tanto para la enajenación, cuanto para el gravamen o hipoteca de bienes raíces.

6. Nombramiento de tutores y curadores de incapaces. El tutor deberá manifestar su aceptación o rechazo dentro de los siguientes cinco días a la notificación.

7. Trámite de adopción de menores e incapaces. El solicitante debe manifestar el nombre y edad del menor incapacitado a adoptar, el nombre y domicilio de la persona o institución que lo haya acogido, y anexará un certificado médico de buena salud. Se procede al rendimiento de informaciones y consentimiento de las personas que deben darlo y el juez decreta la adopción. Un trámite de jurisdicción voluntaria será la revocación de la adopción.

8. Calificación de la excusa en caso de la patria potestad. Puede existir excusa de ejercer la patria potestad, previa solicitud al juez de lo familiar: a) cuando tengan 60 años cumplidos y b) cuando por su mal estado habitual de salud, no puedan atender debidamente su desempeño.

9. Rectificación de actas del estado civil. La rectificación de un acta del estado civil tiene que hacerse mediante sentencia del juez. La rectificación procede: a) por falsedad, cuando

se alegue que el suceso registrado no ocurrió; y, *b*) cuando se enmienda, es decir, se solicite variar algún nombre o alguna otra circunstancia, sea esencial o accidental.

10. Medidas cautelares en materia de lo familiar y ausencia de personas. *a*) Medidas necesarias para evitar que por mala administración se derrochen o disminuyan los bienes de los hijos; *b*) depósito de menores e incapacitados cuando son maltratados por sus padres y tutores, o de huérfanos por abandono o muerte de sus padres; *c*) solicitud de custodia de un menor que desea contraer matrimonio para suplir el consentimiento de sus padres; *d*) solicitud de separación de la persona que intente demandar o presentar denuncia o querrela contra su cónyuge; y, *e*) medidas provisionales en los casos de declaración de ausencia y presunción de muerte.

11. Divorcio por mutuo consentimiento. Cuando los cónyuges no son mayores de edad, tengan hijos o no hayan liquidado su sociedad conyugal, deben llevar el procedimiento ante un juez de lo familiar, con citación del Ministerio Público a dos juntas de avenencia, luego de las cuales el juez decretará la aprobación del convenio de divorcio y liquidación de la sociedad conyugal y disuelto el vínculo matrimonial.

Las once actuaciones antes relacionadas deben permanecer en la competencia del Juez, pues aunque se trata de auténticos actos de jurisdicción voluntaria, de naturaleza cautelar, éstos no pueden ser resueltos por el Notario ya que no es una autoridad investida del imperium del Estado, sino es sólo un jurista particular, que aunque ciertamente auxilia al Estado, para ejercer en su nombre por delegación, una serie de funciones públicas cuya finalidad es proteger intereses privados voluntarios, no puede fungir como autoridad, como sí lo hace el Juez para ejercer medidas preventivas o cautelares de los intereses privados de interés público. Por lo antes dicho, reiteramos que no deben salir de la competencia judicial las siguientes actuaciones:

1. La protección de personas y de patrimonio ante peligros o amenazas;
2. La liberación de responsabilidad;
3. La cancelación de obligaciones;
4. El otorgamiento de autorizaciones en actividades de riesgo protegido;
5. Las autorizaciones como complemento de la capacidad de las personas físicas;
6. Las autorizaciones para suplir la voluntad;
7. La adopción de medidas ejecutivas para garantizar un derecho;
8. La aprobación de las actuaciones desarrolladas en virtud de un cargo;
9. La creación de cargos privados de interés público;
10. La adopción de decisiones de trascendencia directa para la vida o el patrimonio de las personas.

4.6 ACTOS DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA DEBEN QUEDAR EXCLUSIVAMENTE DE LA COMPETENCIA NOTARIAL

En principio, sólo deben ser atribuidas a la competencia notarial aquellas actuaciones de jurisdicción voluntaria o de carácter cautelar-privado, cuya finalidad pueda ser lograda con la actuación del notario según las normas que regulan su función y que no desvirtúen su compleja red de funciones públicas.

En resumen, no deben ser notariales y deben quedar de la competencia judicial: *a) los* actos de jurisdicción voluntaria que afecten los intereses públicos; *b) los* actos en los que se trate de la persona o de los bienes de los menores e incapacitados; *c)* cuando se trate de autorizaciones complemento de capacidad; y, *d)* en general, cuando el juez intervenga como autoridad para definir y determinar un nombramiento o la definición de un derecho no controvertido.

Dejar en el ámbito de la jurisdicción todas aquellas actuaciones que *lo* justifiquen; y, pasar al notario todas aquellas que no se justifiquen por la naturaleza del órgano jurisdiccional y *si* se acepten por la naturaleza misma cautelar privada de la función notarial.

Se deben transferir al notario todas aquellas actuaciones que no sean de carácter jurisdiccional en su justa dimensión, a fin de que los jueces puedan administrar mejor la justicia entre los ciudadanos. Además, con tal transferencia, se cumple con la anhelada medida de desahogar al Poder Judicial de todos los actos de naturaleza cautelar-privada (actos de jurisdicción voluntaria que no impliquen actos de autoridad o autorizaciones complemento de capacidad), abatiendo así la lentitud y rezago y bajando considerablemente el costo de la justicia para el Estado.

En concreto, proponemos las doce siguientes:

1. Las informaciones *ad perpetuam rei memoriam* para justificar hechos y acreditar derechos.
2. Las informaciones *ad perpetuam* para acreditar residencia, buena conducta, dependencia económica o cualquier otro hecho notorio.
3. Las informaciones *ad perpetuam* para acreditar el dominio de construcciones.
4. Las informaciones *ad perpetuam* para comprobar la posesión de un derecho real.
5. Cambio voluntario de nombre o aclaración de uso indistinto de varios nombres.
6. El procedimiento voluntario de apeo y deslinde.
7. La constitución y extinción voluntaria del patrimonio familiar.
8. Liquidación de sociedad conyugal sin conflicto ni menores
9. Modificación voluntaria de capitulaciones matrimoniales
10. La secesión testamentaria sin conflicto ni menores.

11. La sucesión intestada sin conflicto ni menores.
12. El nombramiento de albacea en sucesiones sin conflicto ni menores

1. Las informaciones *ad perpetuum* para justificar hechos y acreditar derechos. Se trata de las informaciones testimoniales para *perpetua memoria*. El artículo 927 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, establece que la información *ad perpetuum* podrá decretarse cuando no tenga interés mas que el promoverte y se trate: I. De justificar algún hecho o acreditar un derecho; II Cuando se pretenda justificar la posesión como un medio para acreditar el dominio pleno del inmueble; III Cuando se trate de comprobar la posesión de un derecho real.

El artículo citado establece que para justificar algún hecho o acreditar un derecho, se deberá citar al Ministerio Público, pudiendo éste tachar a los testigos por circunstancias que afecten a su credibilidad. Considero que es del todo injustificado que se requiera la citación del Ministerio Público en este tipo de diligencias, puesto que aquí no hay más interés que el del promovente y está en abierta contradicción con los claros supuestos de intervención del Ministerio Público en asuntos de interés público o en casos de menores, incapacitados o ausentes.

Tratándose del caso de "justificar hechos", ya existe competencia notarial, pero con una reglamentación muy confusa y sin darle valor probatorio pleno. Los supuestos de la Ley del Notariado para la procedencia de este tipo de intervenciones son muy generales, pues prácticamente se deja abierta la posibilidad de justificar cualquier hecho lícito que sea conforme a las buenas costumbres y que no sea competencia exclusiva de otro fedatario. El notario, titular de funciones públicas delegadas por el Estado, es el funcionario apto para recibir las informaciones *ad perpetuum rei. memoriam*; pero tenemos que distinguir dos

supuestos de intervención del notario: en informaciones que justifiquen hechos o en informaciones que acrediten derechos.

a) En las actuaciones que justifiquen hechos. Siguiendo a Rodríguez Andradós, podemos distinguir las siguientes actuaciones notariales:

El notario sólo percibe hechos. En estas intervenciones el notario se limita a expresar lo que ha comprendido y observado por su propia percepción sensorial. A su vez, podemos distinguir los siguientes tipos de actuaciones notariales

1. Percepción de cosas. El notario se limita a describir las realidades materiales del mundo exterior, tal y como las percibe por sus propios sentidos. Pueden ser la existencia o inexistencia de una cosa, su destrucción o inutilización

2. Percepción de documentos. Sirve para determinar que se poseen determinados documentos, o que se encuentran en determinado lugar, o que se inutilizan, etcétera.

3. Percepción de personas. El notario identifica a una persona, situación que resulta de un juicio que realiza el propio notario pero que resulta del hecho de la identidad.

4. Percepción de actos humanos. Se trata de actos del mismo solicitante, actos de otra persona, actos de presentación de documentos, etcétera. En esta actividad, el notario se limita a narrar lo que manifiesta el solicitante de la diligencia o lo que manifiestan terceras personas.

5. Percepción de hechos propios del notario. El notario hace constar su propia conducta: que es autor del documento, que notifica, que requiere, que protocoliza, que advierte, que lee, que se ausenta, etcétera.

b) En información que acredite derechos o realice una calificación jurídica. Podemos distinguir distintos supuestos de intervención notarial:

1. El notario acredita un derecho. Por su calificación y experiencia jurídica puede el notario emitir un juicio sobre si alguien tiene o no determinado derecho.

2. El notario hace una calificación jurídica. Es imposible encerrar la función notarial en el mundo de los hechos sensibles. El notario es, ante todo, un jurista que debe emitir juicios y calificaciones como perito en derecho.

3. Calificación jurídica sobre la capacidad o identidad de los comparecientes: Aquí el notario hace un razonamiento, un juicio, sobre si el compareciente tiene capacidad natural y no tiene conocimiento de que esté incapacitado civilmente o sobre si se trata de la misma persona que se identifica con documento oficial.

4. Calificación jurídica sobre la legalidad del acto. El notario razona, califica de legal o legítimo un acto que se otorga ante su fe. Lo anterior implica varios momentos; estudia, compara, fundamenta, consulta, afirma y sostiene.

5. Calificación jurídica sobre la notoriedad de ciertos hechos. Aquí el notario hace un juicio sobre el conocimiento sabido por todos, es decir, sobre la notoriedad de un hecho para el reconocimiento de derechos, la legitimación de situaciones personales o patrimoniales. El notario afirma de manera formal la notoriedad de ciertos hechos que resultan evidentes por aplicación directa de los preceptos legales, es decir, que a su juicio está suficientemente comprobada la notoriedad de un hecho.

Para justificar "la desjudicialización" de algunas de las informaciones *ad perpetuam* y la intervención exclusiva notarial sin intervención del Ministerio Público, es oportuno mencionar la jurisprudencia definida número 161 que dice:

Información *ad perpetuam*. Valor probatorio de la información *ad perpetuam*, que sólo se decreta cuando se trata de acreditar algún hecho o justificar un derecho en los que no tenga más

interés que la persona que la solicita, no puede surtir efectos definitivos contra terceros, ni puede ser estimada en juicio contradictorio, como una información testimonial ofrecida y rendida con arreglo a la ley, puesto que la misma ordena que esa clase de pruebas se rindan siempre con la citación contraria, entregando una copia del interrogatorio a la. contraparte para que ejercite el derecho de repreguntar a los testigos...; 1917-85, p. 480).

2. Las informaciones *ad perpetuam* para acreditar residencia, buena conducta, dependencia económica o cualquier otro hecho notorio. Cabe hacer mención de las llamadas "actas de notoriedad" vigentes en el derecho español y que han ayudado mucho a la desjudicialización de la jurisdicción voluntaria y su traspaso a la sede notarial en España. Manuel de la Cámara, notario en Madrid, afirma que ...notorio es ...aquél hecho que tenido por cierto por todas o la gran mayoría de las personas que mantienen relaciones habituales con aquella a que se refiere o afecta el hecho de que se trata y habida cuenta de la naturaleza del mismo.

En las actas de notoriedad, el notario emite un juicio acerca de "la notoriedad" del hecho notorio, es decir, enjuicia la notoriedad de un hecho, que por ello queda excusado de ser probado. El notario no presencia lo notorio por sus sentidos, sino expresa su convicción sobre un hecho evidentemente conocido, es decir, la notoriedad de un hecho.

Para efectos de mayor claridad sobre el tema, a continuación transcribo en lo conducente el artículo 209 del Reglamento Notarial Español, que dice:

"Las actas de notoriedad tienen por objeto la comprobación y fijación de hechos notorios sobre los cuales puedan ser fundados y declarados derechos y legitimadas situaciones personales o patrimoniales con trascendencia jurídica [...]El notario, si del examen y calificación de las pruebas y del resultado de las diligencias estimare justificada la notoriedad pretendida, lo expresará así, con *lo* cual quedará conclusa el acta [...]Cuando además de comprobar la notoriedad, se pretenda el reconocimiento de derechos y la legitimación de

situaciones personales y patrimoniales se pedirá así en el requerimiento inicial y el notario emitirá juicio sobre los mismos, declarándolos formalmente si resultaren evidentes por aplicación directa de los preceptos legales aplicables al caso...Por acta de notoriedad podrán legitimarse hechos y situaciones de todo orden, cuya justificación, sin oposición de parte interesada pueda realizarse por medio de cualquier otro procedimiento no litigioso. La declaración que ponga fin al acta de notoriedad será firme y eficaz, por sí sola, e inscribible donde corresponda sin ningún trámite ni aprobación posterior”.

13. Las informaciones *ad perpetuam* para acreditar el dominio de construcciones. Son también comunes las informaciones *ad perpetuam*, para acreditar que el promovente, construyó una casa o un edificio en un terreno de su propiedad, que habla el artículo 896 del Código Civil para el Distrito Federal, que dice: "Todas las obras, siembras y plantaciones ejecutadas en un terreno, se presumen hechas por el propietario y a su costa, mientras no se pruebe lo contrario."

Este tipo de informaciones han ido cayendo en desuso por la reglamentación y práctica registral de acreditar la propiedad de las construcciones simplemente con la exhibición del aviso de terminación de obra o de regularización de las construcciones y, últimamente con el simple cumplimiento de la declaración catastral y del pago del impuesto predial que, por diversos acuerdos del entonces regente de la ciudad, regularizó automáticamente construcciones sin licencia y sin aviso de terminación de obra

4. Las informaciones *ad perpetuam* para comprobar la posesión de un derecho real. Éste es un caso típico donde es perfectamente factible que el notario intervenga de manera exclusiva. Se trata de comprobar en interés único del promovente que se tiene la posesión de alguno de los derechos reales previstos por el Código Civil, esto es, el derecho de propiedad, el derecho de hipoteca, el derecho de algunas de las servidumbres, el derecho de usufructo, el derecho de uso, el derecho de habitación, el derecho de prenda. Es poco frecuente este tipo de diligencias

que se deberán llevar por el notario con citación de tres testigos y del propietario como establece el artículo 927 del CPCDF, pero sin la intervención del Ministerio Público por carecer de materia de interés para él.

El punto medular de estas diligencias es el examen de los testigos, a quienes les constan los hechos. Los testigos deben ser identificados a satisfacción del notario. El notario, para asegurar contestaciones veraces, tiene a su favor la disposición de la Ley del Notariado en vigor, de asimilar al delito de falsedad ante autoridad el hecho de que algún compareciente declare falsamente ante notario. Cuando se trate de actuación sobre inmuebles que sea inscribible, el notario se encargará de que el primer testimonio del instrumento público donde conste su actuación de jurisdicción voluntaria, se inscriba en el folio real correspondiente del Registro Público de la Propiedad de la localidad.

5. Cambio voluntario de nombre o aclaración de uso indistinto de varios nombres. Se trata de dos situaciones distintas que integran eventuales casos típicos de jurisdicción voluntaria de carácter cautelar-privado que deben ser asignados al notario:

a. El cambio del nombre de una persona, que pueda deberse a varias razones, todas en interés sólo del promovente, como por ejemplo: que el nombre no le guste porque es muy largo, o porque es confuso, o quizá porque ya ha venido usando otro. Considero que el notario debe publicar en el *Diario Oficial* de su domicilio y en un periódico de circulación de la localidad, un aviso sobre la solicitud a fin de saber si habrá oposición; transcurridos diez días, el notario dará por definitivo el cambio propuesto y quedará a su cargo enviar en un plazo de tres días un aviso al Registro Civil, el cual deberá tomar nota del cambio al margen del acta de nacimiento del interesado; y

b. El frecuente caso de personas que han usado indistintamente diversos nombres en su vida social, artística o de trabajo y desean hacer constar el hecho para evitar confusiones. En este supuesto, se debe levantar un acta notarial y el notario debe avisar de su contenido al Registro

Civil dentro de un plazo de tres días para que se haga una anotación marginal en el acta de nacimiento respectiva.

6.- El procedimiento de apeo y deslinde sino surge conflicto este procedimiento es otro de intervención notarial, se pueden realizar cuando no se hayan fijados los límites e unos predios con otros hay razones para creer que no son exactos por haberse confundido. Puede pedir el apeo y deslinde el propietario, el poseedor con justo título o el usufructuario.

El solicitante puede ser el propietario, el poseedor con título bastante para transferir el dominio, o el usufructuario y debe indicar los linderos y mojoneras o señales para verificarse y los nombres de los colindantes para ser citados, debe anexar plano si lo tiene y designar un perito. Cada colindante será citado y podrá tener un perito. A la diligencia de apeo y eventualmente de deslinde, acudirá cada colindante, previa citación -no notificación- que hará el notario para que justifiquen la propiedad o posesión del inmueble y designen un perito. A dicha diligencia acudirá el notario, quien podrá aceptar la comparecencia de dos testigos para identificar puntos de deslinde. El apeo significa la actividad del notario de ir caminando y delimitando los linderos del inmueble objeto. El notario, terminada la diligencia, otorga la posesión del predio comprendido en los linderos medidos si no hay oposición de los colindantes. Si hay oposición, invita a una conciliación. Si ésta no se logra, termina la actuación del notario, sin que haya hecho declaración alguna y reserva los derechos de los interesados para que los hagan valer en un juicio contencioso.

7. La constitución y extinción del patrimonio familiar. Ciertamente el artículo 940 del CPCDF establece que todos los "problemas" inherentes a la familia se consideran de orden público por constituir ésta la base de la integración de la sociedad. Lo anterior no quiere decir que el notario esté impedido para actuar en asuntos del orden familiar, puesto que el notario tiene una función de orden público. Lo que resulta muy claro es que, al no ser autoridad el notario, no puede actuar en asuntos de controversia familiar o para la declaración o la preservación o constitución de derechos del orden familiar; pero sí puede

intervenir cuando se trate de meros trámites voluntarios que aseguren la institución de orden público, como lo es la del patrimonio familiar.

Recordemos que una manera de constituir el patrimonio de familia es la forma voluntaria, hecha por el miembro de la familia que tiene acreedores alimentarios, lo decide libremente y lo tramita ante el juez acreditando los requisitos de ley, que son: que es mayor de edad o emancipado, que está domiciliado en el lugar, que hay familiar, que es de su propiedad la casa habitación base y que no tiene gravámenes (excepto servidumbres) y que dicha casa tiene el valor máximo de ley (cantidad que resulte de multiplicar el importe del salario mínimo en el Distrito Federal por 3 650). Resulta conveniente iniciar una cultura de protección de la casa familiar a partir de la introducción de esta intervención notarial en materia de constitución voluntaria del patrimonio familiar (una casa, cuando se deba constituir forzosamente y otra, cuando se constituya administrativamente en términos de ley para personas de escasos recursos). Asimismo, la persona que constituyó el patrimonio de familia puede acudir al notario para que declare su extinción, cuando deje de tener acreedores alimentarios.

Debemos recordar que la constitución y extinción del patrimonio de familia no puede hacerse en fraude de acreedores. Una vez constituido o extinguido el patrimonio de familia, el notario tramitará la inscripción del testimonio de su escritura ante el Registro Público de la Propiedad correspondiente para que surta efectos contra terceros.

8. Liquidación de sociedad conyugal sin conflicto ni menores. Cuando no hay conflicto ni existen hijos menores o incapaces y por decisión de los cónyuges acuerden finiquitar la sociedad conyugal para adoptar el régimen de separación de bienes, se debe tramitar el asunto ante notario. Los cónyuges deberán pactar primero un inventario de los bienes, derechos y obligaciones patrimoniales de la comunidad, luego hacer una valoración fundada de tales bienes y, finalmente, tomar un acuerdo de división de la copropiedad existente y la aplicación en propiedad de determinados bienes como pago del indiviso, normalmente del cincuenta por ciento, que a cada cónyuge le corresponde en la sociedad conyugal. Si existe

demasia en relación con el indiviso que le corresponde a cada cónyuge por los valores asignados a los inmuebles, entonces se pagará impuesto local de adquisición de inmuebles.

9. Modificación voluntaria de capitulaciones matrimoniales. Es frecuente que los cónyuges no hayan reflexionado sobre los términos y condiciones de las capitulaciones matrimoniales de machote que firman todos al casarse, y sucede que, pasado el tiempo, es necesario pactar ciertas modalidades, como acordar que sólo determinados bienes entrarán en el régimen de sociedad conyugal y que los bienes adquiridos por herencia o don de la fortuna quedarán bajo el régimen de separación de bienes, o también pueden optar por cambiar el régimen de separación de bienes al régimen de sociedad conyugal. En este último caso, se cumple además el requisito de forma que en su caso se requiere cuando hay inmuebles en la comunidad cuya transmisión requiere la forma de escritura pública. Se levantará una escritura con los pactos de los cónyuges y el notario deberá: a) Dentro de un plazo de tres días avisar al Registro Civil para que se haga una anotación marginal en el acta de matrimonio; y, b) Inscribir el testimonio de la escritura correspondiente en los folios reales de los inmuebles de referencia en el Registro Público de la Propiedad para que las capitulaciones surtan efecto contra terceros.

10. La sucesión testamentaria sin conflicto ni menores. No se justifica la intervención cuando los herederos o legatarios en la sucesión testamentaria con testamento público abierto son mayores de edad y no existe controversia alguna; por ello, deberá quedar de competencia exclusiva del notario. Así, el particular podrá llevar todo el trámite sucesorio de cuatro secciones (de sucesión de inventarios, de rendición de cuentas, de partición y de adjudicación) ante notario. Con lo anterior se eliminará la práctica de iniciar el procedimiento testamentario y concluir sólo la primera etapa, es decir, la etapa de sucesión, donde ya se declararon los herederos y se nombró albacea, y solicitar al juez separarse del procedimiento judicial para continuar el trámite sucesorio ante notario, quien deberá entonces protocolizar el inventario y proceder a la adjudicación de los bienes inventariados a favor de los herederos o legatarios. Con esta reforma se lograría un gran descongestionamiento de los asuntos no litigiosos ni de interés público, que deben ser ajenos a la función jurisdiccional de los jueces, y se verían

favorecidos los usuarios con tiempos más cortos en los procesos y abatimiento importante de costo. Se evitaría también lo que resulta inexplicable para los clientes, cuando habiéndose llevado todo el trámite ante el juez, si hay inmuebles en el inventario, el albacea y herederos tengan que pedirle, luego de dictada la sentencia de adjudicación, ponga a disposición del notario de su elección los autos del procedimiento, quien los recogerá, y procederá a protocolizar la sentencia respectiva a fin de darle la forma legal a la adjudicación decretada por existir transmisión de propiedad inmueble con valor superior a los \$30 000 según establece el artículo 38 de la Ley del Notariado en vigor.

11. Sucesión intestada sin conflicto ni menores. Con base en todo lo anterior, es perfectamente justificado que el notario intervenga desde el inicio de esta sucesión cuando los herederos son mayores de edad y no hay conflicto. Sin embargo, es muy importante definir el procedimiento para la primera etapa, que considero deberá ser muy similar a la que hoy se realiza ante el juez. Deberá presentarse un escrito de solicitud de trámite intestado ante notario, acompañando los documentos justificativos del matrimonio y parentesco invocados. El notario deberá publicar un aviso en dos ocasiones, con un intervalo de diez días entre una y otra, en un periódico de circulación de la localidad y luego redactará una escritura en donde los herederos reconocen mutuamente su carácter, y el albacea acepta y protesta su fiel y legal desempeño. Se suprimiría así la disposición vigente (art. 876 CPCDF) que obliga a iniciar siempre el trámite intestado ante juez, y permite continuar el trámite sucesorio ante notario una vez que se haya reconocido judicialmente como heredero. Resulta evidente que en el trámite notarial de intestado no deberá citarse al Ministerio Público por no ser actos de su competencia.

12. Nombramiento de albacea en sucesiones sin conflicto ni menores. Es frecuente que un albacea, designado en un testamento público abierto de una sucesión testamentaria que se lleva ante el notario, haya fallecido o quiera renunciar con la conformidad de todos los herederos o legatarios mayores de edad. Es el caso preciso en el cual puede intervenir el notario y aceptar la renuncia o la designación de nuevo albacea, al que hará protestar su fiel y legal desempeño. Para lo anterior, el notario deberá elaborar una escritura donde comparezcan todos los herederos, legatarios, el albacea renunciante y el designado.

Los doce casos mencionados justifican la intervención exclusiva del notario, porque se trata de actos de jurisdicción voluntaria de naturaleza cautelar privada, que pueden ser resueltos por el notario, ya que es un profesional del derecho titular de funciones públicas, entre las cuales están las de asesorar, legitimar y autenticar las actuaciones donde intervenga para garantizar a los particulares la debida legalidad y seguridad jurídica. La intervención del notario debe ser exclusiva porque no hay justificación alguna para mantener este tipo de procedimientos a cargo del juez; sólo así se lograría abatir el costo de la justicia, al no distraer recursos del fisco para trámites de interés sólo de los promoventes, con el consecuente fortalecimiento del ejercicio de la verdadera función jurisdiccional.

CONCLUSIONES

CONCLUSIONES GENERALES

En cuanto a las vertientes doctrinarias con relación a la materia que nos ocupa, existen dos vertientes: la primera, que considera a la Jurisdicción Voluntaria como verdadera jurisdicción y reclama su permanencia en el seno del ámbito judicial, y la segunda, que niega su naturaleza jurisdiccional para afirmar su naturaleza administrativa, postulándose por su separación definitiva del Poder Judicial.

En este punto es necesario que tomemos partido en la disputa, para poder dirigimos a la solución que este trabajo propone, solución que por otra parte, forma ya parte de nuestro Derecho positivo por eso podemos señalar las siguientes conclusiones:

PRIMERA. La Jurisdicción Voluntaria no es verdadera jurisdicción, en virtud de que en ella, no se reúnen todos los requisitos necesarios para el ejercicio de la misma, toda vez que no existe un conflicto de intereses calificado de trascendencia jurídica que reclame su solución por esta vía, por la misma razón, aunque en la practica se pretenda dar a estos procedimientos mediante una demanda, no existe ejercicio de acción propiamente dicha, por que no existe pretensión alguna que reclamar, tampoco existe la instauración de la relación jurídico-procesal tripartita, ya que nadie asume el carácter de parte y ni siquiera el propio Juez asume el carácter de juzgador propiamente dicho.

SEGUNDA. Por otro lado tampoco existe identidad en cuanto al efecto producido por el resultado pronunciado por el Juez, por que como ya se explico anteriormente, las resoluciones dictadas por el Juez en esta materia, no adquieren el carácter de cosa juzgada, lo cual es el principal efecto del ejercicio de la jurisdicción. En términos de las ideas pronunciadas por los autores italianos a los que nos hemos referido, no existe actuación del Derecho en sentido estricto, por que como ya anticipamos, este concepto no se puede concentrar únicamente en la aplicación de la Ley a cualquier nivel, sino que debe referirse a la aplicación de la Ley a la solución de controversias previamente planteadas, situación que evidentemente no se da en la Jurisdicción Voluntaria.

TERCERA. El mayor problema que existe en torno a la Jurisdicción Voluntaria es la diversidad de materias que trata, y la poca homogeneidad que revisten los distintos procedimientos que la integran, sumando a esto se encuentra la muy variada enumeración que los distintos autores dan de los procedimientos que ellos consideran dentro de este campo, pues no todos coinciden en los mismos, por lo que podríamos decir que todas las actividades del Estado que sin constituir un Litigio, regulen el ejercicio de Derechos particulares o privados serían propias de la Jurisdicción Voluntaria.

CUARTA. La regulación positiva en torno a esta materia, además de encontrarse mal ubicada en los códigos procesales, no guarda una regulación suficiente en los mismos; los casos contemplados en dichos códigos no son ni con mucho, todos los que la doctrina señala como propios de la Jurisdicción Voluntaria, tenemos que recurrir al Código Civil y a las distintas Leyes mercantiles para encontrar procedimientos voluntarios, y eso nos dificulta tener por un lado una idea clara de esta materia y por otro nos impide tener un criterio procedimental uniforme en torno a los mismos.

QUINTA. Es evidente a esta altura del análisis que la denominación no debe ser aceptada, toda vez que no es jurisdicción por las razones anteriormente expresadas, y menos claro es que se debe entender por voluntaria, por que la Ley no otorga una facultad alternativa al requerir estos procedimientos realización de un determinado negocio jurídico, por el contrario, impone la necesidad de acudir a esta instancia para lograr la producción de los efectos deseados, bajo la pena de no hacerlo, de no crear los efectos jurídicos deseados, por esto la denominación debe cambiar, y por eso nos parece alternativo el termino propuesto por Calamandrei, por que verdaderamente se trata de administración publica del Derecho privado.

SEXTA. Muy relacionado con el punto anterior se encuentra el problema del verdadero encuadramiento de la figura que nos ocupa dentro de las actividades propias del Estado, dejando de lado la idea de que la división tripartita se encuentra en crisis, señalamos ya con anterioridad que es posible encuadrar cualquier actividad estatal dentro de una de las tres esferas, y es por eso que proponemos encasillar a la Jurisdicción Voluntaria dentro del ámbito de la Administración Pública. Debemos distinguir aquellas actividades en las que el

estado ejerce la Administración Pública para tutelar los intereses propios, de aquellas actividades en las que solo tutela intereses de particulares; evidentemente en ambos casos la actuación del estado se encontrara ordenada a la satisfacción de un interés colectivo que se podría traducir en la obtención del bien común, pero cuando el Estado interviene el acto administrativo defendiendo directamente sus propios intereses realiza este fin inmediatamente, pero cuando tutela El interés de particulares exclusivamente, este fin solo se logra de una manera mediata, por que lo primero en la intención es él interés particular. Es necesario para ello distinguir estas dos clases de actuación del Estado, sobre este punto encontramos la opinión de Zanobini, quien señala que la Administración Pública en relación con el Derecho privado se puede reducir a dos importantes campos de actuación: por un lado encontramos lo que el llama "actividad certificante", mediante la cual el Estado realiza el control y la publicidad de determinados actos jurídicos de los particulares, autenticando actos, hechos o negando negocios jurídicos, mediante algunos elementos de los mismos, llevando respecto de las personas y actos un control de legalidad; y por otro lado encontramos los actos mediante los cuales el Estado se encarga de conceder autorizaciones o complementar capacidades defectuosas. Señala este autor que ambas actividades se llevan acabo mediante actos administrativos y que pertenecen a la esfera de la Administración Pública del Derecho privado.

SEPTIMA. Por lo que se refiere al Notariado Mexicano, podemos concluir que cada una de las civilizaciones que existieron en la antigüedad, existió un tipo de escribano, cuya función era la de elaborar y conservar las escrituras, primero como simples transcritores o copistas y paulatinamente con el carácter cada vez más técnico.

OCTAVA. Notario Público se puede definir como aquel profesional del Derecho que se encarga de la función pública consistente en recibir, interpretar y dar forma legal a la voluntad de la partes, a través de los documentos adecuados y confiriéndoles autenticidad, conservando los originales y expidiendo copias que den fe de su contenido.

NOVENA. La necesidad en la seguridad de las transacciones que se llevan acabo actualmente, hace necesaria la existencia de un Notario excelentemente organizado y preparado. El Notario público esta sometido a dos regímenes jurídicos, uno de Derecho

administrativo, que regula las relaciones entre Notario y el Estado del que emana su patente, y el otro de Derecho privado, que regula las relaciones entre Notario-Cliente.

DECIMA. El Colegio de Notarios, es un medio de apoyo y cooperación entre los Notarios, así como sostén de los valores propios de la profesión, conservando el prestigio, confianza y credibilidad de la función notarial.

DECIMO PRIMERA. En Nuestro sistema jurídico el Notario Público desempeña una función muy compleja, ya que no solo es depositario de la fe publica extrajudicial, sino que también es consejero y asesor en materia jurídica, recaudador fiscal gratuito, conformador del negocio jurídico, legitimador y asegurador del Derecho y promulgador de normas jurídicas privadas.

El Notario Público esta obligado a respetar las Leyes y Reglamentos de los actos en que intervenga, a defender el interés de sus clientes, poniendo en el ejercicio de su función el mayor celo, cuidado y competencia, a cuidar el protocolo y guardar reserva de su contenido.

Del Notario Publico depende que su función siga siendo tan necesaria y legítima como hasta ahora lo es y de los legisladores el que dicha función continúe debidamente regulada, para que la vida sea fluida y protectora de los Derechos de la sociedad.

DECIMO SEGUNDA. Al crearse las escuelas de Derecho notarial, se alcanzaría la madurez técnica precisa para que el Notario pueda discernir de entre todos los conocimientos adquiridos, cuales son los convenientes al caso concreto.

Por lo que, toda institución jurídica debe ser analizada a la luz de dos ópticas principalmente: por un lado el análisis doctrinario meramente especulativo que pretende desentrañar el ser mismo de la institución, es decir, su naturaleza jurídica, y por otro la exégesis de los textos legales que la regulan tendiente a la crítica de los mismos, es por eso

que las conclusiones de este trabajo se dividen en dos partes esencialmente: conclusiones doctrinarias en torno a la naturaleza de la institución y conclusiones legales en relación en relación con la regulación con la regularización de la figura en cuestión.

CONCLUSIONES DOCTRINALES.

PRIMERA. El concepto de Jurisdicción Voluntaria como institución jurídica autónoma y dotada de características propias no es más que una mera creación artificial de la doctrina, toda vez que bajo esta voz se agrupan una serie de actuaciones que no tienen nada en común una con la otra salvo el hecho de no poseer una naturaleza contenciosa, por lo que hemos de concluir que dicho concepto debe ser desechado por la doctrina.

SEGUNDA. Los actos agrupados dentro del concepto de Jurisdicción Voluntaria engloban un doble aspecto: en primer lugar se trata de la realización de hechos y actos jurídicos procedentes de los particulares tendientes a la producción de determinadas consecuencias jurídicas, que en este caso se traducen en la creación de un status, jurídico del cual derivan Derechos y Obligaciones (como es el caso de la adopción o la declaración de herederos, donde se crea el estado de adoptado y heredero respectivamente, y de la declaración de dichos estados nacen toda una gama de Derechos y obligaciones); y en segundo lugar dichas actuaciones requieren necesariamente de la sanción legal de una autoridad que en algunas ocasiones actúa como calificadora de procedencia del acto y en otras como mera certificadora de la existencia del mismo, otorgándole en uno y en otro caso la publicidad necesaria para que surta propiamente sus efectos jurídicos de acuerdo a la Ley.

TERCERA. Ya que la función ejercida por la autoridad, en estos casos reviste una naturaleza netamente administrativa, aunque de manera formal se desenvuelva mediante una vía de naturaleza judicial, y toda vez que se trata de la actuación de derechos estrictamente particulares, es menester proponer una nueva terminología, considerando por nuestra parte como la más apropiada “Administración Pública del Derecho privado”, expresión que engloba tanto la naturaleza de la función estatal que en este caso se esta ejercitando como el contenido mismo de la actuación, es decir, el ejercicio del Derecho subjetivo por parte de un particular.

CUARTA. La atribución de estas funciones a la autoridad judicial no tiene razón de ser, toda vez que la función esencial del juzgador es aplicar la Ley a un caso concreto para solucionar una controversia que le es planteada, función que no es ejercida de modo alguno en estos casos; siendo importante además tomar en cuenta que la erradicación de ésta materia de la función judicial representaría una sana media de economía procesal, dejando en manos del juzgador solamente la facultad de juzgar.

QUINTA. La correcta ubicación de la Administración Pública del Derecho privado es precisamente dentro de la esfera administrativa, toda vez que como ya dijimos anteriormente, las funciones certificadoras y autenticadoras del estado son propias de dicha función; y dentro de dicho ámbito, la figura del Notariado Latino se alza en nuestra tradición jurídica como el garante idóneo y natural de la legalidad entre los particulares.

SEXTA. Como ha quedado señalado en este trabajo, la actividad notarial se traduce en aquella función netamente administrativa encargada a particulares dotados de fe pública para que interpreten y den forma a la voluntad de las partes, juzgando en cada caso sobre la conveniencia de la realización de cada acto, constituyéndose así en efectivos controladores de la legalidad; si bien es cierto que de dicho concepto de la función notarial podemos concluir que la función del Notario ejerciendo dichas funciones es la regla general de todo lo que a Derechos privados se refiere, también lo es que dicha actuación debe encontrar en nuestra opinión dos acepciones: el requerimiento de pericia técnica para sancionar determinada actuación privada por parte de la esfera administrativa encargada del mismo y la calidad de autoridad que deben revestir quienes realizan determinadas actuaciones estatales en relación con la esfera jurídica de los gobernados.

SÉPTIMA. Partiendo de la conclusión anterior, y aceptando que el concepto de Jurisdicción Voluntaria no tiene existencia real en tanto pretende ser un instituto jurídico autónomo, todos aquellos actos emanados del Poder Público donde se reclame una pericia técnica distinta a la jurídica por parte del emisor del mismo deben ser desechados a la esfera notarial, por que hemos de recordar que el Notario en nuestra tradición jurídica se presenta ante nosotros como un perito en Derecho, por lo cual la intervención del Notario

autorizando cualquier otra actuación privada donde la pericia requerida para sancionar dicho acto vaya más allá de la simple calificación jurídica, debe ser encargada a un funcionario dotado de las cualidades necesarias para dictar dicha sanción; lo mismo ocurre cuando el objeto a sancionar se traduzca necesariamente en la emisión de un acto de autoridad, pues en este caso debemos de recordar que el Notario no es autoridad, por lo que sus actuaciones no pueden restringir o ampliar la esfera de los gobernados, por lo que hemos de concluir que los escribanos podrán actuar siempre y cuando los efectos jurídicos de los actos que se sancionen sean el resultado de la manifestación de voluntad particular, pero dichas consecuencias jamás serán producidas por la voluntad notarial, la cual en todo caso no puede más que juzgar la legalidad y oportunidad de las manifestaciones particulares, cooperando en la producción de los efectos mediante su sanción, pero nada más.

OCTAVA. Por eso, respetando estos dos límites de la actuación notarial, creemos que no existe ningún problema para que conozcan todos los expedientes propios de la Jurisdicción Voluntaria, incluyendo aquellos que la doctrina española ha tenido a bien llamar “autorizaciones y complementos de la capacidad” o “actos de amparo de personas de capacidad nula o disminuida”, por que en estos casos no creemos que exista el requerimiento de una pericia meta jurídica para sancionar el acto, ni que se este decretando acto de autoridad alguno, toda vez que sólo se esta juzgando sobre la simple legalidad de la actuación del particular en aras a la creación de determinado estado de Derecho, así encontramos que el Notario se halla en plena capacidad de poder autorizar nombramientos de tutores, adopciones, enajenación de bienes de propiedad de menores e incapacitados, etc.

NOVENA. Consideramos pertinente mencionar, de acuerdo con el marco doctrinal que en este trabajo se manejó, que los Notarios no tienen impedimento alguno para poder conocer de todas aquellas actuaciones relacionadas con el estado civil de las personas, puesto que todas son actuaciones encaminadas a la certificación y autenticación de hechos y actos jurídicos; por lo que proponemos considerar dentro de las funciones propias al notariado actos jurídicos como el matrimonio o el divorcio administrativo, y certificaciones de hechos tales como el nacimiento o la muerte, remitiendo sobre este punto a lo dicho en

relación con el divorcio administrativo, donde se debe matizar en cada caso de acuerdo a los requerimientos del mismo, cuales serán los requisitos previos que los cónyuges deben realizar en aras a salvaguardar cualquier derecho propio o de terceros que se pueda ver violentado por la terminación del vínculo matrimonial

CONCLUSIONES LEGALES

PRIMERA. Por medio de la nueva Ley para el Notariado del Distrito Federal y la actual redacción del Código de Procedimientos Civiles para la misma entidad, lo que verdaderamente existe es una facultad concurrente entre el Notario y la Magistratura para el conocimiento de los expedientes propios de la Jurisdicción Voluntaria; razón por la cual se torna oscuro el entendimiento de las razones del legislador para realizar dicha reforma, pues el motivo de la misma no puede ni debe ser dotar al Notario de otras facultades diversas a las que anteriormente poseía.

SEGUNDA. El propósito de la redacción de una nueva Ley que introduzca un cambio substancial en el tratamiento de una figura determinada debe ser en nuestra opinión la intención por parte el legislador de ubicar en el lugar que le corresponde a cada institución jurídica para que ésta sea capaz de cumplir su función social de la mejor manera posible; y en este caso el dotar al Notario de facultades para conocer estos expedientes de Jurisdicción Voluntaria es reconocer la naturaleza administrativa de la institución, pero este reconocimiento no puede quedarse sólo en eso, sino que se debió realizar una reforma integral en el sentido de desposeer al Juez de la Jurisdicción Voluntaria; por eso es que proponemos que se realice una nueva reforma para extraer finalmente del Poder Judicial los asuntos de los que aquí nos estamos ocupando, para de esta forma cumplir con dos propósitos: por un lado colocar a la supuesta institución de la Jurisdicción Voluntaria en el ámbito que realmente y de manera natural le corresponde, y por otro desahogar la carga excesiva de trabajo de los tribunales mediante la eliminación de aquellos expedientes que de acuerdo a su naturaleza no le son propios, y así lograr un fin que por desgracia es pocas veces realizado en nuestro Derecho: el tener reformas integrales que hagan coherentes a los distintos cuerpos legislativos y eviten la llamada “letra muerta”.

TERCERA. Realmente no entendemos la terminología de la Ley del Notariado para el Distrito Federal, al llevar por título el capítulo cuarto “De la competencia para realizar funciones notariales en asuntos extrajudiciales y de la tramitación sucesoria ante Notario”, pues en este caso ¿Qué se debe entender por asuntos extrajudiciales? Haciendo una interpretación literal del precepto, serán por principio de exclusión, extrajudiciales todos aquellos asuntos en los que no halla un litigio de por medio, lo que nos podría llevar al absurdo de concluir que todo lo demás, donde no exista una litis que esclarecer, podría ser competencia del Notario. Sería mucho más propio que la Ley hablara de la competencia notarial para conocer de expedientes comúnmente conocidos como asuntos de Jurisdicción Voluntaria, no teniendo razón de ser aquí la distinción entre estos últimos y los trámites sucesorios, que aunque ya dijimos, y aquí siendo verdaderamente congruente el legislador, se realiza dicha distinción siendo armónicos con la exposición de la Legislación procesal vigente, donde esta materia es tratada por separado y no incluida en las disposiciones relativas a la materia que nos ocupa, aunque como ha quedado demostrado en este trabajo, los procedimientos sucesorios son incluidos por un amplio sector de la doctrina como propios de la Jurisdicción Voluntaria.

CUARTA. La reforma que sufrió la Ley en agosto del año del 2000, es bastante atinada, toda vez que se cambia la redacción del artículo 166, que anteriormente señalaba que los Notarios podían conocer de todos aquellos asuntos en que en términos del Código de Procedimientos Civiles conocieran los jueces siempre y cuando no intervinieran menores no emancipados o mayores incapacitados, y que ahora prescribe que la actuación del Notario será procedente en asuntos propios de la Jurisdicción Voluntaria; reiteramos que nos parece atinada la reforma toda vez que logra una interpretación armónica con el Código de Procedimientos Civiles, y esclarece más las intenciones del legislador evitando las interpretaciones absurdas.

QUINTA. El artículo 166 de la Ley proscribía la actuación notarial en asuntos donde intervinieran menores no emancipados o mayores incapacitados, por las razones anteriormente expuestas, creemos que esta prohibición no debería existir, toda vez que la restricción se refiere a dos cosas primordialmente: por un lado a la posibilidad de que un Notario conozca de un expediente de Jurisdicción Voluntaria en el que intervenga uno de

los sujetos antes aludidos, y por otro la posibilidad de que el Notario autorice el complemento en la capacidad de los sujetos en cuestión; en ambos casos creemos que la actuación notarial debería bastar para que estos actos se puedan llevar a cabo toda vez que estas actividades son del todo compatibles con la esencia misma de la función notarial.

SEXTA. EL último párrafo del artículo 166 habla de autorizaciones y habilitaciones de sujetos a los que le falte capacidad, realmente no entendemos a que se refiere la Ley con esto, queremos creer que hace alusión a la capacidad de ejercicio, pero aun así es una falta de técnica legislativa que se presta a confusión, pues aunque sea cierto que en materia de capacidad el mismo Código Civil no es claro, confundiendo esta última con la personalidad misma, la Ley del Notariado podría intentar salvar este error y no incurrir en las mismas ambigüedades.

SÉPTIMA. Creemos que el mayor error en el que incurrió el legislador al redactar la nueva Ley del Notariado, radica en la escasa, por no decir raquítica, regulación de los procedimientos de Jurisdicción Voluntaria cuando estos sean tramitados ante Notario; lo que contrasta enormemente con la extensa regulación que se dio en materia de trámites sucesorios de tramitación Notarial, pero con el marco actual de la Ley ¿Cómo se pretende que un Notario lleve a cabo un procedimiento de apeo y deslinde? ¿Cuántos instrumentos deben otorgarse y cual debe ser su contenido? ¿Quién debe comparecer a la firma de los instrumentos? ¿Son los solicitantes, o también los terceros que se puedan ver perjudicados con ello?; todas estas preguntas, no pueden ser contestadas a la luz literal de la Ley, y en la práctica cada Notario deberá realizar el trámite de acuerdo a su sano juicio, lo que nos lleva a desvirtuar la actividad notarial al privarla de su finalidad esencial: la seguridad jurídica. Igualmente nos parece un absurdo que el artículo 102 de la Ley prohíba a los Notarios modificar el área de un inmueble para agregarle una superficie que antes no le correspondía de acuerdo a sus antecedentes de propiedad, en este caso dicho artículo, señala que la adición sólo se podrá llevar a cabo en el supuesto de que la misma base en una petición judicial o administrativa; creemos que este artículo limita la actuación notarial, pues en muchos casos el Notario tendrá que remitirse a otra instancia, ya sea judicial o administrativa, para poder llevar a cabo la rectificación en la superficie del inmueble, quedando sin sentido alguno la reforma en los que se refiere al caso concreto.

OCTAVA. No entendemos la razón por la cual el legislador distingue entre la competencia notarial para el conocimiento de un procedimiento testamentario y de uno no testamentario, pues mientras en el primer caso se abre la puerta para su conocimiento con la simple restricción de que todos los herederos sean mayores de edad y no exista conflicto entre ellos, en el segundo se pide además que el autor de la sucesión haya tenido su último domicilio en el Distrito Federal o que la mayoría de sus bienes se encuentren dentro de él, de acuerdo a lo prescrito por los artículos 168 y 169 de la Ley creemos que no existe razón fundada para distinguir entre la competencia para conocer de uno u otro expediente, por que si lo que se quiso evitar en el caso de la intestamentaria es un conflicto de leyes respecto del cual resulte también competente otra instancia, el mismo problema puede existir en la testamentaria, por lo que no existe razón alguna para que reciban un tratamiento distinto.

NOVENA. De acuerdo a la a lectura del artículo 167 de la Ley se infiere por regla general que los Notarios podrán conocer de todas aquellas sucesiones en la que todos los herederos fueren mayores de edad, menores emancipados o personas morales, y que no exista conflicto alguno entre ellos, con la excepción consagrada en el mencionado artículo en relación con la apertura del testamento público cerrado y de los testamentos especiales, que de acuerdo al Código Civil son: privado, militar, marítimo y el hecho en país extranjero, lo que nos llevaría a concluir que el Notario no puede tramitar aquellas sucesiones testamentarias que tengan como documento base un testamento público simplificado y uno ológrafo, sin necesidad de otro requisito previo; independientemente de que entremos en polémica de cual fue la verdadera intención del legislador, no encontramos razón alguna para estas excepciones, dado que en todos los casos la función notarial sería la misma, independientemente del testamento de que se trate, por lo mismo proponemos que la declaración de ser normal el testamento público cerrado y los especiales, se realice ante el mismo Notario que conozca de la sucesión.

DECIMA De acuerdo con el artículo 170 de la Ley, se exige la exhibición ante el Notario del testimonio del testamento para la tramitación de la sucesión, pero si como ya dijimos, de acuerdo a la ley, no existe restricción expresa en cuanto al testamento ológrafo, ¿Ya no puede hacerse constar esta sucesión ante el Notario por el simple hecho de no poder

exhibir un testimonio? creemos que en este caso el legislador no previó correctamente las consecuencias de sus palabras, y que siempre tuvo en mente el testamento publico abierto, y el publico simplificado, pero el testamento ológrafo parece que lo pasó por alto, ya que solo buscó restringirse al Testamento Público Cerrado y los especiales, pero no existe mención alguna sobre la forma de llevar a cabo el procedimiento sucesorio partiendo de un testamento ológrafo, ya que todos los artículos parecen estar dirigidos a los testamentos públicos en sus modalidades de abierto y simplificado.

DECIMA PRIMERA. El legislador pasó por alto completamente la posibilidad de que existan procedimientos voluntarios en materia mercantil, por lo que se propone la revisión de todas aquellas actuaciones que realiza el Juez en dicha materia, sin que las mismas revistan una naturaleza litigiosa, como son el caso del protesto de documentos mercantiles y la celebración de determinados convenios en materia de concursos mercantiles por señalar algunos ejemplos, y los cuales son perfectamente compatibles con la función notarial.

DECIMA SEGUNDA. Creemos que la regulación de la Ley en lo relativo a la Jurisdicción Voluntaria se caracteriza por dos cosas: es vaga e insuficiente; la primera de ellas por que el artículo 166 del Código de Procedimientos Civiles, nos es claro en cuanto a lo que se refiere en las dos primeras fracciones, pues como ya dijimos, parece ser que hace referencia a una posible transacción y a la posibilidad de que el Notario haga constar bajo su fe hechos o situaciones relacionados con un procedimiento judicial, pero no es clara en cuanto a lo que busca; y es insuficiente ya que solo hace una escueta enumeración de algunos casos en los que el Notario podrá actuar, pero nunca nos señala como se deben llevar a cabo los procedimientos en cuestión, salvo en el caso de los procedimientos testamentarios, es por eso que proponemos una reforma legal en el sentido de señalar cuales son los casos de competencia notarial y la manera de redactar los instrumentos.

DECIMO TERCERA. Para terminar y pese a que en el punto anterior se propuso que la Legislación Notarial debe de señalar aquellos casos en que debe intervenir el Notario, creemos que lo que se debe buscar es que los cuerpos legislativos sustantivos mercantiles y civiles sean los encargados de conferir al Notario las facultades necesarias para actuar en

cada caso concreto, por lo que proponemos una revisión por parte del poder Legislativo para quitar del Poder Judicial todas las “facultades extrajudiciales”, y otorgarlas al Notario si cumplen todas las condiciones que hemos señalado, quedando para la Legislación Notarial la obligación simplemente de detallar de manera minuciosa el número y las características de los Instrumentos Notariales requeridos para caso en concreto.

BIBLIOGRAFÍA

BIBLIOGRAFÍA BASICA.

ALSINA Hugo, "Tratado teórico práctico del Derecho procesal civil y comercial", Tomo I, Segunda Edición, Ediar Soc. Anon, Buenos Aires, 1963.

ALLENDE Ignacio, "La Institución Notarial y el Derecho", Ed. De Palma, Buenos aires, 1969.

BIELSA Rafael, "Ciencia de la Administración", Universidad de Buenos Aires Argentina, 1968.

BONO José, "Historia del Derecho Notarial Español", Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España, Madrid, 1974.

BRISEÑO Sierra, Humberto, "Derecho Procesal", Tomo I, Segunda Edición, Oxford, México, 2000.

CHIOVENDA, Guiseppe, "Curso de Derecho Procesal Civil" Tercera Edición, Harla, México, 1994.

CALAMANDREI. "Derecho Procesal Civil", Cuarta Edición, Harla, México, 2001.

CARNELUTTI, Francesco, "Derecho Procesal Civil y Penal" Quinta Edición, Harla, México, 2002.

CARRAL y de Teresa, Luis, "Derecho Notarial y Derecho Registral", Quinceava Edición, Porrúa, México, 1998.

CASTÁN Tobeñas, José, "Función Notarial y Elaboración Notarial del Derecho", Ed. Reus, España, Vol. CXCXII, 1986.

COUTURE, Eduardo J. “Estudios de Derecho Procesal Civil”, Ed. De Palma, Buenos Aires, 1978.

DOMÍNGUEZ Martínez Jorge A., “El Colegio de Notarios del Distrito Federal”, Notario 140, primera

FERNÁNDEZ Casado, Miguel, “Tratado de Notaria”, Tomo I, Tercera Edición, Madrid, 1985.

FERNÁNDEZ Ruiz, Jorge, “Derecho Administrativo” (Servicios Públicos), Quinta Edición, Porrúa, México, 1974.

FRAGA, Gabino, “Derecho Administrativo”, Trigésima cuarta edición, Porrúa, México, 1992.

GONZÁLEZ , Palomino “Instituciones de Derecho Notarial”, , Revista del Notariado número 16, Ed. Reus, Madrid España, 1948.

GIMÉNEZ Arnau, Enrique, “Derecho Notarial”, Segunda Edición, Pamplona España.

GÓMEZ Lara, Cipriano, “Derecho Procesal Civil”, Cuarta Edición, Harla, México, 1990.

HOBBS Thomas, “Leviatán”, Primera reimpresión, Fondo de Cultura Económica, Argentina, 1992.

JUSTINIANO, “Digesto”, Arazandi, Pamplona España, Tomo I, 1968-1975.

LOCKE, John, “Two treatises of Government”, Number two, Hafner publishing Company, New York, 1947.

NAVARRO Azpeitia, Fausto, “Actas de Notoriedad”, Civitas, España, Tomo I, 1972.

OVALLE Favela, José, “Teoría General del Proceso”, Quinta Edición, Oxford, México, 2001.

PÉREZ Fernández del Castillo, Bernardo, “Derecho Notarial”, Séptima Edición, Porrúa, México, 1995.

PÉREZ Fernández del Castillo, Bernardo, “Doctrina Notarial Internacional”, Primera Edición, Porrúa, México, 1999.

ROSSEAU Jacobo, Juan “El Contrato Social”, Tercera reimpresión, Editores Mexicanos Unidos, México, 1992.

RÍOS Hellig, Jorge, “La Práctica del Derecho Notarial”, , Quinta Edición, McGraw-Hill, 1997, México.

RÍOS Hellig, Jorge “Los principios éticos notariales en la ley del Notariado para el Distrito Federal”, Primera edición, Porrúa, México, 2001.

SOHM, Rodolfo, “Instituciones de Derecho Privado Romano”, Traducción de ROCES, Wenceslao, Séptima Edición Alemana por P. Dorado, Madrid España, 1898.

SCHÖENKE, Adolfo, “Derecho Procesal Civil”, Ariel, España, 1965.

ZINNY, Mario Antonio, “El acto notarial (dación de fe)”, Segunda Edición, Ed. De Palma, Buenos Aires, 1990. edición, Porrúa, Colegio de Notariados del Distrito federal, México, 2002.

BIBLIOGRAFÍA COMPLEMENTARIA.

GUASP, Jaime, “Comentario a la Ley de enjuiciamiento civil” Revista de Jurisprudencia número 24, España.

ALCALÁ Zamora y Castillo, Niceto, “Premisas para determinar la índole de la llamada jurisdicción voluntaria” artículo de la Revista de Derecho Procesal”, año VII, número 47.

REDENTI, “Derecho Procesal Civil”, citado por el VIII Congreso internacional del Notario Latino, en el Tema III “El Notario y la jurisdicción Voluntaria”.

CAMPILLO Sánchez, Antonio C. “El Notario y la Jurisdicción Voluntaria”, en el tercer tema del VIII Congreso Internacional del Notariado Latino.

FONT Boix, Vicente, “El Notario y la Jurisdicción Voluntaria”, Ponencia presentada para el III tema del VIII Congreso de la Asociación Internacional del Notariado Latino, Junta de Decanos de los Colegios de Notarios, Madrid, 1965.

VISCO, Antonio, “Procedimientos de jurisdicción voluntaria”, Ponencia presentada para el III tema del VIII Congreso De la Asociación Internacional del Notario Latino, México, 1965.

VISCO, Antonio “Procedimientos de jurisdicción voluntaria” Ponencia presentada para el III tema del VIII Congreso De la Asociación Internacional del Notario Latino, México, 1965.

W. Kisch. “Elementos de Derecho Procesal Civil”, Pág 39, citado por la ponencia titulada “El Notario y la Jurisdicción Voluntaria, del tema III, del VIII Congreso Internacional del Notariado Latino.

GOLDSCHMIDT, James, “Derecho Procesal Civil”, Pág 126. Citado por la ponencia titulada “El notario y la jurisdicción Voluntaria, del tema III, del VIII Congreso Internacional del Notariado Latino.

BORJA Soriano, Manuel “El Notario y la Fe Pública”, estudio publicado en el número 48 de la “Revista de Derecho Notarial Mexicano”.

“El Uso, los Usos Sociales y los Usos Convencionales en el Código Civil Español”, De Diego, Discurso leído en el acto de su recepción en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, Publicado en el número 25 de la “Revista de Derecho Notarial Mexicano”.

CASTÁN Tobeñas, José “Función Notarial y Elaboración Notarial del Derecho”, citado por la ponencia titulada “EL Notario y la Jurisdicción Voluntaria”, del tema III del VIII Congreso Internacional del Notariado Latino.

LEYES Y CODIGOS.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, México, Editorial SISTA, 2002.

Agenda Civil del Distrito Federal, México, Editorial Isef, 2003

Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal complementado con jurisprudencia, México, Editorial Oxford, Vol. 3, 1999.

Ley Orgánica de los Tribunales de Justicia del Fuero Común del Distrito Federal
México, Tercera Edición, Tribunal Superior de Justicia, 2003

DICCIONARIOS Y ENCICLOPEDIAS.

PALLARES Eduardo, “Diccionario de Derecho Procesal Civil”, Décimo Sexta Edición, Porrúa, México, 1984.

PIMENTEL Álvarez, Julio, “Diccionario Latín-Español”, Quinta Edición, Porrúa, México, 2002.

GARCÍA Ramón, “Diccionario Enciclopédico Larousse”, Edición 1997, Larousse, México, 1996.