



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE QUERÉTARO

FACULTAD DE DERECHO
Especialidad EN DERECHO NOTARIAL

TESIS

**“EL NOTARIO PÚBLICO EN PAPEL DE MEDIADOR PARA
PREVENSIÓN Y SOLUCIÓN DE CONFLICTOS”**

Que como parte de los requisitos para obtener el grado de
Especialid
en Derecho Notarial

Presenta

Lic. Francisco de Asis Gonzalez Uribe

Dirigido por

Dra. Maria Consuelo Rosillo Garfias

SANTIAGO DE QUERÉTARO, QUERÉTARO, 2020



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE QUERÉTARO
FACULTAD DE DERECHO
Especialidad EN DERECHO NOTARIAL

TESIS

**EL NOTARIO PÚBLICO EN PAPEL DE MEDIADOR PARA PREVENSIÓN Y
SOLUCIÓN DE CONFLICTOS**

Que como parte de los requisitos para obtener el grado de Especialidad
en Derecho Notarial

Presenta:

Lic. Francisco de Asis Gonzalez Uribe

Dirigido por:

Dra. Maria Consuelo Rosillo Garfias

Dra. María Consuelo Rosillo Garfias
Presidente

Dr. Salvador García Alcocer
Secretario

Dr. Jesús Manuel Couch Velasco
Vocal

M. en D. Leonor Ivette Olvera Loarca
Suplente

M. en D. Carlos Rafael Altamirano Alcocer
Suplente

Centro Universitario
Querétaro, Qro.
Fecha (Noviembre 2020)

RESUMEN

El conflicto es natural e inevitable, porque todo grupo social supone, sostiene una existencia de intereses dispares que generan confrontaciones en su seno. Los conflictos, desde que importan afirmaciones contradictorias respecto de los bienes que son ilimitados, forman parte de la propia naturaleza de cualquier comunidad, por ello, nace una necesidad exponencial de reducir el roce entre los individuos, por medio de una labor preventiva, para así procurar el bien común y mantener un estado de derecho donde se garantice la paz social; y si pese a esta, el conflicto aparece, deberá ejercitarse una labor de mediación, y debe hacerse dejando a un lado los medios de solución de conflictos parciales (autotutela y autocomposición) pues como su nombre lo dice, este proviene de las partes y ello implica que una de ellas tenga que tomar una posición de sumisión frente a la otra para resolver la controversia, siendo este un medio primitivo que sigue en uso en gran número de disposiciones jurídicas y que deja siempre a una de ellas insatisfecha. Resulta evidente que a la par de la evolución que sufre la sociedad, también lo hace el Derecho, por ello, se han implementado los medios de solución de conflictos heterocompositivos (proceso, arbitraje) donde la solución del conflicto depende de un tercero ajeno a él, y es quien en sustitución o auxilio de las partes define y resuelve el conflicto, no obstante, sigue dando lugar a insatisfacciones. Existe una tendencia generalizada de vencer al otro, antes que a solucionar el conflicto. El proceso debiera ser en estos casos, el último de los instrumentos utilizados para combatir una vez habiendo agotado antes diferentes medios de solución que impliquen la colaboración de las partes, por ello, los medios de solución participativos, lejos de intentar suplantar la actuación jurisdiccional, la auxilia. Es el perfil del Notario, ideal por su naturaleza para ejercitar estos medios, en concreto la Mediación, de esta forma, el notariado en México pretende ofrecer como alternativa a la jurisdicción estatal los

mecanismos a implementar, que van desde la prevención de los conflictos hasta la decisión final en resolución de los mismos.

(**Palabras clave:** conflicto, notario, mediación)

Dirección General de Bibliotecas UAQ

SUMMARY

Conflict has always been natural and inevitable, due to the fact that every social group has different interests that generate confrontations in its midst. Conflicts imply contradictory affirmations about unlimited assets, which is part of the very nature of any community, therefore, an exponential need arises to reduce the friction or conflict between individuals, through preventive work, in order to attempt common benefit and maintain the rule of law where social peace is guaranteed. But despite the government attempt to keep this peace, it is inevitable that conflict appears that is why mediation work should be exercised, and should be done leaving aside the means of partial conflicts solving (self-prototyping and self-composing), due to the fact that it comes from the parties themselves and it implies that one of them has to take a position of submission to the other to resolve the dispute, this being unsure and violatory of individual rights, never the less this practice remains in use in a large number of legal provisions and always leaves one of the parties unsatisfied. It is clear that along with the evolution that society suffers, there is need for the evolution of law, therefore, there have been implemented the means of solving heterocompositive conflicts (process itself, arbitration) where the solution of the conflict depends on a third party completely and it is whom, in substitution or assistance of the parties, defines and resolves the conflict, nevertheless, it continues to give rise to dissatisfaction. There is a general tendency to defeat the other, rather than to solve the conflict. The process should be in these cases, the last of the instruments used to fight once having exhausted before different means of solution that involve the collaboration of the parties, therefore, the means of participatory solution, far from trying to supplant the jurisdictional action, it helps. It is the profile of the Notary, ideal by its nature to exercise these means, specifically the Mediation, in this way, the notary in Mexico aims to offer as an alternative to the state jurisdiction the mechanisms to be

implemented, ranging from the prevention of conflicts to the final decision on their resolution.

(**Key words:** conflict, notary, participatory solution)

Dirección General de Bibliotecas UAQ

INDICE

<u>I.-INTRODUCCION.</u>	9
<u>II.- MEDIOS DE SOLUCION DE CONFLICTOS.</u>	10
2.1.-MEDIOS DE SOLUCIÓN PARCIAL.	10
2.1.1.-LA AUTOTUTELA.	11
2.1.2.-LA AUTOCOMPOSICIÓN.	12
2.2 MEDIOS DE SOLUCION HETEROCOMPOSITIVA	14
2.1.1.- EL PROCESO.	15
2.2.2.-EL ARBITRAJE.	17
2.3 MEDIOS DE SOLUCIÓN PARTICIPATIVA.	19
2.3.1.-LA NEGOCIACIÓN O TRANSACCIÓN.	20
2.3.2.- CONCILIACIÓN.	21
2.3.3.- MEDIACION.	22
a).- ANTECEDENTES DE. LA MEDIACION.	23
b).- BREVE HISTORIA DE LA MEDIACIÓN EN MÉXICO.	24
<u>III.- EL NOTARIO.</u>	28
3.1.- CONCEPTO.	28
3.2.- CARACTERES DEL NOTARIO.	29
3.2.1- LICENCIADO EN DERECHO.	29
3.2.2- INVESTIDO DE FE PÚBLICA.	29
3.2.3- SU ACTUACION OBEDECE AL PRINCIPIO DE ROGACION.	30
3.2.4- AUTOR.	30
3.2.5- DA FORMA Y AUTORIZA EL INSTRUMENTO PÚBLICO NOTARIAL CON LA FINALIDAD DE BRINDAR SEGURIDAD JURÍDICA.	30
3.3- FUNCION DEL NOTARIO PUBLICO.	31
3.3.1- EL NOTARIO COMO CONSULTOR, CONSEJERO E INTÉRPRETE DE LA VOLUNTAD DE LOS COMPARECIENTES.	32
3.3.2- CONFIGURADOR DEL INSTRUMENTO PÚBLICO.	34
<u>IV.- FUNDAMENTOS.</u>	36
4.1.- LA APORTACION DEL NOTARIADO A LA PREVENCION Y RESOLUCION DE CONFLICTOS DE MANERA EXTRAJUDICIAL EN LA PRACTICA COTIDIANA.	36
4.1.1.-PREVENCIÓN DE CONFLICTOS Y ASESORAMIENTO	

/ ESCRITURA NOTARIAL -----	37
4.1.2.-PREVENCIÓN /RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS Y ORDENAMIENTO DE CONCILIACIÓN NOTARIAL. -----	37
4.1.3.-FALLO SOBRE LOS CONFLICTOS Y TRIBUNAL NOTARIAL DE ARBITRAJE. -----	38
<u>V.- FUNCIONES ESPECIALES DEL NOTARIO</u> -----	40
5.1.-ASESORAMIENTO -----	40
5.2.- MEDIACIÓN NOTARIAL -----	43
5.3.-CONCILIACIÓN -----	45
<u>VI.- CONCLUSIÓN</u> -----	45
<u>BIBLIOGRAFIA</u> -----	47

Dirección General de Bibliotecas UJAQ

I.-INTRODUCCION

Tradicionalmente se ha considerado que la facultad de autenticar o dar Fe es la única función notarial, pero aunque ésta es su esencia no es la única. Expresándolo de otro modo el notario hace escrituras y esto eventualmente hace pensar que el notario sólo puede y debe hacer escrituras, si bien es cierto que toda la actuación del notario está orientada hacia el instrumento público, también es cierto que la función notarial es mucho más vasta y compleja.

En los tiempos modernos el notario conserva atribuciones y características que secularmente se le han reconocido como propias. Desde tiempos remotos la Fe pública se asocia a la función notarial, frente a los elementos peculiares y múltiples del acto jurídico determinado que se otorga ante su Fe se encuentran los elementos comunes de la forma y del instrumento notarial y aun el sello que se incorporó al instrumento como medio de autenticidad formal.

Pero, ¿ha terminado la evolución de la función notarial?

Se acepta que el notario es fruto de una constante evolución social y que esta evolución no está terminada. Será interesante entonces preguntarse hacia qué campos ha girado la actividad notarial en los últimos tiempos y la respuesta nos lleva especialmente a campos o actividades administrativas, Derecho agrario, Derecho mercantil, procesos electorales, en materia de asociaciones religiosas y en algunos estados de la República en la denominada jurisdicción voluntaria.

Tengamos presente que el notario público posee una sólida preparación jurídica y que le caracterizan, entre otras virtudes que concurren en los depositarios de la fe pública, su profesionalismo, su imparcialidad, su empeño personal, honestidad y sigilo.

En presente y futuro demos vigencia a la frase celebre de Joaquin D'Costa, "Notaría abierta, Juzgado cerrado", y si pese a esta labor preventiva el conflicto aparece, tornemonos en mediadores pues la mediacion cerrará Juzgados. Por ello, afirmamos que el notario debe adentrarse con enfoque interdisciplinario en las técnicas y herramientas para trabajar en la mediación, método alternativo para la resolución de conflictos, campo novedoso y de gran alcance pues es incuestionable que el notario puede desempeñar un excelente papel como mediador.

II.- MEDIOS DE SOLUCION DE CONFLICTOS

2.1.-MEDIOS DE SOLUCIÓN PARCIAL

Son los tratadistas en Derecho¹ quienes han clasificado en tres tipos los medios para solucionar conflictos referentes a intereses jurídicos trascendentes, a saber: La autotutela o autodefensa; la autocomposición y la heterocomposición.

Es importante hacer a distinción de las dos primeras con relación a la heterocomposición, pues en estas dos la solución se da por una o ambas partes, por lo que pudiera aplicar el calificativo de parciales, tal como dice Ovalle Favela "no en el sentido de que sean incompletos, sino de que provienen de las propias partes" y es que si se analizan los métodos, en ambos una de las partes se impone a la otra mientras que esta última debe sacrificar su posición para llegar a un arreglo.

¹ Alcalá Zamora y Castillo, Carnelutti (1997), Ovalle Favela (1996), entre otros.

2.1.1.-LA AUTOTUTELA

Al hablar de la autotutela o autodefensa, nos remontamos a una expresión básica y primitiva (y sin embargo, vigente en algunos de nuestros ordenamientos) donde la sociedad de aquel entonces resolvía sus conflictos haciendo uso de su poder, la bien conocida Ley del más fuerte, o el hacerse justicia por propia mano, sobre pasando los límites de las leyes y muchas veces ignorándolas completamente, donde en todos los casos se sacrifica el interés jurídico de una de las partes para dar un remedio a la situación que en diversas ocasiones llegaba a fraguar en un problema mayor incluso al que se trataba de aliviar en un principio.

El Código Civil del Estado de México, reconocía la Defensa Posesoria Inmediata, y consistía en que toda persona tenía el derecho de defender sus propiedades de posibles intentos de usurpación mediante invasión o posesión violenta, pudiendo el afectado hacer uso legal, en el acto mismo del atropello del que es víctima, de la fuerza para repeler y expulsar al invasor. Actualmente, esta disposición ya no se encuentra tal cual en el Código mencionado por lo que la referencia es solamente enunciativa en este trabajo.

Por su parte, el Código Penal Federal vigente, fracción primera, inciso B del artículo 29 contempla también la legitimidad de la autodefensa, bajo la figura de Legítima Defensa², cuando una persona es atacada poniendo en inminente peligro su integridad física o su vida.

De esta manera, la propia experiencia histórica ha demostrado a los tratadistas lo irracional de la autotutela, tanto así que esta ha sido prohibida en términos generales por la legislación, pues representa una fórmula agresiva y peligrosa que desencadena finalmente en la violencia. Tal es el caso de nuestro máximo ordenamiento jurídico, La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, pues en su artículo 17 encontramos la prohibición expresa de este medio de solución de conflictos al establecer que ninguna persona podrá hacerse justicia

² Artículo 15, inciso b del Código Penal Vigente en el Estado de México.

por si misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho, señalando también que toda persona tiene el derecho a que se le administre justicia por Tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Imponiendo la idea de la sustitución de la autodefensa por un proceso ante Tribunales independientes e imparciales.

2.1.2.-LA AUTOCOMPOSICIÓN

La autocomposición, en contraste con la anterior conlleva un carácter menos egoísta al momento de decidir sobre el sacrificio de bienes jurídicos sobre los cuales se tenga total disposición pues el sacrificio es consentido y de ninguna manera impuesto.

Esta forma de resolver conflictos surge de la evolución humana, aquí, las partes asumen la total responsabilidad de la solución a través, ya sea de la renuncia o del reconocimiento de las pretensiones de la parte contraria.

Si se analiza este concepto podemos darnos cuenta de que se integra³ con el prefijo auto, cuyo significado es propio o por si mismo y a su vez por el sustantivo composición, que equivale a solución, y por ello del mismo modo que en la autodefensa, la solución del conflicto deviene de las partes.

En esta clasificación, donde son las partes las que asumen la responsabilidad de resolver su controversia, podemos encontrar a la negociación, la Mediación y la Conciliación, pero solo en el aspecto de que es la voluntad de las partes la que resuelve el conflicto, pues el tercero en estos casos, (mediador o conciliador) no tienen la potestad de solucionar la controversia.

³ Diccionario de la Lengua Española Larousse

Sin embargo, es necesario aclarar que atendiendo al hecho de que existe un tercero en el procedimiento, la mediación y la conciliación constituyeron por si mismas la evolución del derecho, motivando una nueva clasificación que es la de medios de justicia participativa en el que se puntualiza, considera y se ruega necesario el papel fundamental de un tercero en la resolución del conflicto.

Algunos autores señalan que la autocomposición, como voluntad de las partes, puede derivar de un acto simple como la renuncia o desistimiento, por un lado, y por otro el reconocimiento y el allanamiento, o de un acto complejo como lo es en este caso la transacción.

La autocomposición por implicar la renuncia de la pretensión propia o la sumisión de otra es considerada como un medio de resolución de conflictos altruista.

En ocasiones se la ha calificado como pre procesal, pues en se da antes de que este inicie, y en algunas ocasiones intraprocesal pues una vez iniciado el proceso las partes manifiestan su voluntad de aferrarse a el, y sin dejar a un lado el post procesal, cuando se da una vez dictada la sentencia firme, y esta afecte a la ejecución de lo juzgado. Es claro que, si no existe una labor derivada en solución creada por las partes, el cumplimiento de ella no resultará voluntario y por tanto no resolverá realmente el conflicto. Siendo el desistimiento, allanamiento y transacción formas auténticas de autocomposición.

El desistimiento consiste en la renuncia a la pretensión litigiosa deducida por la parte atacante, esta renuncia puede presentarse por el actor en su demanda, o por el demandado en su reconvención. Como es un acto unilateral, no requiere la aceptación de la otra parte, no tratándose del desistimiento del derecho sino de la pretensión, ya que lo primero sólo es atribución del Juez en su caso.

El allanamiento es el opuesto del desistimiento, ya que consiste en el reconocimiento y sumisión de la parte atacada o demandada a la pretensión dirigida contra ella. Se presenta generalmente frente a la demanda y persiguiendo como finalidad el deseo de ahorrar gastos y molestias procesales,

librar por afecto, aprecio u otro motivo al verdadero responsable, razones lejanas al altruismo.

La transacción, por su parte, supone sacrificios o concesiones mutuos entre los implicados, esto no significa que el grado de sacrificio sea el mismo para ambas partes, sin embargo, por medio del acuerdo, las partes ponen término al litigio ya iniciado o previenen uno que pueda surgir con posterioridad.

Es necesario precisar que para poder negociar o para efectuar una transacción deben existir por lo menos dos partes que tengan intereses comunes, pero también discrepancias para que con ello el proceso de negociación puedan efectuar transacciones cediendo a cambio de algo, generalmente un beneficio, se busca ganar-ganar.

En la actualidad, la forma natural y más inteligente de enfrentar y resolver cualquier discrepancia es por lo general, encarar el problema, es decir, buscar tratar el asunto con la otra parte para lograr algún resultado que satisfaga nuestros intereses. Este proceso de enfrentamiento cara a cara es la transacción o negociación.

2.2.-MEDIOS DE SOLUCIÓN HETEROCOMPOSITIVA

El proceso judicial, el arbitraje, la conciliación y la mediación, y el, según Ovalle Favela⁴ corresponden a medios de solución heterocompositivas y se presentan cuando la solución del conflicto depende de un tercero ajeno a él, y es quien en sustitución o auxilio de las partes define y resuelve el conflicto.

⁴ Ovalle Favela, José.- 1996.- Garantías Constitucionales del Proceso, Tercera Edición, Editorial McGraw Hill, México

2.2.1.- EL PROCESO

En palabras del jurista Alcalá Zamora⁵ el proceso es “un diálogo verbal o escrito, entre unas partes que piden y un juzgador que decide y le considera el mas perfecto medio de administrar justicia entre los hombres”.

La principal distinción es el papel que hace el juzgador como tercero imparcial instituido por el Estado para decidir jurisdiccionalmente y por consiguiente con imperatividad, un litigio entre partes.

En este caso es el Estado quien instituye el Derecho y dota a ciertas personas de la actividad jurisdiccional para asegurarse que a través de ésta y con lo subyacente que el derecho tiene, como lo es la coacción, ciertas conductas sean observadas y sancionadas. Ciertamente es que el proceso es una valiosa institución que permite el manejo y la resolución de los conflictos, para procurar la convivencia de las personas en sociedad. (Gómez Lara)⁶.

El Estado cumple con su función jurisdiccional pero muchas veces tropieza con dificultades relacionadas directamente con la administración, con la idiosincrasia y con la complejidad de los litigios que se le presentan y es que a pesar de las grandes bondades que puede atribuírsele al proceso, tales como la imparcialidad, la formalidad, la salvaguarda de las garantías constitucionales, la fuerza pública, entre otras, es de reconocerse que aún existen condiciones y deficiencias que lo caracterizan, por las cuales, antes que resolver y ayudar a las partes, favorecen la discordia y agudizan de manera inevitable las asperezas entre las partes y esto debido a que no deja la posibilidad de elaborar una solución responsable y creativa de la controversia, y por ello que los resultados del proceso, por centrarse sólo en posiciones (demandas y exigencias de las partes), enfrentan

⁵ Alcalá Zamora y Castillo, Niceto.- 1992 Estudios de Teoría General e Historia del Proceso, UNAM, México Tomos I y II

⁶ Gómez Lara, Cipriano.-1991.-Teoria General del Proceso, Editorial Harla, Novena Edición, México

aún más a las personas, aumentando sus discrepancias y por tanto, afectando sus relaciones presentes y futuras.

Esto hace ver que el litigio, como problema de fondo, es decir, como proceso que tiene por objeto resolver el conflicto, no siempre se remedia con una sentencia que resuelve jurídicamente el problema, pero nunca resuelve el conflicto. Aquí, destaco la importancia de la conservación de la relación interpersonal, que es uno de los aspectos que constituyen los beneficios de la mediación entre otros.

En este aspecto en particular puede afirmarse que el proceso anima el celo de las partes por sus intereses, mismos que quedan sujetos a la incertidumbre del resultado final debido a la gran cantidad de situaciones que pueden surgir y desahogarse durante el trámite, pudiendo desvirtuar las pretensiones primeras, así como acentuar la dependencia de las partes a la competencia de su defensor, su ideología, empirismo, empatía, temperamento o el método utilizado por los jueces para resolver y las presiones de carácter político o social del momento.

Comenzamos a padecer el fenómeno social en el que, con el creciente e inevitable aumento poblacional, y la eminente y cada vez más notoria crisis económica lacerante, los conflictos van en aumento y, sin embargo, el Poder Judicial no tiene capacidad de respuesta, básicamente, por la falta de recursos, sin mencionar el volumen considerable de expedientes que deben ser resueltos, los mismos que limitan su capacidad operativa, generando soluciones tardías.

Actualmente, las personas ya no consideran que la tramitación de sus conflictos ante los Tribunales, favorezca sus pretensiones, como quejoso o como demandado. El elevado costo del proceso y su prolongada duración, hacen que las partes se aparten, obligándolas a claudicar, aunque les apoye la razón. Además de numerosos inconvenientes, esta situación ha conseguido, sobre todo en las clases populares, sembrar el desprestigio no sólo del proceso, sino de jueces, Tribunales y por supuesto de nosotros los abogados, en consecuencia.

2.2.2.-EL ARBITRAJE

El arbitraje constituye un antiquísimo procedimiento para resolver los conflictos entre los comerciantes, fue conocido en las primeras culturas tales como la Hebrea y la cultura China, desde sus comienzos pero más cercano en el tiempo lo encontramos en la legislación procesal española, reconociendo a esta Institución en la Carta de 1812 recibiendo poderosa influencia de la Constitución Francesa⁷, sin embargo, donde tuvo mayor relevancia fue en el Derecho Romano, a partir de la Ley de las XII Tablas, donde aparece el procedimiento con la intervención de un magistrado que tenía la misión de impedir el ejercicio de la justicia privada que se realizaba mediante acuerdos entre las partes, la decisión era encomendada a un órgano privado que las partes elegían obligándose a acatarla en base a un contrato arbitral denominado “Litis contestatio”.

Surge como institución en México en el año 1824, sin embargo, su regulación era establecida por las partidas y ordenanzas reales, actualmente este dispositivo legal está considerado como uno de los más modernos y progresistas de América Latina. Según su origen etimológico, la palabra arbitraje deriva del latín arbitrium, que significa arbitramento, arbitraje, sentencia arbitral, que su vez tiene relación con los términos latinos arbiter y arbitri que significan árbitro, juez, perito y con el latín arbitror que significa creer, juzgar, estimar, pensar.

A diferencia del proceso, para que el arbitraje pueda funcionar es necesario que previamente, las partes hayan aceptado de común acuerdo, someterse a este medio de solución por medio de la llamada cláusula arbitral, convenio arbitral o contrato de sumisión, de ahí que también se le ha considerado un medio no adversarial, por la participación de la voluntad de las partes. ç

⁷ Martínez, Beatriz.- 2002 Mediación y resolución de conflictos, Editorial Piados, México

En nuestra legislación, este contrato y todo lo referente al arbitraje se encuentra regulado en las fracciones (7.1166 a 7.1174) del Título Decimo séptimo del Código Civil del Estado de México vigente en el que, entre otras cosas, menciona las materias que no son susceptibles de arbitrar, tales como:

El derecho a recibir alimentos

Los asuntos que versen sobre el estado o capacidad civil de las personas,

Los demás que prohíba la ley

El Código de Comercio, se refiere al arbitraje comercial en los artículos 1415 al 1463, título Cuarto, capítulo Primero, lo que permite una actuación discrecional del o los árbitros y de las partes, con reglas base, un ejemplo de ello es el cómputo de los términos y las formalidades de la notificación, proporcionando mayor flexibilidad con respecto a los establecidos en el procedimiento mercantil ordinario. En el arbitraje comercial, las actuaciones de las partes se regirán por el principio de igualdad y deberán disfrutar de las mismas oportunidades para hacer valer sus derechos. El fallo que resuelve la controversia o laudo debe constar por escrito y ser notificado a las partes, y es vinculante siempre y cuando no se presenten causas de nulidad Art. 1457, para ejecutarlo, únicamente se debe solicitar su reconocimiento al juez, lo que le da valor de Cosa Juzgada, por lo tanto, el arbitraje es un proceso vinculante de toma de decisiones basado en evidencia de documentos, testimonio y alegaciones. En teoría, el arbitraje parece un medio excelente de terminar las situaciones de conflicto, con economía de tiempo y de dinero, y cuando se trata de cuentas que revisar y de relaciones complicadas como son las sociales, susceptibles de los malentendidos y que en muchas ocasiones hay en juego un valor económico considerable, existe la ventaja de que el árbitro dispone de más tiempo que un juez para su minucioso examen. Aunque en práctica, podemos decir que el arbitraje no respondió en su momento a las expectativas que se tenían y engañó todas las esperanzas,

produciendo generalmente efectos contrarios a los que se buscaban con esta Institución.

2.3 MEDIOS DE SOLUCIÓN PARTICIPATIVA

Gracias a la idiosincrasia que tenemos los mexicanos mientras que algunos conflictos son simplemente molestias menores que aceptamos como un componente natural de nuestra existencia y convivencia en sociedad, otros evitan que nuestras relaciones se desarrollen en todo su potencial y algunos llegan a ser tan severos que causan irreparables daños a individuos, familias, medios laborales y comunidades enteras.

Existe una tendencia generalizada de vencer al otro, antes que a solucionar el conflicto. El proceso debiera ser en estos casos, el último de los instrumentos utilizados para combatir una vez habiendo agotado antes diferentes medios de solución que impliquen la colaboración de las partes, por ello, los medios de solución participativa, lejos de intentar suplantar la actuación jurisdiccional, la auxilia.

Según el historiador jurídico Tena Ramírez⁸, “las Constituciones de Cádiz de 1812, la federal de 1824 y la centralista de 1836, reconocían de manera expresa la posibilidad jurídica de que los conflictos litigiosos que sólo afectaran intereses privados fueran resueltos por jueces árbitros, por lo que nacieron los llamados Tribunales arbitrales, que fueron considerados entonces como Tribunales especiales”.

Aunque los medios como la conciliación y el arbitraje están reconocidos a nivel constitucional (Artículo 123 Fracción XX) y en la Legislación Ordinaria como en la Ley Federal del Trabajo (Artículos. 875 y 876), en la Ley Federal de Protección

⁸ Tena Ramírez, Felipe.- 1999 Leyes Fundamentales de México 1808-1999. México Editorial Porrúa

al Consumidor (Artículos 99 al 122), o en algunas leyes locales como la Ley de Asistencia y Prevención de la Violencia Intrafamiliar del Distrito Federal (Artículos 18 al 23), así como en los Códigos de Procedimientos Civiles y Penales de la mayoría de los Estados, la mediación en sede judicial tiene poca presencia en la normatividad de las Entidades Federativas.

El artículo 17 de nuestra Carta Magna es uno de los pocos que no han sufrido modificación alguna desde su incorporación en 1917⁹ y establece una buena parte de los lineamientos de la Administración de Justicia. Se señalan principalmente cinco garantías constitucionales, a saber, la prohibición de hacerse justicia por propia mano, el derecho a la tutela jurisdiccional, la abolición de costas judiciales, la independencia judicial y la prohibición de prisión por deudas de carácter civil.

En nuestros días, la urgencia de la creación y correcto funcionamiento de nuevos sectores en la resolución de conflictos es especialmente significativa en América Latina, donde hay muchas personas a las que el sistema ha dejado a un lado o restada importancia a la urgencia de sus pretensiones por lo que está en juego la pérdida de la dignidad humana, la poca valoración de las pretensiones individuales, y la credibilidad de la justicia que imparte el Estado.

2.3.1.-LA NEGOCIACIÓN O TRANSACCIÓN

El Código Civil vigente en el Estado de México, en su título XVI, abarca todo lo concerniente a la transacción misma a la que define como aquel contrato por el

⁹ Marques Algara, Ma. Guadalupe.- 2002 Mediación Notarial, Ponencia presentada en el I Congreso de Mediación Privada, efectuado en México en septiembre de 2002

¹⁰ 2004.- Hacia Mediación y Administración de Justicia

cual las partes, haciéndose mutuas concesiones, terminan una controversia o previenen una futura” (Art. 7.1148).

Según Márquez Algara y Dicho lo anterior, podemos concluir que la negociación es un proceso voluntario de comunicación que se utiliza para celebrar acuerdos o solucionar conflictos. A través de él, y en vista de que es un proceso voluntario, las partes establecen muy pocas limitaciones a este proceso, que amplía las posibilidades de solución exitosa.

2.3.2.- CONCILIACIÓN

La conciliación notarial es el intento lograr tras la ruptura de una negociación cooperativa o antes de esta y antes de recurrir a un proceso judicial a través de un tribunal estatal o un tribunal de arbitraje, introducir una última fase intermedia. Ésta se sirve de los medios de la negociación cooperativa, pero con vistas a un posible litigio jurídico bajo una mayor consideración de las pretensiones mutuas y de los fundamentos jurídicos. El notario como conciliador no sólo presenta una propuesta resolutoria que tenga en cuenta los intereses de ambas partes, sino también una propuesta de conciliación escrita. Ésta también tiene en consideración al objeto jurídico del litigio, al que se orientarán las pretensiones jurídicas, y no sólo económicas, de las partes interesadas tras una ruptura de la conciliación y en caso de llegar a una demanda. Esto aclara al mismo tiempo que en el proceso de conciliación, al contrario de lo que ocurre en la negociación cooperativa, es necesaria la redacción por escrito de la declaración de ambas partes y la justificación jurídica de las posiciones mutuas están presentes y constituyen el fundamento para la propuesta de conciliación escrita del notario.

2.3.3.- MEDIACION

Se denomina mediación, al proceso participativo de resolución de conflictos que consiste en la intervención de un tercero neutral que promueve nuevas reuniones entre las partes y el reinicio de del dialogo cuando estas ultimas interrumpen las conversaciones y se muestran en descontento, esta intervencion de un tercero busca que sean propiamente las partes las que busquen o desplieguen sus mejores esfuerzos en encontrar una solucion que satisfaga a todos.

Esta alternativa ha tomado importancia considerable en el mundo y empieza a tener singular presencia en paises de América Latina.

La mediacion como metodo de solucion participativa y debido a los cambios en la sociedad y por supuesto en el Derecho, es un proceso que a pesar de ser utilizado en otros paises con éxito, en nuestro ordenamiento juridico, sin embargo, pareciera que tiene una presencia desconfiada y timida, pues basta inspeccionar la historia de nuestros ordenamientos para darnos cuenta que no es sino hasta hace poco tiempo que se le ha venido tomando en cuenta como un proceso serio y efectivo para la solucion de conflictos.

Y es que precisamente es esta institucion la que incita con mayúsculas a prescindir del litigio y negociar con una adecuada asistencia soluciones pacificas y coherentes que no afecten la estabilidad de los vinculos, atendiendo los valores individuales de las partes y proyectando una solucion efectiva hacia el futuro.

Con ello puede afirmarse de manera sencilla que la mediacion es en esencia la negociacion propiciada por un terecro capacitado e imparcial, y que reviste las características de ser privada, voluntaria, informal y no obligatorio para las partes.

En este caso el mediador como tercero, no plantea alternativas de solucion, sino que unicamente se limita a ser un facilitador del dialogo. Un buen ejemplo es el

que se puede encontrar en las negociaciones colectivas, cuando se rompen los tratos directos y existe la posible consecuencia de un plazo de huelga, la autoridad de trabajo, convoca a las partes y les invita a reiniciar el diálogo y el planteamiento de propuestas viables, que posibiliten un acuerdo

El mediador es la persona calificada para restablecer la comunicación entre las personas y su primer objetivo es el fomento a la cultura de paz.

En el contexto Internacional, los Estados reconocen las bondades de los medios alternativos y recomiendan y promueven su empleo, como en la Conferencia Internacional de la Haya; la Carta de la Organización de las Naciones Unidas y la Carta de la Organización de Estados Americanos.

El objetivo de la mediación es el de impulsar un acercamiento entre las personas envueltas en un conflicto y ayudarlas a clarificar e identificar los intereses, y a que desemboquen en un acuerdo satisfactorio, sin necesidad de recurrir a los tribunales de Justicia.

a).- ANTECEDENTES DE LA MEDIACION

Existen claros antecedentes del sistema de mediación y son, particularmente importantes, en relación a la influencia que tuvieron para que la institución fuera adoptada en nuestro país.

Desde la organización básica primitiva familiar, las órdenes tribales, los clanes, los consejos de ancianos, hasta la autoridad del señor feudal, encontramos una franca evolución y numerosos indicios de la práctica de la mediación. Este medio de resolver conflictos fue parte sustancial de los sistemas jurídicos de entonces

y aún es utilizada por los indios navajos en el Norte, los Aimara en el Sur, los Cuáqueros en Occidente y muchas comunidades orientales¹¹

Por ejemplo en el caso de Perú existen los jueces de paz, ciudadanos letrados de respeto comunitario que ayudan a las partes a resolver sus controversias cotidianas cuando no se disponga de recursos para pagar el procedimiento de mediación. En no lejanas reformas a la normatividad peruana (noviembre de 1997) se ha otorgado al acuerdo alcanzado por las partes dentro de una mediación o conciliación, el carácter de cosa juzgada, teniendo título de ejecución respectivamente, ello ha propiciado que los Centros de Mediación y Conciliación absorban un número considerable de conflictos, que antes eran materia de Tribunales.

En España, desde el siglo XIII, existen los Tribunales de Aguas, mismos que eran elegidos por los campesinos y por virtud de los cuales se resuelven problemas referentes a la repartición equitativa del agua en la comunidad

En la antigua China, trataban de resolver sus divergencias a través de la utilización de la persuasión moral y del acuerdo. Actualmente, se hace a través de la Institución de los Comités Populares de Conciliación

b).- BREVE HISTORIA DE LA MEDIACIÓN EN MÉXICO

En la *Universidad de Sonora* desde 1993, en el postgrado de Derecho y Psicología de la familia, se contemplaba en el plan de estudios la materia de mediación familiar, es ahí donde surge el proyecto de creación del Centro de

¹¹ Marques Algara, Ma. Guadalupe.- 2002 Mediación Notarial, Ponencia presentada en el I Congreso de Mediación Privada, efectuado en México en septiembre de 2002

Mediación Familiar, iniciando sus actividades en marzo de 2000¹², sin embargo, fue el Estado de *Quintana Roo* en el año de 1997, el primero en diseñar un proyecto denominado *Justicia Alternativa*, que buscó materializar la igualdad jurídica en su Constitución, estableciendo para ello medios alternos a los preestablecidos y vigentes en su sistema jurídico; realizando modificaciones a su Constitución local, a fin de establecer en ella el derecho de todo habitante del Estado a resolver sus controversias mediante la conciliación o mediación antes, durante su tramitación y la ejecución.

Una de sus ventajas, es que existen delegaciones en los municipios para descentralizar el servicio, sin embargo, algo que algunos autores consideran una debilidad, es que toma por igual los procedimientos de mediación y conciliación. También cumple el servicio de defensoría de oficio y de asesoría técnico legal a las personas de escasos recursos, y tiene la facultad de aplicar medidas de apremio, como multa o arresto y auxilio de la fuerza pública, cuando lo considere necesario¹³.

El segundo en abrir un Centro de Mediación fue el Estado de Querétaro, ya que en su capital se realizó en 1999 el Programa Nacional de Formación de Mediadores, bajo la dirección del Doctor Jorge Pesqueia. Durante el relevo de la presidencia del Supremo Tribunal, a pesar de que la nueva presidencia mantenía el discurso a favor de la mediación, este Centro cerró sus puertas, pues el empleo de este medio alternativo de solución de controversias había sido producto de un Acuerdo del Pleno y no se hicieron las modificaciones al marco jurídico para institucionalizarla¹⁴.

¹² Marques Algara, Ma. Guadalupe 2004.- Hacia Mediación y Administración de Justicia

¹³ Centro de Asistencia Jurídica.- asistencia@tsjqro.gob.mx

¹⁴ Marques Algara, Ma. Guadalupe.- 2002 Mediación Notarial, Ponencia presentada en el I Congreso de Mediación Privada, efectuado en México en septiembre de 2002

Muchos proyectos retrasaron su consolidación, hasta que el Centro reabrió sus puertas en el año 2003. Como rasgo característico, los medios alternativos de solución pueden ser operados por centros de mediación públicos, privados o sociales.

Hoy en día la normatividad del Estado de Querétaro eleva a rango Constitucional al procedimiento de mediación, sin embargo el Centro por si mismo, aún no resuelve, significativamente, muchos de los problemas que inspiraron su creación¹⁵

La entidad a quien correspondió la apertura del tercer centro de Mediación en México, fue *Baja California Sur*, en el año 2001. Se conformaba como una dirección dependiente de la Presidencia del tribunal de Justicia del Estado, haciendo uso de las facultades que le concede la Ley Orgánica, en el sentido de implementar lo necesario para que la justicia sea pronta y expedita. El objetivo principal de la institución fue establecer un mecanismo para solucionar controversias, complementario a la función jurisdiccional¹⁶.

Le siguió, en octubre del mismo año, Aguascalientes, cuyo caso en particular, plantea a su proyecto características especiales, por las instituciones participantes, y por la forma en que se han allegado de recursos para su funcionamiento. Por medio de este programa, se busca consolidar un sistema de resolución de conflictos eficaz y expedito, diseñado y operado por jóvenes universitarios, contando con el apoyo y dirección del Poder Judicial del Estado, a través de su Instituto de Capacitación. Además de que este proyecto atiende la demanda social, ofrece espacios de participación a múltiples sectores profesionales, tales como: licenciados en administración, quienes elaboran

¹⁵ Centro de Mediación.- Tribunal Superior de Justicia de Querétaro.- <http://www.tribunalqro.gob.mx>

¹⁶ Marques Algara, Ma. Guadalupe.- 2002 Mediación Notarial, Ponencia presentada en el I Congreso de Mediación Privada, efectuado en México en septiembre de 2002

manuales de organización y procedimiento; licenciados en informática, quienes diseñan los sistemas que requiera para su funcionamiento; licenciados en comunicación, quienes desarrollan estrategias de comunicación, publicidad y difusión de sus actividades; licenciados en pedagogía, quienes auxilian en los programas de capacitación en mediación, y licenciados en Psicología, derecho y trabajadores sociales, directamente, como mediadores. Esta entidad, ha colocado en rango constitucional al procedimiento de mediación, esto es que cada poder estatal y ayuntamientos del Estado pueden contar con el procedimiento.

Podemos decir que son considerables los esfuerzos en México por rescatar esta institución. Actualmente, existen 20 estados en el país que cuentan con un Centro de Mediación o que tienen iniciativas de ley que la han aprobado en sus respectivos congresos. Muchos esfuerzos se han hecho, como es el caso del Distrito Federal, que como parte de su procedimiento conciliatorio y de amigable composición, en situaciones de conflicto intra familiar, a través de su Ley de Asistencia y Prevención de Violencia Intrafamiliar en el Artículo 18 título 4o, capítulo I, contempla mecanismos alternos así como en otras entidades de la República Mexicana existen servicios de apoyo psicoterapéutico en los juzgados de lo familiar y la función conciliadora que realiza el ministerio público en aquellos delitos no graves, que por su naturaleza, son objeto de solucionarse por este medio.

Aún nos queda mucho por aprender de la experiencia de otros países, en los que procesos como la mediación y la conciliación han alcanzado tanta importancia como el proceso judicial formal y aún mayores resultados y en este camino, la experiencia de México puede a su vez, significar un aporte valioso para aquellos países que aún no contemplan estas instituciones y por consecuencia no gozan de sus beneficios.

Sin embargo, como se ha visto en el caso de Querétaro estos beneficios no se verán ni todos los problemas se resolverán tan sólo con el plumazo de los legisladores, pues así como el proceso mismo de mediación implica necesariamente la voluntad de las partes, así a nivel institucional se necesita de la voluntad y el esfuerzo de todos los actores sociales, incluyendo por supuesto, al universitario para que, con base en la conciencia, el entendimiento y la organización, se logre restablecer la confianza en nuestro sistema de Administración de Justicia.

III.- EL NOTARIO

3.1.-CONCEPTO

El artículo 10 de la pasada Ley del Notariado del Distrito Federal de 1980 definía al notario de la siguiente manera:

"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 consignent los actos y hechos jurídicos"¹⁷.

La Ley del Notariado del Distrito Federal¹⁸, lo define como:

"El profesional del Derecho investido de fe pública por el Estado, y quien tiene a su cargo recibir, interpretar, redactar y dar forma legal a la voluntad de las personas que ante él se acuden, y conferir autenticidad y certeza jurídica a los

¹⁷ Artículo 10.- Ley del Notariado para el Distrito Federal.- 1980.-México

¹⁸ Artículo 42.- Sección segunda.- Del Notario.- Ley del Notariado para el Distrito Federal Vigente.- México

actos y hechos pasados ante su fe mediante la consignación de los mismos en instrumentos públicos de su autoría.”

Una definición al notario como el licenciado en derecho, investido de fe pública, facultado para autorizar aquellos actos y hechos jurídicos a los que la ley señale una determinada forma legal expidiendo un instrumento público de su autoría, con la finalidad de proporcionar seguridad jurídica.

3.2.- CARACTERES DEL NOTARIO

De las definiciones antes mencionadas se desprenden como caracteres del notario que:

El notario es un licenciado en derecho.

El notario está investido de fe pública

El notario actúa a petición de parte

El notario expide un instrumento público notarial de su autoría,

El notario da forma y autoriza el instrumento público notarial con la finalidad de brindar seguridad jurídica a los comparecientes y a la sociedad.

3.2.1-LICENCIADO EN DERECHO

El notario es un profesionalista, licenciado en derecho.

3.2.2- INVESTIDO DE FE PÚBLICA.

Como se ha expresado anteriormente, el notario es depositario de la fe pública que le otorga el Estado.

3.2.3- SU ACTUACION OBEDECE AL PRINCIPIO DE ROGACION.

Es muy importante este principio, pues el notario actúa e interviene siempre a petición de parte.

El prestatario del servicio, que puede ser un particular o el Estado, debe solicitar la intervención del notario en la celebración del acto o hecho jurídico, por lo que el notario no va a intervenir nunca de oficio, si no que actuará siempre a través de la solicitud del prestatario.

3.2.4- AUTOR

Expide un documento público de su autoría. El notario interpreta el acto o hecho jurídico debida formalización, que se somete a su consulta y debida formalización a fin de materializar la voluntad de los comparecientes al escuchar primeramente para después preparar, redactar, y elaborar un documento escrito denominado instrumento público notarial.

Es importante destacar que el instrumento notarial es autoría del notario, pues es éste quien lo confecciona y lo diseña, por lo que tendrá que hacer uso de la técnica jurídica, lógica y gramatical para convertir el instrumento notarial en lo mas preciso que se pueda sin dejar duda alguna, ni posible controversia en la celebración del acto.

3.2.5- DA FORMA Y AUTORIZA EL INSTRUMENTO PÚBLICO NOTARIAL CON LA FINALIDAD DE BRINDAR SEGURIDAD JURÍDICA

El notario es un artista que da forma a los actos y hechos jurídicos. Para que pueda cumplir con el requisito formal, se dice que el notario es un estudioso de los formalismos que debe cumplir la forma, por lo que el acto o hecho jurídico debe elaborarse en estricto cumplimiento de la forma establecida por la ley, con

los debidos formalismos que el notario inserte por disposición legal o por su autoría personal en la redacción del documento.

La actividad del notario no sólo se encamina a dar forma a los actos jurídicos; de hecho, cualquier licenciado en derecho debe estar capacitado para formalizar cualquier acto o hecho jurídico, sin embargo, el notario a diferencia de los licenciados en derecho que no son notarios, no solamente puede dar forma y formalidad a un acto o hecho jurídico en concreto, sino que al ser depositario de la fe pública se encuentra facultado, por ser atribución suya autorizada por la ley y por el poder ejecutivo a través de la patente, para autorizar los documentos que expide.

3.3- FUNCION DEL NOTARIO PUBLICO

El Notario debe saber en qué consiste su actividad.

El señor Licenciado José María Hernández Ramos Notario Publico de la Notaría número 25, de la Demarcación Notarial de Querétaro, sostiene que la actividad del notario consiste en: ESCUCHAR, INTERPRETAR, Y ORIENTAR A LAS PARTES; PREPARAR, REDACTAR, CERTIFICAR, AUTORIZAR, Y REPRODUCIR EL INSTRUMENTO NOTARIAL¹⁹.

Prácticamente, podemos resumir el quehacer del notario en dos rubros; como un consultor, consejero e intérprete de los comparecientes, y como un configurador del instrumento público.

¹⁹ Apuntes personales de la Clase Derecho Notarial y Registral.- Septiembre 2016.- Facultad de Derecho.- Universidad Autónoma de Querétaro

3.3.1- EL NOTARIO COMO CONSULTOR, CONSEJERO E INTÉRPRETE DE LA VOLUNTAD DE LOS COMPARECIENTES

Un consultor es una persona que escucha a alguien que desea recibir de él una opinión. El abogado es un jurisconsulto porque se someten a su consulta problemas jurídicos a fin de recibir una opinión jurídica; por tanto, el notario, al ser también un licenciado en derecho, es también un jurisconsulto.

El Licenciado Pérez Fernández del Castillo²⁰ nos dice que el notario debe aprender a escuchar:

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

El notario es también un consejero, entendiendo por "consejo" aquel parecer, dictamen, recomendación u opinión que rinda el notario público en el momento de ser consultado.

El acto o hecho jurídico que se pone a consideración del notario debe encuadrarse dentro del marco legal; para ello el notario usa la interpretación y la equidad, a fin de dar un "traje a la medida" conforme a las necesidades e inquietudes de los prestatarios.

²⁰ Pérez Fernández del Castillo, Dr. Othon.-1993.- Colección Derecho Notarial.- Tomo 10.-México.- Universidad Nacional Autónoma de México.

El Licenciado Pérez Fernández del Castillo opina que:

“...es muy frecuente que un planteamiento jurídico tenga diferentes soluciones, los cuales pueden encontrarse en los negocios jurídicos típicos o buscando una solución atípica particular...” “...La capacidad, preparación jurídica, conocimientos y experiencia del notario, son fundamentales para dar una solución y aconsejar lo más adecuado ante los hechos presentados por sus clientes²¹.”

El Autor Luis Carral y de Teresa manifiesta que el notario es un jurista.

“Topa con la norma vacía (abstracta) que ha creado el legislador, la llena con un negocio jurídico, y así contribuye a la creación de derechos subjetivos y de relaciones jurídicas. Convierte el pacto económico en jurídico y debe conocer y está obligado a conocer derecho vigente, así como la doctrina. Realiza, en suma, una función jurídica.”

“El notario en ocasiones al no encontrarse modo legal el pacto económico que se le presenta, idea una norma propia para el caso, basado en sus conocimientos de jurisprudencia y en su experiencia y al hacerlo, como el legislador, crea una norma”.

Entre la consulta y el consejo del notario, se encuentra la interpretación notarial. “Interpretar” es entender lo que la norma jurídica nos quiere decir. El notario, como buen jurisconsulto, debe interpretar el problema jurídico que se le plantea, a fin de poder aconsejar a sus prestatarios.

La interpretación notarial radica en la operación intelectual consistente en determinar el alcance, la extensión y el sentido del acto o hecho jurídico planteado en la consulta, a fin de poder configurar el instrumento público notarial

²¹ Pérez Fernández del Castillo, Dr. Othon.-1993.- Colección Derecho Notarial.- Tomo 10.-México.- Universidad Nacional Autónoma de México.

que declare el alcance, la extensión o significado del acto o hecho jurídico. El notario después de escuchar a sus clientes se sensibiliza y busca los motivos y causas que han tenido para llevar a cabo una operación, interpretando su voluntad y pretendiendo descubrir sus deseos y el modo de satisfacerlos dentro del ámbito jurídico.

Antes de que el notario configure el instrumento notarial, debe preparar, prevenir, y hacer las operaciones necesarias que la ley ordene, a fin de que pueda elaborar el instrumento notarial. La preparación del instrumento notarial consiste en cumplir aquellos requisitos previos que la ley ordena para la configuración provisional o definitiva del instrumento notarial, como pueden ser el aviso al Registro, el pago de impuestos, la recolección de identificaciones oficiales vigentes con Fotografía, actas de matrimonio, de nacimiento, según sea el caso; el avalúo Hacendario, el permiso de residencia en el caso de extranjeros, licencias y permisos administrativos, etc., requisitos legales por disposición de la ley o de la autoridad administrativa, que deberán cumplirse antes y después de la configuración del instrumento público notarial.

3.3.2- CONFIGURADOR DEL INSTRUMENTO PÚBLICO

Configurar es dar una determinada figura a una cosa, El notario da figura, a través de la forma del acto o hecho jurídico que se le somete a su consulta a fin de que pueda emitir un instrumento público, de acuerdo con la abstracción jurídica material que se le consulta.

La configuración del instrumento público pasa por las etapas de escuchar, interpretar, y orientar a las partes; preparar, redactar, certificar, autorizar, conservar y reproducir el instrumento notarial, objeto de la actividad concreta del notario.

Redactar es el arte de escribir bien; la redacción del notario es la técnica artística que emplea el notario para poder describir y expresar jurídicamente el acto o hecho jurídico objeto de su consulta.

El Licenciado Pérez Fernández del Castillo sostiene que la redacción debe ser expresada con propiedad, claridad y concisión, debiendo utilizarse el lenguaje jurídico.

“Las partes han expresado su deseo. El notario califica y determina el tipo de acto jurídico de que se trata y procede la redacción de las cláusulas en las que vuelca su actividad de profesional del derecho, demostrando su calidad de jurisconsulto. Desarrolla su labor de perito en derecho reconocida por la ley, así como su práctica en la redacción adquirida a través de la experiencia. Gracias a su estudio, conocen cuáles son las disposiciones que integran el orden jurídico, sabe adecuarlas y ordenarlas para formar el instrumento necesario a las partes. La redacción de las cláusulas requiere de sabiduría legal y responsabilidad profesional para evitar que el contrato declare como verdadero aquello que no es cierto, de tal suerte que prevalezca el orden jurídico y la buena fe”.²²

“Si la redacción del clausulado es jurídicamente correcta y se usa propiedad sencillez en el lenguaje, no habrá conflicto entre las partes”.²³

Redactar jurídicamente un contrato es una habilidad que debe tener cualquier aspirante a la abogacía, y sobre todo cualquier licenciado en derecho. Sin embargo, el licenciado en derecho se diferencia del notario en que aquél no puede certificar ni autorizar un acto jurídico, mientras que el notario público puede certificar y autorizar lo que expide.

²²

²³ Pérez Fernández del Castillo, Dr. Othon.-1993.- Colección Derecho Notarial.- Tomo 10.-México.- Universidad Nacional Autónoma de México.

Certificar es la parte del documento que redacta el notario, donde manifiesta el contenido de su fe pública.

Autorizar es el acto de autoridad que el Estado le delega al notario, a fin de poder autenticar el documento que expide, para dar una mayor eficacia al acto que se celebra y constituir prueba plena de la materialización de la abstracción jurídica que se pone a consideración del notario.

Una vez hecha la certificación y autorización del documento notarial, de ser necesario y si solicitan las partes, el notario tramita su inscripción en el Registro Público de la Propiedad.

IV.- FUNDAMENTOS

4.1.-LA APORTACION DEL NOTARIADO A LA PREVENCION Y RESOLUCION DE CONFLICTOS DE MANERA EXTRAJUDICIAL EN LA PRACTICA COTIDIANA

Según el segundo párrafo, artículo 42 del Capítulo Del Notario, Sección Segunda, de la Ley Federal del Notariado Mexicano, los notarios están habilitados para actuar como árbitros, sin desempeñar una función Pública, más bien una actividad complementaria que no está sujeta a autorización de ningún tipo²⁴.

Teniendo en cuenta la duración cada vez más larga de los procesos civiles ante los tribunales, El Colegio Nacional de Notarios de México²⁵ también ha asumido, junto a los temas de la prevención y resolución de conflictos, el tema de la eliminación. Este órgano ha manifestado una recomendación para un acuerdo

²⁴Artículo 42.- Segundo Párrafo.- Capítulo Del Notario.- Sección Segunda.- de la Ley Federal del Notariado Mexicano.

²⁵ Pérez Fernández del Castillo, Dr. Othon 2015.-Colegio Nacional de Notarios de México.- XV Congreso Nacional de Mediación efectuado en México en septiembre de 2015.

arbitral con convenio procesal compensatorio para los notarios. De esta forma, el notariado en México pretende ofrecer como alternativa a la jurisdicción estatal los siguientes mecanismos, que van desde la prevención de los conflictos hasta la decisión final, pasando por una resolución de dichos conflictos:

4.1.1.-PREVENCIÓN DE CONFLICTOS Y ASESORAMIENTO / ESCRITURA NOTARIAL

Con el fin de prevenir conflictos, las partes en muchas ocasiones pueden previamente, con la ayuda de un profesional del derecho imparcial, competente y elegido por ellas de forma conjunta, dejarse asesorar y previamente lograr una disminución de riesgo en contratos, estatutos y demás acuerdos que pretendan realizarse con posterioridad de manera privada o notarialmente. Esto último tiene lugar a través de una aclaración notarial de los hechos y de la voluntad de las partes, junto a una declaración concisa de la voluntad de las mismas, y de esta manera debe reflejarse mediante la formulación de cláusulas apropiadas, conformes a la instancia y por supuesto con seguridad jurídica, mediante una redacción del contrato completa, compensada y justa con respecto a los intereses de las partes, es decir, hecha a la medida de la necesidad o pretensión exteriorizada, y por último, mediante la función fedataria plasmada en la escritura.

4.1.2.-PREVENCIÓN /RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS Y ORDENAMIENTO DE CONCILIACIÓN NOTARIAL.

Con el fin de llegar a una resolución de conflictos, las partes pueden previamente dejar establecido, en contratos, estatutos y demás acuerdos celebrados ante notario, es decir con la ayuda de un profesional del derecho imparcial,

competente y elegido a tal efecto por ellas de forma conjunta, los distintos mecanismos para la resolución de conflictos que se deberían adoptar en caso de que surgiesen tales litigios, así como estipular quién ha de gestionar dichos mecanismos. Las partes pueden someterse, con ayuda notarial, a una resolución de conflictos extrajudiciales o previamente acordada. En procesos extrajudiciales para la resolución de conflictos o en procesos judiciales de arbitraje, los convenios o bien acuerdos finales pueden ser notarialmente legalizados y a efecto de asegurar lo acordado, ser acompañados por una cláusula de sometimiento a la ejecución forzosa de los mismos.

4.1.3.-FALLO SOBRE LOS CONFLICTOS Y TRIBUNAL NOTARIAL DE ARBITRAJE.

Con el fin de llegar a un fallo sobre los conflictos, las partes pueden previamente dejar establecido, en contratos, estatutos y demás acuerdos legalizados notarialmente y con la ayuda de un notario imparcial, competente y elegido por ellas de forma conjunta tras descartar la jurisdicción estatal, cómo se pueden resolver los conflictos a través de un tribunal notarial de arbitraje y, en caso de que los pasos anteriormente descritos no bastaran, cómo evitar un fallo de un tribunal sobre dichos conflictos. Con el acuerdo arbitral, acuerdo procesal y acuerdo sobre los gastos propuestos por un Tribunal Notarial de Arbitraje (órgano especializado y diferente al Colegio Nacional de Notarios de México) por un lado, y con el complemento del Colegio Nacional de Notarios de México por otro, a las partes se les ahorra la organización de un proceso judicial de arbitraje.

Las partes implicadas en un proceso judicial de arbitraje pueden asegurar, de la forma anteriormente señalada, que uno o varios árbitros notariales competentes para la materia del objeto litigioso juzguen su caso, sin tener por ello que

renunciar las partes a su apoyo legal. No existe ningún tipo de limitación por cuestiones de competencia, pero, en vez de gestionar los procesos judiciales introductorios ante los tribunales estatales por medio de caros consultores jurídicos, en procesos judiciales de arbitraje de este tipo, dichos consultores pueden ser sustituidos por un notario.

Junto a esta protección competencial del árbitro o bien del tribunal arbitral, surge también la ventaja de la confidencialidad en las negociaciones judiciales de arbitraje. Ya que, en contraposición a la publicidad de negociaciones orales en el proceso judicial de la jurisdicción estatal, en el proceso judicial de arbitraje notarial la publicidad queda excluida. Y como un plus al contrario de lo que ocurre en la jurisdicción estatal, en este caso se evitan tramitaciones largas, tediosas, caras pues muchas veces son llevadas por los famosos “abogados coyotes”, que lejos de resolver el caso en tiempo y forma utilizan artimañas para dilatar el proceso y con ello elevar considerablemente los gastos a cubrir.

Esta recomendación del Colegio Nacional de Notarios de México parte un análisis del derecho comparado con diversos países donde existe un tribunal notarial de arbitraje unipersonal como tribunal de arbitraje adecuado al fin perseguido. De forma paralela a esto, la Asociación de Notarios de esos países han creado, a través de su sociedad limitada un Tribunal arbitral constitucional que sigue un sistema procesal compensatorio parecido al recomendado.

Junto al asesoramiento y la mediación notarial (como término especializado) por una parte, y la jurisdicción de arbitraje notarial por otra, existen además otros procesos extrajudiciales para la resolución de conflictos que son de igual manera practicables por los notarios, procesos que ya arriba fueron nombrados bajo el concepto de la mediación como término genérico, a saber, negociación/mediación cooperativa, conciliación, escritura pública y resolución de conflictos contractual o convenio

V.- FUNCIONES ESPECIALES DEL NOTARIO

Si se divide la función preventiva del notario en los dos ámbitos principales de la prevención y resolución de conflictos, en el primer caso se deberá evitar el conflicto en sí y en el último, una vez surgido el conflicto, evitar un proceso judicial (ya sea ante tribunales estatales como ante tribunales de arbitraje). En ambos casos, el objetivo verdadero de la actividad notarial no es el de evitar algo, sino el de conseguir algo, en este caso el consenso de las partes enfrentadas. En ese sentido, el consenso no es un objetivo individual, sino que precisa de una seguridad adicional. Por ello, no sólo el notario está capacitado para ser útil en la redacción de un acuerdo final o incluso en la protocolización de este, sino también para hacer posible que se lleve a cabo lo acordado.

5.1.-ASESORAMIENTO

Antes que nada, debe hacerse la distinción entre asesoramiento parcial y asesoramiento imparcial, y con ello debe hacerse la diferencia entre asesoramiento jurídico y notarial. El abogado al ser asesor de sus clientes entre otras funciones es un asesor parcial²⁶, no se le permite asesorar a la otra parte en el mismo asunto jurídico. En cambio, el Notario no es representante de ninguna de las partes, sino asesor imparcial de los interesados. Sin embargo, deberá el abogado-notario dejar claro a tiempo y antes del comienzo del comienzo de la actividad como asesor, frente a los interesados si actúa en calidad de Abogado o Notario.

De este modo, mientras que el asesoramiento parcial se realiza frente a una parte, el asesoramiento imparcial es apropiado para desarrollarse frente a

²⁶ Fracción IV, Artículo 70.- Ley General de la Abogacía Mexicana vigente.-México

participes que tienen intereses contrapuestos o bien una Litis. Los notarios están autorizados y obligados a asesorar imparcialmente a las partes²⁷.

El asesoramiento imparcial está indicado para desarrollarse en caso de controversias, cuando los partícipes con conflicto de intereses desean tener un punto de vista objetivo por un experto en derecho, un Notario, de esta manera el profesional en derecho puede valorar oportunidades y riesgos existentes o futuros, situación que en la mayoría de las veces concluye en un acuerdo oral o por escrito, verbi gracia, con un dictamen e incluso con una concepción de un proyecto o un cierre de contrato.

Es un hecho que el asesoramiento notarial es apropiado en gran medida para actuar y decidir evitando y solucionando conflictos.

Entre las funciones inherentes al cargo público desempeñado por el notario en el campo de la administración de justicia, también se encuentra la de asesorar a las partes de forma imparcial; tal como se encuentra señalado en el Artículo 14 de la Ley del Notariado para el Distrito Federal. Por lo que se tiene que tomar en consideración dos aspectos:

“De conformidad con los postulados del Notariado Latino incorporado al sistema del Notariado local, en cada instrumento y en la asesoría relativa el notario deberá proceder conforme a los principios jurídicos y deontológicos de su oficio profesional; consiguientemente, no podrá tratar a una parte como su cliente y a la otra no, sino la consideración será personal y profesionalmente competente por igual desde la buena fe y la asesoría imparcial a cada parte o persona que solicite su servicio. La violación a este artículo ameritará queja.”²⁸

²⁷ 2º párrafo, Fracción V, Artículos 7 y 30.- Ley del Notariado para el Distrito Federal.- (Hoy Ciudad de México) Vigente

²⁸ Artículo 14.- Ley del Notariado para el Distrito Federal.- (Hoy Ciudad de México) Vigente

a). - El notario está obligado a ofrecer asesoramiento, tanto a la hora de legalizar, como a la hora de prestar asistencia de cualquier otro tipo.

Independientemente de esto, el notario puede llevar a cabo, por petición de los interesados, un asesoramiento personalizado, tanto si es con un “encargo de legalización público” como sin él, al cual le sigue una protocolización. Como asesoramiento se puede entender igualmente una información de carácter jurídico o el planteamiento de una consulta jurídica. Sin embargo, y según la jurisprudencia, no lo será un contrato de asesoramiento privado del notario, ya que el asesoramiento notarial es una función pública.

b). - En el caso de asesoramiento para la prevención de conflictos, el así llamado asesoramiento compensatorio, se trata de un asesoramiento notarial independiente como función pública, dicho asesoramiento puede tener como objeto cuestiones de carácter jurídico, así como de carácter económico.

Por lo cual es importante señalar igualmente el concepto de asesoramiento compensatorio a través de los notarios. Por ello se entiende, junto a la mediación como término especializado, todas las demás posibilidades de prevención y resolución de conflictos que tienen en la mediación su término genérico y a las que también considera asesoramiento.

El asesoramiento cuya finalidad es la de evitar y solucionar un conflicto, así como la mediación (independientemente de referirse a ella como término genérico o especializado) que aspira a alcanzar un equilibrio de los intereses a partir de una contraposición de intereses están determinados por tres elementos

1.-La imparcialidad del asesor y del mediador,

- 2.-La franqueza del resultado del proceso de asesoramiento y mediación y -
- 3.-La ayuda ofrecida por los partícipes para una formación de opinión; partícipes que aspiran a alcanzar un equilibrio de los intereses a partir de una contraposición.

5.2.- MEDIACIÓN NOTARIAL

En la negociación cooperativa, las partes del conflicto tratan de enfrentar opiniones con el fin de encontrar una base común que permita llegar a un acuerdo amistoso libre de fundamentos jurídicos. En este caso, el notario tiene la función de moderador o la de intermediario, si así se lo requieren las partes del conflicto. El notario es, al igual que en la mediación, un mero moderador, ya que los objetivos de la negociación cooperativa y de la mediación son distintos. En una negociación cooperativa el “negociador”, es decir, el moderador, busca una solución que contente a ambas partes. En la mediación, por el contrario, son las partes las que, bajo la dirección del moderador, encuentran por sí mismas una solución que satisfaga a todos. Esto aclara al mismo tiempo las diferencias con respecto al asesoramiento notarial puro.

En el asesoramiento puro para la prevención de conflictos a través de un notario éste debe, por petición de uno o varios interesados, asesorar de forma imparcial sobre una situación y/o cuestión jurídica. Por lo tanto, este asesoramiento no está encaminado a encontrar una solución, sino a facilitar la formación de opinión de los interesados. Éstos simplemente pretenden, a partir de un asesoramiento imparcial, poder valorar tanto la posición propia como la de la contraparte en dicho conflicto.

Si el notario es designado por las partes conflictuadas como moderador con la finalidad de una negociación cooperativa, es decir, para mediar, esto sólo podrá tener lugar si lo que se pretende es prevenir o resolver conflictos. En este caso los interesados eligen al notario, ya que, basándose en su experiencia, competencia y aptitudes para el consenso, esperan que éste pueda encontrar una solución a lo largo de la negociación, la cual no debe estar necesariamente limitada por derechos, fundamentos jurídicos o por un “objeto litigioso”. Sin embargo, el notario no decide, ni tiene la facultad para señalar cual es la solución correcta, ya que únicamente puede emitir su opinión profesional al respecto; ya que es el deber de las partes decidir la forma de conciliación y los términos de la misma.

Sí en cambio el notario es elegido por las partes implicadas como moderador en el marco de una mediación, esto solo podrá tener lugar, en todo caso, con la finalidad de resolver un conflicto ya existente. En tal caso el notario, en base a su experiencia, competencia y aptitudes para el consenso, ha de llevar a cabo la moderación de tal forma que, bajo su dirección, sean los propios interesados los que encuentren una solución.

Al contrario de lo que ocurre en el asesoramiento notarial para la prevención de conflictos, en el caso de la negociación cooperativa o de la mediación la solución tomada se especificará por escrito en una cláusula, la cual puede (no debe) ser una escritura pública (el así llamado acuerdo final), siempre que la ley no disponga lo contrario.

5.3.-CONCILIACIÓN

La conciliación notarial es el intento lograr tras la ruptura de una negociación cooperativa o antes de esta y antes de recurrir a un proceso judicial a través de un tribunal estatal o un tribunal de arbitraje, introducir una última fase intermedia. Ésta se sirve de los medios de la negociación cooperativa, pero con vistas a un posible litigio jurídico bajo una mayor consideración de las pretensiones mutuas y de los fundamentos jurídicos. El notario como conciliador no sólo presenta una propuesta resolutoria que tenga en cuenta los intereses de ambas partes, sino también una propuesta de conciliación escrita. Ésta también tiene en consideración al objeto jurídico del litigio, al que se orientarán las pretensiones jurídicas, y no sólo económicas, de las partes interesadas tras una ruptura de la conciliación y en caso de llegar a una demanda. Esto aclara al mismo tiempo que en el proceso de conciliación, al contrario de lo que ocurre en la negociación cooperativa, es necesaria la redacción por escrito de la declaración de ambas partes y la justificación jurídica de las posiciones mutuas están presentes y constituyen el fundamento para la propuesta de conciliación escrita del notario.

VI.- CONCLUSIÓN

El Notariado Mexicano ha evolucionado acorde con las exigencias de los tiempos y su evolución se ha realizado conservando su tradición de competencia y seguridad jurídica. Sin perder de vista los principios y valores secularmente reconocidos a la función notarial, el notario como profesional del derecho debe adaptarse al mundo de hoy.

La tarea pendiente es la de vencer resistencias oficiales y de litigantes para confiar al notario actividades de jurisdicción voluntaria; también prestar con

eficiencia y sin ánimo burocrático otros servicios, en diversas materias del derecho. Pero será muy importante la preparación del notario en el campo de la mediación, para responder a la gran confianza que la sociedad mexicana tiene en el notario, por sus características esenciales de seguridad jurídica, profesionalismo y honradez, que son su razón de ser.

Dirección General de Bibliotecas UNQ

BIBLIOGRAFIA

- Alcalá Zamora y Castillo, Carnelutti (1997), Ovalle Favela (1996), entre otros
Artículo 15, inciso b del Código Penal Vigente en el Estado de México
Diccionario de la Lengua Española Larousse
- Ovalle Favela, José.- 1996.- Garantías Constitucionales del Proceso, Tercera Edición, Editorial McGraw Hill, México
- Alcalá Zamora y Castillo, Niceto.- 1992 Estudios de Teoría General e Historia del Proceso, UNAM, México Tomos I y II
- Gómez Lara, Cipriano.-1991.-Teoría General del Proceso, Editorial Harla, Novena Edición, México
- Martínez, Beatriz.- 2002 Mediación y resolución de conflictos, Editorial Piados, México
- Tena Ramírez, Felipe.- 1999 Leyes Fundamentales de México 1808-1999. México Editorial Porrúa
- Marques Algara, Ma. Guadalupe.- 2002 Mediación Notarial, Ponencia presentada en el I Congreso de Mediación Privada, efectuado en México en septiembre de 2002
Hacia Mediación y Administración de Justicia
- Marques Algara, Ma. Guadalupe.- 2002 Mediación Notarial, Ponencia presentada en el I Congreso de Mediación Privada, efectuado en México en septiembre de 2002
- Marques Algara, Ma. Guadalupe 2004.- Hacia Mediación y Administración de Justicia
- Centro de Asistencia Jurídica.- asistencia@tsjgro.gob.mx
- Marques Algara, Ma. Guadalupe.- 2002 Mediación Notarial, Ponencia presentada en el I Congreso de Mediación Privada, efectuado en México en septiembre de 2002

Centro de Mediación.- Tribunal Superior de Justicia de Querétaro.-

<http://www.tribunalqro.gob.mx>

Marques Algara, Ma. Guadalupe.- 2002 Mediación Notarial, Ponencia presentada en el I Congreso de Mediación Privada, efectuado en México en septiembre de 2002

Artículo 10.- Ley del Notariado para el Distrito Federal.- 1980.-México

Artículo 42.- Sección segunda.- Del Notario.- Ley del Notariado para el Distrito Federal Vigente.- México

Apuntes personales de la Clase Derecho Notarial y Registral.- Septiembre 2016.- Facultad de Derecho.- Universidad Autónoma de Querétaro

Pérez Fernández del Castillo, Dr. Othon.-1993.- Colección Derecho Notarial.- Tomo 10.-México.-Universidad Nacional Autónoma de México

Artículo 42.- Segundo Párrafo.- Capítulo Del Notario.- Sección Segunda.- de la Ley Federal del Notariado Mexicano. de 2015.

Fracción IV, Artículo 70.- Ley General de la Abogacía Mexicana vigente.-México 2º párrafo, Fracción V, Artículos 7 y 30.- Ley del Notariado para el Distrito Federal.- (Hoy Ciudad de México) Vigente

¹ Artículo 14.- Ley del Notariado para el Distrito Federal.- (Hoy Ciudad de México) Vigente

Pérez Fernández del Castillo, Dr. Othon 2015.-Colegio Nacional de Notarios de México.- XV Congreso Nacional de Mediación efectuado en México en septiembre