

EL NOTARIO PÚBLICO FUNCIÓN Y DESARROLLO HISTÓRICO

Lic. José Gerardo Arrache Murguía
abogadoarrache@yahoo.com.mx
Universidad de Guanajuato.
Facultad de Derecho.

I.- LA FUNCIÓN NOTARIAL Y SU NATURALEZA

El Diccionario Jurídico Mexicano del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, define:

"Notariado¹. I (De notario y éste del latín notarius). Institución que comprende todo lo relativo a la notaría y a los notarios. En opinión de Giménez Arnau (Neri, P. 481), definir al notariado importa definir al notario o sea que se le considere como grupo de quienes la desempeñan. Se ha dicho que la naturaleza del notariado se exterioriza en la práctica en el conjunto de facultades que constituyen el ejercicio de la función notarial, la que a su vez, es una prerrogativa del poder público que va encaminada a declarar el derecho mediante una manifestación con la que se da forma al acto jurídico. Es el notariado una institución que surge en forma natural de la organización social, desde las primeras manifestaciones contractuales de la sociedad, y que consiste en términos generales en el sistema organizado de personas investidas de fe pública para autorizar o dar fe de hechos y actos que ante ellos pasan y se otorgan; el notario, pues, es un magistrado, representante del poder público, obligado y capaz de recibir y dar forma a cuanta manifestación jurídica surja de la vida de relación contractual. ... IV. ... b) El notariado de tipo latino, como el de nuestro país, en el que el notario es al mismo

¹ (Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, Editorial Porrúa, decimatercera edición, México, 1999)

tiempo un funcionario dotado de fe pública y un abogado que ilustra a las partes, redacta el documento, lo autoriza, expide copias certificadas y conserva el original. La actuación del notario no tiene más límites que los que marcan las leyes. ..."

En otras latitudes, al hablar del notariado de tipo latino, como el nuestro, citando al Argentino I. Neri señala:

"3o.) Concepto doctrinal ². Como quiera que se opine, y se den explicaciones acerca de si la institución del notariado es de estricto rigor o convencionalmente necesaria, fuerza es reconocer: a) respecto de lo primero, que el Estado dispone todo lo concerniente al interés legal y a la seguridad general; de donde se infiere que el Estado mismo trabaría las garantías contractuales si no adoptase un organismo de tutela y regulación de la autenticidad de los negocios jurídicos; y b) tocante a lo segundo, que la creación de la institución es una consecuencia del reconocimiento mismo de la función fedataria, pues mal podría asegurarse la efectividad, y por consiguiente la legalidad misma de las relaciones contractuales, si el Estado hubiese hecho de lado al órgano funcional, capaz por su versación jurídica y competente por su investidura. Por consiguiente, la creación del organismo público que disciplina la función fedataria ha sido un doble aserto del poder público, pues a la vez que ha logrado disipar la rayana ocasión de subvertir la garantía de los derechos - precisamente por la propia intervención del notario en la contratación jurídica- ha contribuido a consolidar el interés de las múltiples prestaciones patrimoniales. De la cohorte de definiciones de los mejores tratadistas españoles se infiere que en el campo doctrinal el notariado ofrece distintos puntos de vista ... En punto a definiciones son dignas de citarse, por su singularidad: a) en opinión de Fernández Casado, notariado es el 'conjunto de personas adornadas de título para ejercer el arte de la notaría', cuyo concepto refuerza al afirmar, además, que la institución 'comprende todo lo relativo a la notaría y a los notarios', y rebalsa al sostener, por último, que el vocablo

² Tratado Teórico y Práctico de Derecho Notarial, volumen I, parte general, Ediciones Depalma, primera edición, segunda tanda, Buenos Aires, Argentina, 1980

comprende a ‘todos los funcionarios que han tenido y tienen la facultad de autenticar los actos de las autoridades, corporaciones y personas de todas clases en diferentes épocas y bajo diversas formas y denominaciones’; acerca de cuya enunciación preceptiva cabe reparar que, ante lo fundamentalmente separativo del notariado del resto de otras instituciones similares que acuerdan a sus funcionarios potestades notariales, no cuadra arraigar en su esfera de acción los actos que son propios de autoridades y corporaciones; b) como dijo Sancho Tello, ‘lo esencial, lo característico del notariado es hoy, según la ley y la ciencia, el cargo público de autorizar y dar fe de los actos que ante sus funcionarios pasan o se otorgan’; cuyo precepto es dudoso, por cuanto ni el notariado importa un cargo público ni tampoco el notario es el único funcionario que autoriza y da fe; en tanto el notariado es cabalmente una institución sui generis, el notario no sólo se concreta a legitimar los actos que ante él pasan, sino que, como *judex instrumenti*, es agente activo de los otorgantes, y por lo mismo que actúa promiscuamente en la contratación recibe y redacta según las leyes los actos y contratos que se le recaban; c) atento al sostenido de Lavandera, el notariado es ‘la magistratura de la jurisdicción voluntaria que con autoridad y función de justicia aplica la ley al acto jurídico que se celebra en esa esfera con la conformidad de las partes; declarando los derechos y obligaciones de cada uno, lo aprueba, legaliza y sanciona con validez, autenticidad y ejecución; autoriza y dirige su cumplimiento con el proceso documental’; cuyo enunciado eleva al notariado al rango de magistratura voluntaria, con autoridad funcional capaz de legitimar, a través del proceso documental, las relaciones jurídico-contractuales que ejecutan o convienen los otorgantes, lo cual importa: 1) colocar a la institución en un órgano superior de cosas, toda vez que se la reviste de una jerarquía propia; y 2) reconocer al notario como digno de ejercer el oficio cual si fuera un magistrado, por lo mismo que actúa como funcionario de justicia legalizador de los derechos y obligaciones de las partes que a él acuden voluntariamente; concepto, por lo demás, puramente retórico que sólo embellece la expresión y deleita al profesional, pues no hay legislación, al menos dentro del notariado tipo latino, que asigne a la institución

el orden o calidad de magistratura y estime al notario magistrado de paz; d) considerando el parecer de Bellver Cano, según el cual 'la naturaleza del notariado se exterioriza prácticamente en el conjunto de facultades que constituyen el ejercicio de la función notarial', y 'la función notarial es una prerrogativa del Estado que va encaminada a declarar el derecho, y lo exterioriza en la manifestación con que da forma al acto jurídico', y, por todo ello 'la función notarial es una función pública que corresponde presidir y representar al Estado', se llega al convencimiento de que el notariado es un instituto fundadamente natural y social, y eminentemente público y de forzosa y formal necesidad jurídica, que por su valer jurídico pertenece al poder legitimador del Estado y se desenvuelve como un organismo de jurisdicción propia; de cuyos conceptos, bien forjados y elevadamente filosóficos, cabe inferir: 1) que el notario es un magistrado representante del poder público, obligado y capaz de recibir y dar forma a cuanta manifestación jurídica surja de la vida de relación contractual; y 2) que el notariado implica una función docente; empero, en derredor de todo esto se presenta un notariado como 'debiera ser', un notariado sentido por virtud de nuevas ideas, y no un notariado como 'es', pues se puede asegurar, sin temor de equivocarse, que las legislaciones, pese a su contribución por un mejoramiento del notariado, aún no han modelado un estatuto orgánico notarial que revista la cualidad apuntada, ni tampoco han admitido que la función notarial importe una magistratura, por lo que este tipo de función y de notariado sólo tienen asidero en la doctrina; e) a estar a lo dicho por Giménez Arnau, definir al notariado importa definir al notario, sea que se estime al notariado como función o sea que se le considere como el grupo de quienes la desempeñan, o lo que es igual, admitido lo que es el notario resulta obvio el concepto acerca del notariado, y viceversa; con esta afirmativa y la contemporización de algunos conceptos doctrinales, sella la conclusión de determinadas consideraciones en torno a la institución, a la función en sí, y al ejercicio de la misión del notario, las cuales -a su juicio- bastan para adquirir un exacto concepto, y así, singularizar una definición; f) teniendo en cuenta lo expresado por Sanahuja y Soler, la institución del notariado es

una realidad creada por la tradición con características tales que no permiten incluirla dentro de las concepciones corrientes que elabora la ciencia jurídica; por ejemplo, el empeño de darle asidero a los principios que rigen el derecho judicial o el administrativo fue la base de una idea equívoca que apuntó al notario como 'un auxiliar' de la administración de justicia, o de la administración pública, ceñido, por lo demás, a un régimen de medidas y restricciones propias de una organización burocrática; de ahí, entonces, que a su entender una institución como la notarial, de tan honda raigambre, no debe entrar en choque con conceptos y principios que, aunque válidos, no se adapten a la realidad, pues de su propio seno fluyen una serie de conceptos que no sólo dictaminan acerca de su índole sino que acusan normas de su perfeccionamiento. ..."

De las transcripciones hasta aquí realizadas se desprende, en principio, que los notarios son personas investidas por el Estado de fe pública para autenticar hechos y actos que ante ellos pasan y se otorgan.

De ese concepto surge la interrogante de si los notarios son o no funcionarios públicos.

Al respecto, la doctrina señala las siguientes teorías:

Froylán Bañuelos Sánchez, en su obra *Derecho Notarial. Interpretación, Teoría, Práctica y Jurisprudencia*, refiere:

"... ³Pero el notario no sólo es un funcionario público y un profesor de derecho cuando dentro de la esfera de su misión actúa en la vida normal del derecho y lo aplica a las relaciones jurídicas propias de todo negocio jurídico. Es todavía más: Es un delegado especial del poder público revestido de autoridad, para imponerse y ser respetado erga omnes en el ejercicio de sus funciones. Siempre su augusta función se consideró ligada a la autoridad del poder público del cual, aquel funcionario, fue un delegado especial en armonía con la especialidad de su

³ Cárdenas Editor y Distribuidor, cuarta edición, México, B.C., 1990

ministerio. Siempre obró dentro de la sociedad, socializando, y permítasenos la frase, su actuación y dando al derecho una plasticidad sumamente democrática. Siempre ha intervenido para dar al derecho una misión augusta de paz y armonía social. Siempre ha procurado que las relaciones contractuales, hayan sido fiel reflejo de la voluntad individual y exacta convivencia en las normas del derecho escrito. Bien dijo a tiempo Predinelli: 'a los notarios les tuvieron en gran estima todas las naciones del mundo, siendo tan antigua su función que bien puede decirse que ha nacido con el gobierno político de la sociedad civil'. Por estas consideraciones y otras muchas que no exponemos, podemos definir al notario diciendo: 'que es el funcionario público, que jerárquicamente organizado y obrando por delegación del poder del Estado, y por lo mismo revestido de plena autoridad en el ejercicio de su función, autentica las relaciones jurídicas normalmente creadas por la libre voluntad de las personas jurídicas, dándoles carácter de verdad, certeza y permanencia, previo el estudio, explicación y aplicación del derecho positivo, a cada uno de los actos jurídicos de carácter normal en los cuales interviene'; o en términos más breves: 'Es el funcionario público, que por delegación del poder del Estado y con plena autoridad en sus funciones, aplica científicamente el derecho en su estado normal cuando a ello es requerido por las personas jurídicas'. (Elementos de Derecho Notarial. Tomo II, volumen II, introducción y parte general [continuación] p. 37 a 39). Asimismo, Enrique Giménez-Arnau ..." (ya fue citado en la página 52 de esta sentencia). "Por esta razón, si tomamos algunas definiciones del notariado, vemos que refieren el concepto al del notario. Así, Ruiz Gómez ... dice que 'Notariado es el cuerpo facultativo que forman los notarios de toda la nación'. Fernández Casado ..." (ya fue citado en la página 49 de esta sentencia). "En idéntico sentido, la mayoría de los autores modernos (Azpeitia, Pou, López Palop, Velasco), al definir al notariado, evitan hacer referencia al contenido de la función. Otros autores, en cambio, duplican la definición, pues estudian el notariado agrupación de funcionarios y el notariado función. Así, Gonzalo de las Casas, por ejemplo, en su diccionario, llama notariado a la reunión de todos los escribanos o notarios; y en su tratado dice del notariado

que es 'Institución en que el poder de la sociedad deposita la confianza pública, para garantía de verdad, seguridad y perpetuidad de los contratos y actos de los ciudadanos'. Finalmente, un tercer grupo de autores (Lavandera, Zarzoso y Mengual) provocan y resuelven doctrinalmente el problema del alcance y límites de la función notarial al definir el notariado. En el pensamiento de cualquiera de los autores que hemos citado (sin agotar la enumeración) palpita el mismo propósito de crear una corriente que lleve a lo que nosotros llamamos 'integración total de la función'. Dejando a salvo matices sin trascendencia, puede servir de ejemplo esta palabra de Lavandera: ..." (ya fue citado en la página 50 de esta sentencia). "Conformes con el propósito que anima estas palabras, creemos oportuno hacer algunas salvedades, para evitar la confusión entre los conceptos notario y magistrado, a nuestro entender, totalmente distintos. Si el notario aplica la ley, también lo hace el funcionario de correos que recibe un certificado; no es cierto que el notario declare derechos y obligaciones, porque éstas nacen de la voluntad de las partes y aunque la forma notarial fuera (como nosotros apeteceríamos) forma normal ad substantiam, los derechos no nacen sólo de la forma notarial, que es un momento -siquiera el último- de su producción. Tampoco es cierto que el notario apruebe el acto jurídico; se limita a declarar su conformidad con el derecho objetivo. Lo verdaderamente cierto es que el notario lo sanciona (solemniza, diríamos mejor), autentifica y le da carácter ejecutivo. En esto último se asemeja a la sentencia, pero no es tanto por ser sentencia, sino por razón de certeza y autenticidad. El citado autor, después de fincar algunas bases para definir el problema que nos ocupa, llega a lo siguiente: 'El notario es un profesional del derecho que ejerce una función pública para robustecer, con una presunción de verdad, los actos en que interviene, para colaborar en la formación correcta del negocio jurídico y para solemnizar y dar forma legal a los negocios jurídicos privados, y de cuya competencia sólo por razones históricas están sustraídos los actos de la llamada jurisdicción voluntaria. Y la conclusión a) del apartado B) del I Congreso Internacional del Notariado Latino celebrado en Buenos Aires en 1948, en una fórmula similar, decía que 'el notario latino es el

profesional del derecho, encargado de una función pública consistente en recibir, interpretar y dar forma legal a la voluntad de las partes, redactando los instrumentos adecuados a ese fin y confiriéndoles autenticidad; conservar los originales de éstos y expedir copias que den fe de su contenido. En su función está comprendida la autenticación de hechos'. En esta fórmula creemos quedan perfectamente precisados los caracteres del funcionario y el alcance de la función ... Del concepto de notario que formuló el Congreso Internacional de Buenos Aires de 1948, en la forma anotada arriba, es muy similar a la propuesta por nosotros, deduce Cámara en *El Notariado Latino*, Vol. LXXXVI p. 75-76, que los cometidos o tarea del notario son: a) Tarea de creación o elaboración jurídica; recibir, interpretar y dar forma legal a la voluntad de las partes. b) Tarea de redacción: redactando los instrumentos adecuados a tal fin. c) Tarea de autorización y autenticación: confiriendo autenticidad a los documentos. d) Tarea de conservación: o custodia de los originales de los instrumentos. e) Tarea de reproducción: expedir copias que den fe del contenido de los documentos. Estas cinco tareas -añade- corresponden a otras tantas potestades del notario, empleada la expresión 'potestad', no en el sentido de facultad, sino como sinónimo de poder-función: un poder que a tales fines le confiere la soberanía del Estado (*Derecho Notarial*. Ediciones Universidad de Navarra, S.A. Pamplona. 1976. pág. 47 y sigs.). ... También debemos afirmar que el notario es un funcionario público en el desempeño de una función pública encomendada por la ley, se requieran determinadas condiciones o requisitos de competencia profesional, de probidad personal y la autorización correspondiente del Estado, pero no quiere decir que sea funcionario público en el sentido del derecho administrativo, en cuanto no es parte de los poderes del Estado ni dependa directamente de ellos, ni perciba sueldos, ni que esté sujeto a los derechos y a los deberes de los funcionarios oficiales, por lo que, no se le puede negar desde el punto de vista de la responsabilidad emergente de sus funciones, que tiene el carácter público, según lo expresan los artículos 7o., 10 y 13, fracción II de la Ley del Notariado en vigor."

Por su parte, Bernardo Pérez Fernández del Castillo, apunta ⁴:

"¿Es el notario un funcionario público? "Entre los notarialistas ha sido ampliamente debatido si el notario es o no funcionario público. Las teorías sobre la naturaleza jurídica de la actuación notarial, unas afirman que es un funcionario público, otras lo consideran un profesionista liberal, y las eclécticas o mixtas, sostienen que es una función pública desarrollada por un profesionista liberal. Históricamente fue la Ley del Ventoso XI de 1803, la que por primera vez estableció que el notario es un funcionario público ... Sin embargo, la Ley del Notariado francesa de 1943, rectifica su postura y lo denomina 'oficial público'. En México fue la ley de 1901 la que calificó al notario como funcionario público. Las posteriores de 1932, 1945, y en el texto original de la de 1980 siguieron este escrito. Por reformas publicadas en el Diario Oficial de la Federación el 13 de enero de 1986, se estableció que el notario es un 'profesional del derecho'. Por mi parte me limitaré a hacer un estudio exegético de la legislación mexicana para concluir que el notario no es un funcionario público por no estar enquistado dentro de la organización de la administración pública, no recibir salario, no existir 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 gracioso, sino por examen de oposición, y su cargo normalmente es vitalicio."

Por su parte, Jorge Ríos Hellig en su obra: "La Práctica del Derecho Notarial, opina ⁵:

"Delegado del Estado de la función notarial. El artículo primero de la Ley del Notariado para el Distrito Federal (LNDF) establece: 'La función notarial es de orden público ...'. Para complementar el artículo primero de la Ley del Notariado: '... En

⁴ Pérez Fernández del Castillo Bernardo, Derecho Notarial, Editorial Porrúa, séptima edición, México, 1995

⁵ Ríos Hellig Jorge, "La Práctica del Derecho Notarial", Ed. Mc Graw Hill, cuarta edición, México, 2000)

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.'. Como crítica a dicho artículo, la función fedante no la ejerce uno de los poderes del Estado (Ejecutivo), sino el Estado mismo. Las Legislaturas Locales dentro de las leyes notariales más recientes atacan este ejemplo doctrinal y reconocen esta función como del Estado en sí (como la legislación del Estado de Morelos). El artículo décimo de la ley anteriormente señalada le daba el carácter de funcionario al notario, pero se creaba incertidumbre en cuanto a la determinación de su naturaleza jurídica, y también se provocaba controversia, que terminó por medio de la reforma que sufrió la Ley del Notariado, y que se publicó en el Diario Oficial de la Federación el 13 de enero de 1986, donde sí dice de manera enfática que el notario es un particular (licenciado en derecho). Esto se confirmó con la reforma al mismo artículo, que se publicó en el Diario Oficial de la Federación el 6 de enero de 1994. El texto final es el siguiente: '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 certificados a los interesados conforme lo establezcan las leyes. La formulación de los instrumentos se hará a petición de parte.'. Es posible concluir que el notario es un delegado del Estado en la función fedante, la cual originalmente le pertenece. Ésta se le encomienda."

En este mismo sentido, César Eduardo Agraz en el libro "El Derecho Notarial en Jalisco", señala ⁶:

"Consecuentemente, si no se encuadra en forma exacta la figura y no obstante la opinión de Fernández del Castillo de hablar de un funcionario público sui generis, creo que bien podríamos formular también una tesis, en el sentido de que el notario público es

⁶ Agraz César Eduardo (El Derecho Notarial en Jalisco, Editorial Porrúa, México, 1996)

‘un delegado o delegatario de la fe pública del Estado’ para hacer constar los actos e intervenir en las circunstancias en que a rogación, es decir, a petición de parte interesada, de acuerdo con la ley o de acuerdo con los particulares se lleva a cabo la autenticación por su parte sin perjuicio de expedir las constancias respectivas, es decir, en resumen es un delegatario de la fe pública del Estado, pero delegatario que no implica precisamente el configurarlo como ‘funcionario público’.”

Conforme a lo relatado, es evidente que no existe uniformidad en el campo doctrinal respecto de si debe considerarse o no al notario como funcionario público, o bien, si es sólo un "delegado" de la fe pública del Estado; sin embargo, de manera genérica, tomando en cuenta la actual redacción del artículo primero de la Ley del Notariado del Estado de Jalisco, puede válidamente sostenerse que, al menos en esa entidad federativa, el notario público es una persona que con sujeción a normas jurídicas realiza, de manera autónoma, una función pública que originalmente corresponde al Estado y que se traduce, fundamentalmente, en autenticar hechos o actos jurídicos con fuerza de fe pública.

Esta facultad relativa ala Fe Pública, la propia doctrina señala que consiste en:

Para Froylán Bañuelos Sánchez, en la obra ya citada, refiere ⁷:

"Fe pública es la garantía que da el Estado de que determinados hechos que interesan al derecho son ciertos ... Mediante la fe pública se impone coactivamente a todos la certidumbre de los hechos objeto de la misma. Ello se consigue dotando a los documentos donde constan de determinados requisitos que aseguren su autenticidad y que vienen a constituir como sello de la autoridad pública. Así, el contraste realizado por el Estado asegura para siempre, con exclusión de ulterior comprobación, con la misma eficacia que el cuño a la moneda, la veracidad de los hechos que se sujetan a la fe pública en cualquiera de sus manifestaciones. El resultado práctico más señalado de la fe pública en este sentido consiste en facilitar el comercio jurídico. La fe pública en su histórico y lógico desenvolvimiento, no sólo constituye

⁷ Bañuelos Sánchez Froylán. Op. Cit. 147

una garantía de certeza de los hechos, sino que también de su valor legal. Al llegar a este estudio se ofrece como una institución de carácter adjetivo mediante la cual se asegura la regularidad en el proceso de producción y aplicación del derecho."

De igual cuenta, Bernardo Pérez Fernández del Castillo, en la obra ya precitada dice ⁸:

"La fe pública se presta en nombre del Estado. ... Los anteriores argumentos legislativos proporcionan seguridad jurídica, uno de los fines primordiales del Estado. Rafael Preciado Hernández, en sus Lecciones de Filosofía del Derecho, dice: 'Por seguridad jurídica se ha entendido también el conocimiento que tienen las personas respecto de aquello que pueda hacer, exigir, o que están obligadas a evitar o no impedir; esto es, el conocimiento que tienen de las libertades, derechos y obligaciones que les garantiza o impone el derecho positivo. De ahí que se diga que la seguridad jurídica es un saber a qué atenerse, la conciencia de lo que puede hacer y de la protección que puede esperar una persona, de acuerdo con el ordenamiento jurídico vigente al cual está sometida; ordenamiento que asegura su observancia mediante la policía, los tribunales, los procedimientos judiciales y administrativos, los servicios públicos, las autoridades y en general, a través de la organización complejísima de un gobierno y de la fuerza pública. Quienes entienden por seguridad el saber a qué atenerse, el conocimiento del derecho positivo y de su eficacia, confunden indudablemente la seguridad con la certeza jurídica'. Así, el notario coadyuva en la realización de estos fines, con la redacción y autorización de los instrumentos públicos. ... La fuerza probatoria que otorga el Estado al instrumento notarial, es actualmente circunstancial, fortalece al instrumento dándole las características de prueba documental pública indubitable, mientras no se pruebe judicialmente lo contrario ... En nuestra época, la función del notario de tipo latino, consiste en escuchar, interpretar y aconsejar a las partes; preparar, redactar, certificar, autorizar y reproducir el instrumento notarial, para finalmente inscribirlo en el Registro Público de la Propiedad. El notario al

⁸ Pérez Fernández del Castillo Bernardo Op. Cit. 87

llevar a cabo este proceso en la elaboración de un instrumento notarial, le da certeza jurídica a sus clientes, cumpliendo con uno de los fines del Estado que es la seguridad jurídica."

En otro punto de vista al respecto, César Eduardo Agraz, en el libro ya mencionado, sostiene ⁹:

"La fe pública notarial. En párrafos anteriores comentaba que en mi opinión el notario al no ser un servidor o funcionario público institucional encuadrado en la administración pública, y por los diferentes argumentos ahí vertidos, era un delegado o delegatario del Estado de la fe pública, consecuentemente el notario público tiene como atributo inseparable y fundamental de su calidad fedataria, la de tener la fe pública en sus actuaciones, es decir, dar fe conforme a su propia función de lo que ve, de lo que oye y perciben sus sentidos, el notario no puede deducir, tiene que dar fe de lo que está a la vista, de lo que le consta en forma directa, no puede emitir juicios de valor o calificar, de ahí que siendo un atributo del notario la fe pública, se impone definir técnica o doctrinalmente qué es la fe pública. Para no entrar en diferentes teorías o definiciones, conceptualizaciones que han dado diferentes autores, diferentes tratadistas sobre esta idea específica de fe pública."

Resulta claro, que hasta lo aquí expuesto, la naturaleza de la Fe Pública, parece perfectamente delimitada, por la opinión del prestigiado tratadista español – Citado por Agraz - Enrique Jiménez Arnau ... en lo conducente indica:

"Jurídicamente la fe pública supone la existencia de una verdad oficial, cuya creencia se impone en el sentido de que no se llega a ella por un proceso espontáneo cuya resolución queda a nuestro 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

⁹ Agraz César Eduardo Op. Cit. 35

objetiva verdad cada uno de los que formamos el ente social'. Y sigue diciendo: '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'. Desde luego, otra será la situación o el enfoque jurídico al existir la posibilidad de que la fe pública cuya presunción se contiene en una actuación notarial puede tener un valor probatorio en algunos casos, pleno en algunos, semipleno por referirse a su vez a declaraciones o versiones que no le constan al notario y que constan en el instrumento verbigracia las declaraciones que puedan recibirse dentro de los procesos electorales a petición de los partidos políticos de los funcionarios de casillas o de los ciudadanos, y que también en un momento dado los instrumentos notariales pueden ser objeto de impugnación por falsedad parcial o total ante los tribunales competentes para privarlos precisamente de la presunción jurídica plena que por principio tiene validez universal."

II.- HISTORIA DE LA INSTITUCIÓN NOTARIAL.

II.1.- EL NOTARIADO EN LA ANTIGÜEDAD

El notariado en sus inicios no se consideraba como figura jurídica, de tal modo que ni siquiera contaba con fe pública; ésta la adquirió a través del tiempo y por meras necesidades. Quienes ejercían esta función eran consideradas como personas que eran capaces de leer y escribir y que auxiliaban al rey o a algún funcionario de un pueblo para redactar textos.

Los notarios en la antigüedad no eran conocidos con ese nombre, sino por el de escribas. La función del notario tuvo gran relevancia principalmente en dos pueblos, el hebreo y el egipcio; que era en donde se les conocía con el nombre de escribas.

Por lo general, los reyes y funcionarios públicos del pueblo hebreo no sabían leer y escribir, es por esta razón que se auxiliaban de los escribas para realizar sus funciones.

Esta función fue colocándose paulatinamente dentro de las funciones de la administración pública de ese pueblo, lo cual es el antecedente más remoto de las funciones notariales que conocemos actualmente.

En el pueblo hebreo se conocieron varias clases de escribas, de los que suele afirmarse que ejercían fe pública, sin embargo, no la ejercían de propia autoridad, sino que esta dependía de la persona de quien el escriba dependía. Tal parece que la razón principal por la cual eran requeridos sus servicios era por sus simples conocimientos caligráficos, y no tanto por su sapiencia o necesidad de establecer una formalidad jurídica, por tal razón, no se considera al escriba hebreo como un verdadero notario.

En estricto sentido, lo que daba eficacia a los actos era el testimonio que realizaban los escribas.

Lo anterior nos hace ver que las funciones fundamentales del escriba y el notario actual tienen gran parecido, ya que ambos redactan actos jurídicos y les dan la notoriedad oficial que la organización en que viven les permite. En el caso del pueblo egipcio, la función del escriba era similar a la del pueblo hebreo; sin embargo el escriba egipcio además de saber leer y escribir se le denominaba al consejero del Faraón, al sacerdote, al magistrado, al funcionario y al doctor.

Cabe mencionar que entre los egipcios prevaleció el registrador sobre el escriba, en cambio con los hebreos, este último fue el que se impuso sobre el primero. Con relación a los sacerdotes, los escribas tenían un carácter semejante al del notario profesional, el cual se encargaba de redactar correctamente los contratos; pero estos se auxiliaban a su vez del magistrado, el cual autentificaba los actos que realizaba el escriba sacerdote, lo hacía a través de la imposición del sello del magistrado, en virtud de lo cual el documento que era hasta entonces privado, se le daba el carácter de público. Debido a que el papiro egipcio es lo más parecido a nuestro papel; más aún que el ladrillo babilónico o la tabla encerada romana, se considera como el antecedente más antiguo de la forma de nuestros documentos.

El escriba egipcio fue fundamentalmente un funcionario burocrático indispensable en la organización en que la administración se apoyaba en los textos escritos.

II.2.- Grecia

En Grecia la función notarial predominó sobre la registradora, a diferencia de lo que sucedía en Roma. En Grecia los notarios asumieron directamente la función registradora, tanto para los contratos celebrados entre particulares, como para las convenciones internacionales. En este pueblo existieron oficiales públicos encargados de redactar los documentos de los ciudadanos, estos oficiales públicos eran los notarios, los cuales tenían diferentes denominaciones, las cuales eran: Apógraphos o Singraphos, a veces eran llamados Mnemones o Promnemones, todos estos nombres eran alusivos a la función escrituraria o a la recordación y constancia de los hechos que la requerían.

II.3.- ROMA

Cabe mencionar que el pueblo romano en la antigüedad tuvo un gran desarrollo en lo que a derecho se refiere, a tal grado, que creó su propio sistema jurídico, en el cual se basa nuestro derecho actual. Tan es así, que los romanos tuvieron en su conocimiento conceptos como el de justicia expresado por Ulpiano, que para la materia que estamos estudiando es de vital importancia, ya que el derecho notarial debe en todo momento dar a cada quien lo que le corresponde por derecho.

Las funciones notariales en su origen romano carecían de la facultad de autenticación, al amparo del poder del imperio que se confiere al Pretor. A lo largo de la existencia del Derecho Romano hubo una multitud de personas a quienes de modo parcial estuvo encomendada la función notarial.

II.4.- ÉPOCA MEDIEVAL

A la caída del Imperio Romano de Occidente, los pueblos bárbaros que la provocaron, no representaron ningún progreso ni aportaron ideas en el aspecto jurídico, por el contrario, no hay nada que establezca que entre la caída del Imperio Romano y los pueblos bárbaros se hubiera

dado un progreso en este aspecto, y por consiguiente con relación a la materia notarial.

Al darse la invasión de los bárbaros al Imperio Romano se logró la caída del mismo, y las instituciones jurídicas que funcionaban en Roma y que estaban en pleno desarrollo, fueron también invadidas por aquellas ideas que correspondían a un periodo incipiente de otra nueva civilización que eran los bárbaros.

En esta época no hay certidumbre sobre la historia del Notariado, pero se sabe que en la mayoría de los países europeos se produce un ambiente social encaminado a que los escribanos refuercen su papel en cuanto a la confianza que se les otorgaba. La carta notarial, así como las facultades del notario se van desarrollando paulatinamente a través de la historia; de otro modo no sería posible explicar que en el siglo XIII aparezca como representante de la fe pública y su intervención dé autenticidad a los documentos. Existiendo un solo vestigio en el periodo del medioevo, el cual era el Rex Scriptor, al cual se le encomendaba la relación de asuntos, así como la encomienda de relatoría en cuanto a los límites del feudo, relaciones vecinales de habitantes, y el cumplimiento a los acuerdos reales.

II.5.- ESPAÑA

Diversos historiadores comentan que se distinguen seis periodos en España en donde se da el nacimiento y la evolución del notariado. Según Otero y Valentín el Primer periodo comprende desde la independencia de Roma hasta el siglo XIII. Se le atribuye a Casiodoro, quien era senador del rey godo Teodorico, una distinción entre las funciones de los jueces y las de los notarios; estableció que los jueces solamente fallaban en las contiendas, es decir, eran quienes decidían a quién le correspondía el derecho; en tanto que los notarios tenían por objeto prevenir dichas contiendas.

II.5.- MÉXICO

México es un país en donde se requiere la actividad del notario en un gran número de actos y hechos jurídicos; es por esto necesario contar con notarios que desempeñen su labor con eficiencia y que posean una gran cultura jurídica. Nos parece que entre las mejores legislaciones de

Latinoamérica se encuentra la ley del notariado para el Distrito Federal, ya que plantea de manera clara y concisa las facultades y obligaciones del notario, así como los requisitos para ser notario.

Su origen se sustenta en la tradición Romano Germánica, la cual fue adoptada por el sistema jurídico español, que a su vez tomó a través de la tradición latina, la necesidad de fedetarios dotados de fe pública, para dar certeza de los actos y hechos jurídicos. En la época prehispánica existen algunos antecedentes como lo son el Tlapécatl Azteca, o el Kun Ämm Maya, sin embargo dichos fedetarios eran servidores imperiales, los cuales tenían la función de recaudación y de censo poblacional, puesto que los actos jurídicos eran de tradición oral. Siendo en la época colonial, el momento en que se habla propiamente del Notario Público, como se verá a continuación.

II.5.1.- ÉPOCA PRECORTESIANA

En 1492 la América descubierta por Cristóbal Colón estaba compuesta por diversos pueblos cuyos conocimientos astronómicos, agrícolas, comerciales, arquitectónicos, entre otras habilidades les permitió desarrollarse culturalmente unos más que a otros.

La escritura que utilizaban era ideográfica debido a que no contaban con un alfabeto fonético, de este modo hicieron constar varios acontecimientos, tales como simples noticias, el pago de tributos y las operaciones contractuales. Entre los pueblos que conformaban la región de la República Mexicana estaban los aztecas, toltecas, mixtecos-zapotecas, otomíes y mayas

El pueblo azteca se caracterizó por ser uno de los más conquistadores y por imponer su sistema de vida a los demás pueblos que eran sometidos por él. Se sabe que este pueblo se asentó en Tenochtitlán, antes de la conquista española.

En esa época no existía la figura del notario o del escribano como lo hemos estudiado con anterioridad en la presente tesis. Existía un funcionario que se le compara con el escriba egipcio, se llamaba Tlacuilo.

El maestro Bernardo Pérez Fernández del Castillo nos explica la función del Tlacuilo, que era la de redactar y relacionar hechos así como asesorar a las partes contratantes cuando se necesitaba realizar una operación, pero no tenían el carácter de notarios formal y materialmente constituido como tal.

II.5.2.- ÉPOCA DE LA CONQUISTA

Durante la época de la Nueva España el conquistador español Hernán Cortés encontrándose ya en tierras americanas, solicitó en Santo Domingo una escribanía del Rey con resultados desfavorables, sin embargo más tarde se le otorgó la Escribanía del Ayuntamiento de Asúa, donde practicó las cuestiones del Notariado que tanto le atraían, durante un periodo de cinco años. Más tarde en 1512 Cortés obtuvo una escribanía durante el gobierno de Diego Velázquez en recompensa a su valor en el campo de batalla, durante el sometimiento de Cuba e islas caribeñas.

Hernando de Cortés estaba consciente del papel que le correspondía desempeñar a los escribanos, ya que estaba familiarizado con las leyes que aplicaban estos, por esta razón el conquistador se hizo acompañar por un escribano en todas sus hazañas y empresas guerreras.

De hecho, Bernal del Castillo en su libro: "Historia Verdadera de la Conquista de la Nueva España", comenta que cuando Cortés llegó a Tabasco por la desembocadura del Río Grijalva le pidió a Diego de Godoy escribano del Rey que lo acompañara, y que requiriese de paz a los aborígenes, quienes rechazaron el requerimiento, con lo cual provocaron ser dispersos por sus enemigos. Fue entonces cuando Cortés toma posesión de la tierra de Tabasco ante el mencionado escribano Diego de Godoy; de igual cuenta en dicha obra se reseña formalmente el Primer Acto Notarial en suelo Mexicano y que lo es la Fundación del Ayuntamiento de la Villa Rica de la Vera Cruz, acto que fue asentado notarialmente¹⁰.

Durante la conquista, los escribanos dejaron constancia escrita de la

¹⁰Díaz del Castillo Bernal "Historia Verdadera de la Conquista de la Nueva España" Ed. Porrúa México 1985.

fundación de ciudades, de la creación de ciudades, entre otros acontecimientos de relevancia para la historia de esa época.

Cabe mencionar que entre los integrantes de la expedición realizada por Colón, se encontraba Rodrigo de Escobedo, escribano del consulado del mar, quien se encargaba de llevar un diario de la expedición, registrando el tráfico de las mercancías, hechos sobresalientes y la actividad de la tripulación.

II.5.3.- ÉPOCA DE MÉXICO INDEPENDIENTE

La independencia de la Nueva España, dio inicio la noche del quince de septiembre de mil ochocientos diez por Don Miguel Hidalgo y Costilla, y se consumó el veintisiete de septiembre de mil ochocientos veintiuno por Don Agustín de Iturbide. En el Inter revolucionario americano, en mil ochocientos doce, entró en vigor la Constitución de Cádiz en España.

En esa guisa prudente resulta acotar lo sucedido en dichas fechas en España, puesto que nos e había consumado la guerra de independencia mexicana, por lo que el nueve de octubre de mil ochocientos doce, las Cortes Españolas expidieron un decreto sobre Arreglo de Tribunales y sus Atribuciones concediendo en sus artículos 13 y 23 a las audiencias, el conocimiento de todo lo relativo a la materia de escribanos.

La legislación positiva española, las leyes de Indias, decretos, Provisiones, Reales Cédulas y demás que fueron dados durante la colonia continuaron aplicándose en México después de la consumación de la independencia, tal y como lo dispuso el Reglamento Provisional Político del primer Imperio Mexicano de diez de enero de mil ochocientos veintidós. Con el transcurso de los años, se fueron dictando nuevas leyes y decretos que paulatinamente fueron separando el derecho español del mexicano.

Abolida la Monarquía Imperial Iturbidista, durante la vigencia de la Constitución de mil ochocientos veinticuatro se dictaron algunas disposiciones relativas a los escribanos, entre las cuales figuran la Providencia emitida el trece de noviembre de mi ochocientos veintiocho

de la Secretaría de Justicia que comunicaba a Hacienda que se *"dé noticia de los oficios de escribanos vendibles y renunciables con todos los pormenores que en la misma se expresan"*.

También la Circular de la Secretaría de Justicia de primero de agosto de mil ochocientos treinta y uno, concerniente a los requisitos para obtener el título de escribano en el Distrito Federal y Territorios. Entre los requisitos se encontraban los siguientes:

- Tener un fondo de instrucción práctica,
- Asegurar y guardar los secretos y los derechos e intereses más importantes de los ciudadanos, y;
- Las funciones más serias y augustas de los magistrados encargados de la administración y orden público.

II.5.4.- LEGISLACIONES ANTES DEL SIGLO XX

II.5.4.1.- LA LEY DE 1853.

El dieciséis de diciembre de mil ochocientos cincuenta y tres, es expedida por Antonio López de Santana la "Ley para el arreglo de la Administración de Justicia de los Tribunales y Juzgados del Fuero Común", la que debía ser acatada en todo el territorio nacional.

En su artículo 8º estatuyó una nueva función para los escribanos, la cual constituyó la primera organización nacional del notariado, la cual básicamente orientaba el ejercicio de escribanos a los relacionados con los actos jurídicos así como es la primera vez que se tasa, procesalmente el alcance y contenido de los instrumentos emitidos por los fedatarios.

II.5.4.2.- LEY ORGÁNICA DEL NOTARIADO Y DEL OFICIO DE ESCRIBANO DE 30 DE DICIEMBRE DE MIL OCHOCIENTOS SESENTA Y CINCO. (DE ESCRIBANOS A NOTARIOS)

Fue el Emperador Maximiliano de Habsburgo quien promulgó esta ley con aplicación en todo el territorio nacional, la cual hace distinción entre notario y escribano, dicha distinción parte del sistema europeo basado en las reformas napoleónicas hechas por Bonaparte en Francia, durante su gobierno.

Según comenta el Maestro Bañuelos Sánchez ¹¹, constaba de dos secciones:

La sección Primera del notariado, subdividida en seis capítulos. El primer Capítulo hablaba del oficio del notariado; el II de las cualidades y requisitos para ejercer el oficio de notario, el tercer capítulo trataba sobre las notarías, el cuarto se refirió a las disposiciones que han de observar los notarios en la autorización de instrumentos públicos, el quinto trataba del orden y arreglo de las notarías, y el sexto capítulo contenía disposiciones generales.

La sección segunda contenía un capítulo único, y se llamaba Del oficio del escribano.

El artículo 1º de esta ley hablaba sobre el notario público, el cual era considerado como un funcionario revestido por el soberano de la fe pública para extender y autorizar las escrituras de los actos y contratos intervivos o mortis-causa.

En el artículo 75 determinaba que el escribano era un funcionario revestido de la fe pública para autorizar en los casos y forma que determine la ley los actos. Esta ley es considerada como la primera ley orgánica del notariado.

II.5.4.3.- LA LEY DE 1867 (ACTUARIOS Y NOTARIOS).

El veintinueve de noviembre de mil ochocientos sesenta y siete, fue promulgada la Ley Orgánica de Notarios y Actuarios del Distrito Federal por el Presidente y ex Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Licenciado Benito Juárez García.

Esta ley distinguió como su nombre lo indica entre notarios y actuarios, estableciendo que el primero "es el funcionario que reduce a instrumento público, los actos, contratos y últimas voluntades", en tanto que el actuario " es la persona destinada para autorizar los decretos de los

¹¹BAÑUELOS SÁNCHEZ, Froylán. "Derecho Notarial". Cárdenas Editor y distribuidor, México, 1984.

jueces, árbitros y arbitradores" siendo ambas funciones compatibles entre sí.

Determinaba que era atribución exclusiva de los notarios autorizar en sus protocolos toda clase de instrumentos públicos. Establecía como requisitos de ingreso para los notarios ser abogados o haber cursado dos años de preparatoria, dos de estudios profesionales que debían incluir cursos elementales de derecho civil, mercantil, procesal y notarial.

Debían ser mexicanos por nacimiento con edad mínima de 25 años de edad, sin haber sido condenado a pena corporal, no tener impedimento físico habitual y por supuesto tener buenas costumbres. Como podemos observar paulatinamente se va dando una evolución en cuanto a las leyes que han regulado al derecho notarial, más adelante nos evocaremos a los requisitos para ser notario haciendo un análisis crítico.

II.5.4.4.- REGLAMENTO DEL COLEGIO NACIONAL DE ESCRIBANOS DE 1870

El Colegio Nacional de Escribanos fue creado en mil setecientos noventa y dos. En un principio, era regido por sus Estatutos y más tarde en mil ochocientos setenta, por su Reglamento.

El Colegio estaba integrado por los escribanos matriculados y por los que se fueran matriculando, conforme lo establecía el Reglamento.

"La matriculación era obligatoria para poder ejercer la profesión de escribano en el Distrito Federal; para escribanos foráneos la matriculación en Colegio del Distrito Federal era voluntaria".

Como requisitos para la matriculación se requería título profesional expedido por el gobierno general que debía ser acompañado a la solicitud de matriculación, recibo de la tesorería del colegio del pago de veinticinco pesos de derechos por matrícula. Los foráneos además debían acompañar certificado de buena conducta y estar en el ejercicio de la profesión.

II.5.4.5.- EL DECRETO DE MIL OCHOCIENTOS SETENTA Y CINCO.

El veintiocho de mayo de mil ochocientos setenta y cinco, el Presidente Miguel Lerdo de Tejada decreta la profesión libre del notariado. Dicho Decreto tuvo por objeto que el Notario, tuviera los instrumentos necesarios desde el punto de vista Jurídico, de las nociones civiles y mercantiles que emanaban de los actos jurídicos. De hecho se pretendía que la designación de Notarios, tuviera como requisito, la acreditación académica en ciencias del Derecho o Jurisprudencia, para que los servicios prestados tuvieran la calidad y el contenido jurídico adecuado a las exigencias de los actos jurídicos llevados por éstos.

II.5.5- LEGISLACIONES DEL SIGLO XX

Es en el siglo XX cuando la institución notarial funciona como la conocemos actualmente, ya que surgen leyes que regulan la materia de una manera más clara en cuanto a su organización y funcionamiento.

De esta manera se da la estructura y organización en México a principios de siglo en cuanto a la materia notarial. Son tres las legislaciones más relevantes en cuanto a cambios y evolución en materia notarial: la ley de 1901, la de 1932 y la de 1946. A continuación se tocarán los puntos más relevantes de cada una de ellas.

II.5.5.1.- LEY PORFIRISTA DEL NOTARIADO DE 1901.

El catorce de diciembre de mil novecientos uno, es promulgada la Ley del Notariado durante la presidencia del General Don Porfirio Díaz, la cual entró en vigor en enero de mil novecientos dos.

Esta ley como una de las medidas trascendentales que tomó fue la de elevar al notario al rango de las instituciones públicas. Esta ley estableció que los notarios debían quedar sujetos al gobierno, quien se encargaría de nombrarlos y vigilarlos. También obligaba al notario a redactar por sí mismo las actas notariales o escrituras matrices, asentándolas en el libro que corresponda del protocolo.

Esta ley dispuso que el ejercicio de la función notarial era de orden público y de aplicación en Distrito y territorios federales, esta función era conferida por el Ejecutivo de la Unión y su dirección estaba a cargo de él mismo a través de la Secretaría de Justicia y disponía que el Notario debía ser un profesional del Derecho que debía quedar sujeto al gobierno, quien lo nombraba, vigilaba.

II.5.5.2.- LA LEY DE MIL NOVECIENTOS TREINTA Y DOS.

El veinte de enero de mil novecientos treinta y dos, en el Diario Oficial de la Federación se publicó la segunda ley llamada: "Ley del Notariado para el Distrito y Territorios Federales", siendo Presidente de la República Don Pascual Ortiz Rubio.

Esta ley sostenía que la función notarial era de orden público y sólo podía provenir del estado; definía al notario como aquel funcionario dotado de fe pública para hacer constar los actos y hechos a los que los interesados deban o quieran dar autenticidad conforme a las leyes; conservó el sistema de notarios titulares y de notarios adscritos.

En cuanto al notario adscrito revestía su actuación de más importancia, ya que lo autorizaba para actuar indistintamente con el de número, independientemente uno del otro y sin necesidad de recurrir a testigos de asistencia en la autorización de cualquier instrumento; el adscrito suple al de número en sus faltas temporales; y de tratarse de cesación definitiva del titular, el adscrito lo sustituye si ha estado en funciones de tal y ejerciendo el cargo durante mas de un año, inmediato anterior a la cesación, en caso contrario el nombramiento del notario debería recaer en el aspirante más antiguo.

La presente ley fijó en sesenta y dos, las notarias del Distrito Federal, cualquier notario podía actuar en todo el territorio de esa entidad, se le autorizaba a desempeñar cargos de consejero jurídico o comisario de sociedades, así como para resolver consultas verbales o por escrito, podía ser árbitro o secretario en juicio arbitral pudiendo también redactar contratos privados; *a pesar de estas funciones tenía prohibido el notario ejercer la profesión de abogado.*

II.5.5.3.- LA LEY DE MIL NOVECIENTOS CUARENTA Y SEIS. (LA EQUIDAD DE GÉNERO DE LA FUNCIÓN NOTARIAL)

La Tercera ley, se llamó Ley del Notariado para el Distrito Federal y Territorios, y fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el veintitrés de febrero de mil novecientos cuarenta y seis. Esta ley es la primera que contempla tanto al hombre como a la mujer como capaces de desempeñar la actividad notarial. Lo que evoluciona y evita la discriminación por género.

Continúa contemplando el carácter público de la función notarial y la obligatoriedad de que el notario sea un profesional del Derecho y de guardar secreto profesional. Al igual que la ley anterior, precisa que el notario estará investido de fe pública para hacer constar los hechos o actos jurídicos que los interesados pretendan autenticar conforme a las leyes.

II.5.5.4.- LA LEY DEL NOTARIADO PARA EL DISTRITO FEDERAL DE MIL NOVECIENTOS SETENTA Y NUEVE.

Esta ley expedida el treinta y uno de diciembre de mil novecientos setenta y nueve, fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el ocho de enero de mil novecientos ochenta, abrogando la ley anterior de mil novecientos cuarenta y seis.

A los sesenta días siguientes de su publicación, inició su vigencia comenzando el nueve de marzo de mil novecientos ochenta. Fue expedida por el licenciado José López Portillo siendo Presidente constitucional de los Estados Unidos Mexicanos.

CONCEPTO DOCTRINAL DEL NOTARIADO

Existen diversidad de definiciones y conceptos sobre el notariado. Algunos autores opinan que al definir al Notariado se puede definir al mismo tiempo al notario, ya que éste es quien ejerce la función notarial. Genéricamente el notario es conocido como un fedatario público, es decir,

aquella persona que otorga su fe en determinados actos. Más adelante explicaremos en qué consiste la fe pública.

Varios autores opinan que el notariado es un cuerpo facultativo o un conjunto de personas facultadas para ejercer la notaría; entre estos autores se encuentran comprendidos el maestro Fernández Casado y el maestro Ruiz Gómez. Existen otros autores que hacen referencia al contenido de la función notarial.

De cualquier forma, el notariado abarca tanto al conjunto de personas facultadas para ejercer el derecho notarial, como al contenido de la función notarial, así como los límites y alcances de la misma.

Por otra parte se ha dicho que el notario declara derechos y obligaciones, siendo que éstas nacen de la voluntad de las partes, de igual manera se cree que el notario aprueba los actos jurídicos sometidos ante su fe; sin embargo, solamente se limita a declarar su conformidad con el Derecho Objetivo.

De esta manera el notario se encuentra investido de fe pública, con esta facultad especial puede dar fe de los actos que celebren ante él las personas. Más adelante hablaremos concretamente sobre la fe pública como uno de los elementos en los que se apoya la función notarial.

CONCEPTO LEGAL DEL NOTARIADO

En el desarrollo de este capítulo insertaremos para mayor precisión las disposiciones que contiene la nueva ley del Notariado para el Distrito Federal, que, según el artículo SEGUNDO transitorio de dicha ley se abroga la ley del Notariado para el Distrito Federal publicada en el Diario Oficial del Distrito Federal, el 8 de enero de 1980 y sus específicas reformas correspondientes y se derogan las disposiciones que se opongan a esta ley. Esta ley ya ha sido aprobada el 28 de diciembre de 1999 y publicada el 28 de marzo del año 2000 en la Gaceta Oficial del Gobierno del Distrito Federal, de tal manera que la compararemos con la Ley del Notariado para el Distrito Federal de 1999.

El artículo 2º de la nueva ley establece:

"Para los efectos de esta ley se entenderá por:

XX. Notariado: El Notariado del Distrito Federal o Notariado de la Ciudad de México bajo el sistema del Notariado Latino."

Posteriormente en el artículo 3º del mismo ordenamiento establece:

"En el Distrito Federal corresponde al notariado el ejercicio de la función notarial, de conformidad con el artículo 122 de la Constitución.

El notariado es una garantía institucional que la Constitución establece para la ciudad de México, a través de la reserva y la determinación facultades de la Asamblea y es tarea de esta regular y efectuar sobre ella una supervisión legislativa por medio de su Comisión de Notariado.*

El notariado como garantía institucional consiste en el sistema que, en el marco del Notariado Latino, esta ley organiza la función del notario como un tipo de ejercicio profesional del Derecho y establece las condiciones necesarias para el correcto ejercicio imparcial, calificado, colegiado y libre, en términos de ley.

Su imparcialidad y probidad debe extenderse a todos los actos en los que intervenga de acuerdo con ésta y con otras leyes."

Al respecto atribuimos estas disposiciones a que México es integrante de la Unión Internacional del Notariado Latino (U.I.N.L.); por lo tanto debe seguir las bases de tal organismo adecuándolas a la realidad actual de nuestro país.

La nueva ley define al notario en el artículo 42 de la siguiente manera:

"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”.

La ley de 1999 establece la obligación del notario de asesorar a las partes. La nueva ley hace ver esa obligación como una disposición limitada, hasta cierto grado simple, ya que ahora se maneja el concepto de uteralteridad el cual se define en el artículo 2º fracción XXII, que dice; "Uteralteridad: Actitud y procedimiento de asesoría notarial y de conformación del instrumento notarial por parte del notario, que va más allá de una simple imparcialidad, llevando al notario a ser verdadero consultor o consejero de cada parte, con atención personal y entrega cuidadosa, de forma tal que se cubran los requisitos de asesoría para cada una de las partes o solicitantes del servicio, sin descuidar los de la contraparte, ni ser parcial contra ella, sino ejerciendo hacia ella la misma actitud."

JUSTIFICACIÓN DE LA EXISTENCIA DEL NOTARIADO

Los actos jurídicos que se pretendan oponer ante terceros no podrían gozar de este beneficio si no existiera la institución del notariado, porque a través de ella se da forma y autenticidad a dichos actos, respaldados con la fe pública que ostenta el notario.

El notariado es una institución necesaria en las distintas sociedades desde tiempos remotos, ya que su función cumple con las necesidades de las personas que pretenden autenticar determinados actos jurídicos o hacer constar hechos jurídicos. De esta manera el notario dotado con las atribuciones que le confiere el Estado puede ejercer su función en beneficio de las personas, que como vimos anteriormente tendrán que solicitar la actuación del notario para que pueda actuar conforme a la ley.

FUNCIÓN PRINCIPAL DEL NOTARIADO

“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 de los poderes del Estado y de la ley, que obran 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."

"Artículo 3°. En el Distrito Federal corresponde al Notariado el ejercicio de la función notarial, de conformidad con el artículo 122 de la Constitución"...

Estas son algunas de las disposiciones que maneja la nueva Ley del Notariado para El Distrito Federal respecto a la Función notarial.

De tal manera que es evidente que esta función se sigue manejando dentro del orden público.

Por otra parte, el artículo 4° de la ley de 1999 establecía: "El Ejecutivo Federal en la esfera administrativa, dictará las medidas que estime pertinentes para el cumplimiento de esta ley y para la eficaz prestación del servicio público del notariado."

El artículo 113 del mismo ordenamiento, facultaba al Departamento del Distrito Federal para que vigilara el funcionamiento de las notarías por medio de un inspector de notarías quienes realizaban visitas de inspección.

Con respecto al artículo 4° mencionado encontramos que la nueva contempla en los artículos 5°, 8° y 9° lo siguiente:

"Artículo 5°. A las autoridades competentes del Distrito Federal les corresponde aplicar la presente ley y vigilar su debido cumplimiento". Entendiéndose por autoridades competentes "La Consejería Jurídica y de Servicios Legales, por sí, o a través de la Dirección General Jurídica y de Estudios Legislativos y las direcciones y subdirecciones competentes de ésta, salvo que por el contexto de esta ley deba entenderse adicional o exclusivamente otra autoridad" de acuerdo con el artículo 2° fracción VI.

Artículo 8°. "Es obligación de las autoridades competentes, del colegio y de los notarios, que la población reciba el mejor servicio notarial posible.

Si las autoridades competentes observan deficiencias, lo comunicarán al colegio para que éste instrumente lo necesario para la expedita solución de las mismas y el eficaz cumplimiento de esa obligación. Para ello y para programas especiales, el Colegio podrá celebrar convenios".

"Artículo 9°. La Administración instrumentará las medidas necesarias para facilitar la actividad notarial a fin de que la prestación del servicio se lleve a cabo en función de los principios a que se refiere el artículo 7° de esta ley..."

"Administración: La Administración Pública del Distrito Federal" (artículo 2° fracción I).

ACTIVIDAD DEL NOTARIO

"El notariado es una profesión jurídica que tiene por cometido, en la sociedad, asistir a los particulares para facilitarles la realización espontánea, pacífica del derecho, y a cuyo alcance el ordenamiento jurídico pone un conjunto de medios y procedimientos técnicos que el agente utiliza como método propio para cumplir su función."

Aprovechando el comentario del Maestro Larraud, consideramos cierta tal afirmación en el sentido de que el notario debe facilitar a los particulares la realización del derecho; ya que como conocedor del mismo podrá orientar y asesorar a las partes, tal y como lo marca la ley. Deberá entonces apoyarse en aquellos medios de los cuales habla Larraud, que le son conferidos por la ley.

Para el Maestro Bernardo Pérez Fernández del Castillo las actividades del notario son "... escuchar, interpretar y aconsejar a las partes; preparar, redactar, certificar, autorizar y reproducir el instrumento..." Dichas actividades las explica en el siguiente sentido:

Escuchar. Para que el notario pueda actuar en la celebración de un contrato o asesorar a una persona, debe escuchar a esta sobre el asunto que le plantee, de este modo el notario como conocedor del derecho le podrá guiar y aclarar consecuencias que posiblemente el cliente no sabía que podrían suceder.

Interpretar. Mediante esta actividad el notario busca desentrañar el sentido de aquello que escuchó previamente y así buscar la manera de hacer cumplir la voluntad de su cliente.

NATURALEZA JURÍDICA Y CARACTERÍSTICAS DE LA FUNCIÓN NOTARIAL

Se ha discutido en muchas ocasiones si la función del notario es pública o no. Algunos autores opinan que el notario es un funcionario público, otros afirman que es un profesionista liberal, y otros que desarrolla una función pública. De cualquier forma, la nueva Ley del Notariado para el Distrito Federal indica en su artículo 27 que la función notarial es de orden e interés públicos. De manera similar era contemplada la función del notario en la ley de 1999 en el artículo 1º estableciendo que la función notarial pertenece al orden público, y dicha función sería encomendada a particulares licenciados en derecho.

Se considera que pertenecen a la función pública los representantes de los órganos de administración pública federal, que se dividen en centralizados, descentralizados y paraestatales. "La actividad notarial no encaja dentro de estas organizaciones administrativas. No hay la relación jerárquica existente en la centralización, pues el Presidente de la República por medio del Jefe del Departamento (Gobierno) del Distrito Federal, ejerce los poderes de vigilancia y disciplinario, no así los de revisión y nulificación de actos del inferior, resolución de conflictos y nombramiento, toda vez que la expedición de la patente del notario, está sujeta a requisitos legales consistentes en la aprobación del examen de aspirante y el triunfo en el de oposición".

Al margen de las disposiciones legales y de las opiniones doctrinales es un hecho que la actividad del notario se realiza en nombre del Estado a través de particulares.

La función notarial tiene un carácter precautorio, debe ayudar, atender, colaborar y auxiliar a aquellas personas que así lo soliciten en tanto se trate de cuestiones jurídicas. "...la función notarial tiene un carácter preventivo, y tiende a lograr la inobjetabilidad de los derechos

privados, haciendo ciertas las relaciones y situaciones subjetivas concretas de que ellos derivan".

En este sentido, la función notarial pretende otorgar seguridad jurídica otorgando su fe a los actos en que intervenga el notario.

Dentro de las características de la función notarial se encuentra la de imparcialidad. Debe atender a las partes con igualdad, en actitud de uteralteridad como lo estipula el artículo 30 de la nueva ley.

En otro orden de ideas, la técnica es una más de las características de la función notarial, ya que buena parte de la actuación del notario depende principalmente de la perfección de su tecnicismo. Como conocedor del derecho y auxiliador y orientador del mismo, debe saber aplicar la ley a cada caso concreto que se le presente.

LA FE PÚBLICA Y FE NOTARIAL

Se conoce la fe según el origen de la autoridad de que provenga; puede ser fe religiosa o humana. La fe religiosa proviene de la autoridad de Dios, que ha revelado algo a los hombres. La fe humana proviene de aseveraciones hechas por el hombre.

La fe significa confianza, creer en algo, es una convicción. Por tanto, para que la fe pueda ser pública, es decir, frente a todas las personas, necesita de la facultad legal para ser otorgada a determinados funcionarios tanto del Estado como particulares.

La fe pública es una "presunción legal de veracidad respecto a ciertos funcionarios a quienes la ley reconoce como probos y verdaderos facultándoles para darla a los hechos y convenciones que pasan entre los ciudadanos." Esta afirmación es citada por Giménez-Arnau del Maestro Gonzalo de las Casas. Es por ello que Giménez-Arnau establece que "la fe pública no será la convicción del espíritu en lo que no se ve, sino la necesidad de carácter jurídico que nos obliga a estimar como auténticos e indiscutibles los hechos o actos sometidos a su amparo, queramos o no queramos creer en ellos".

EL PROTOCOLO

Para el Maestro Bernardo Pérez Fernández del Castillo la esencia de la fe pública notarial radica en que ésta es documental y no verbal. Por esta razón opina que las actas y escrituras públicas únicamente podrán autorizarse en el protocolo.

El artículo 76 de la nueva ley establece de manera textual el concepto de protocolo que maneja la ley de 1999 en el artículo 42: "Protocolo es el conjunto de libros formado por folios numerados y sellados en los que el notario, observando las formalidades que establece la presente ley, asienta y autoriza las escrituras y actas que se otorguen ante su fe, con sus respectivos apéndices; así como por los libros de registro de cotejos con sus apéndices."

PUBLICIDAD DE LOS DERECHOS REALES

Los Derechos Reales son aquellos que se refieren a las cosas -res que en latín significa cosa-. Al intervenir el notario en una escritura concerniente a un bien mueble o inmueble, está dando fe del acto que se pretende realizar.

En el caso de los bienes inmuebles, éstos deben ser inscritos en el Registro Público de la Propiedad y del Comercio, con el fin de dar certidumbre de la propiedad de estos bienes. El notario debe encargarse de hacer tal inscripción, especificando de quién es la propiedad, si existe gravamen alguno y cuál es el origen de la misma.

La publicidad de los actos es el medio idóneo para oponer los actos jurídicos frente a terceros, en este caso la propiedad de bienes muebles o inmuebles; ya que, de quedarse el acto solamente en las escrituras, se tendrían que consultar a las mismas, lo cual sería un gran problema, en cambio, cuando se inscribe en el Registro Público el acto está respaldado de tal manera que cualquiera que tenga interés jurídico en el negocio de que se trate podrá recurrir al mencionado organismo.