

ANIBAL ALEJANDRO ALCOCER OCHOA

JOSÉ MARÍA HERNÁNDEZ RAMOS

LA FUNCIÓN NOTARIAL Y LA FACTIBILIDAD DE SU
ACTIVIDAD EN ASPECTOS DE JURISDICCIÓN
VOLUNTARIA

QUERÉTARO, QUERÉTARO; ENERO DEL 2002

No Adq. H 66212
No. Título TS
Clas. 347.016
A 354f

A Dios por el camino que eligió para mi ser; a mi Padre
Lic. y Not. Sergio Alcocer Muñoz por ser el pilar de mi disciplina y
de mi formación y por haberme enseñado el verdadero significado
de la vida y del amor a nuestros Padres; a mi Madre Carmen Ochoa
de Alcocer por haberme enseñado el verdadero significado de saber
luchar y hacerme siempre grande; a mis ejemplos de rectitud, de
trabajo y de ternura María del Pilar Martínez Ochoa y Elvira Ochoa
Martínez; a la adoración de mi vida mi Hermano Sergio Octavio
Alcocer Ochoa; A mi Compadre Antonio Ochoa Martínez como
nuestra de compromiso; a mis siempre Queridos Humberto, Pilar y
Armando; por todo su apoyo al Lic. Rogelio Garfias Ruiz; a la
persona que me ha enseñado el significado de la palabra amistad
José María Hernández Ramos; a mi Familia y Amigos...

A PAOLA

Anibal Alejandro

A una mujer que su sacrificio, amor y apoyo han sido inigualables para mí, Mi Madre Amada Ramos Osorio.

A quien ha sido un maestro de la vida para mí, dándome el privilegio de aprender de él Mi Padre, Lic. José María Hernández Solís.

A mi hermana Bertha E. Hernández Ramos que con su amor, paciencia y comprensión ha sido un guía.

A mi hermano Leonel Hernández Ramos, amigo que con su cariño todo es más fácil.

A mi hermana María José Hernández Ramos que con ella he aprendido la importancia del conocimiento.

A mi hermana Amada Hernández Ramos y Fidín, ejemplo a seguir.

A Daniela Navarrete Hernández, luz de mi vida.

A la bella memoria de mi abuelo Asisclo Ramos.

A mis amigos, que hacen que el camino de la vida sea más fácil.

A mis maestros, pilar importante de mi formación.

José María

LA FUNCIÓN NOTARIAL Y LA FACTIBILIDAD DE SU ACTIVIDAD EN ASPECTOS DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA.

CAPÍTULO 1

ANTECEDENTES HISTÓRICOS

A. EL ESCRIBANO PÚBLICO.	1
B. LA INSTITUCIÓN NOTARIAL.	13
C. EL NOTARIADO ESPAÑOL.	23
D. MÉXICO INDEPENDIENTE.	28
E. EL NOTARIO EN EL MÉXICO ACTUAL.	40

CAPÍTULO 2

LA FUNCIÓN NOTARIAL

A. LA FUNCIÓN NOTARIAL.	45
B. SU NATURALEZA JURÍDICA.	57
C. LOS DEBERES DEL NOTARIO.	72
.- PROHIBICIONES.	84
.- EXCUSA DEL NOTARIO.	87

CAPÍTULO 3

LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA.

A. DEFINICIÓN Y CONCEPTOS GENERALES.	89
B. NATURALEZA JURÍDICA.	95
C. LA INTERVENCIÓN ACTUAL DEL NOTARIO EN ASUNTOS DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA.	104
c.1 EN MATERIA SUCESORIA.	104
c.2 EN MATERIA DE CONTRATOS.	117
c.3 OTROS ACTOS.	119
.- APEO Y DESLINDE	119
.- INFORMACIONES AD PERPETUAM	121
.- EN EL DERECHO AGRARIO	123

CAPÍTULO 4

LA AMPLITUD EN LA ACTIVIDAD NOTARIAL.

A. JUICIOS NO CONTENCIOSOS.	126
B. TRÁMITES DE FILIACIÓN Y RECONOCIMIENTO DE HIJOS.	127
C. ADOPCIÓN.	144
D. RECTIFICACIÓN, MODIFICACIÓN	149

Y ACLARACIÓN DE ACTAS.	
E. DIVORCIO VOLUNTARIO (ADMINISTRATIVO)	152
F. LA NECESIDAD DE PERMITIR AL NOTARIO LA RESOLUCIÓN DE ASPECTO NO CONTENCIOSO.	155
CONCLUSIONES	161
BIBLIOGRAFÍA	165

CAPÍTULO 1

ANTECEDENTES HISTÓRICOS.

A. EL ESCRIBANO PÚBLICO.

“...Sin el oficio de escribano, andaría la verdad
por el mundo a sombra de tejados, corrida y
maltratada.”

El Licenciado Vidriera.¹

El primer escribano que existió sobre la faz de la tierra, tuvo que ser un sacerdote sumerio, no sólo porque la escritura se inventó dentro de un templo de alguna ciudad de la antigua Sumer, sino que porque en aquel tiempo eran los sacerdotes los encargados de presidir las contrataciones privadas.

La autora Ivonne Mijares, comenta:

¹ CERVANTES SAAVEDRA, Miguel de. Novelas Ejemplares. Red editorial Iberoamericana. México 1985. Vol. II. Pág. 69.

“Según se tratara de una venta, un testamento o un contrato matrimonial, debía celebrarse donde el lugar, las acciones y las palabras que debía pronunciar cada participante estaban preestablecidas, y tenían que cumplirse con toda solemnidad, si no se quería que el acto perdiera validez.”²

Jack Godoy, a su vez, nos explica:

“Estas ceremonias comenzaban con una invocación a los dioses para que fuesen testigos del acuerdo que seguía, y terminaba con las maldiciones que se desatarían sobre la persona, la familia y los bienes de aquél que violase el acuerdo.

Es decir que la formalización de los negocios privados estaba íntimamente ligada a la religión, no sólo porque exigía la presencia de un sacerdote, sino también porque el mismo acto legal tenía marcadas connotaciones religiosas y

² MIJARES RAMÍREZ, Ivonne. *Escribanos y Escrituras Públicas en el siglo XVI*. Editorial UNAM. México 1997. Pág. 14.

los castigos sobrenaturales desempeñaban una parte fundamental.”³

Es a partir del Derecho justiniano, que el *tabellio*, como entonces se le denominaba al notario, se convirtió en un factor muy importante en la evolución del Derecho, con la aplicación consuetudinaria de las normas del *Corpus Juris Civilis*, adaptándolas a los lugares y cambios sociales por medio de la creación de fórmulas nuevas, aunque el Historiador José Bono, consideraba que los documentos redactados y expedidos por el *tabellio* no constituían fe pública.⁴

Con el impulso del comercio, el incremento de la banca, el nacimiento de las sociedades mercantiles y el progreso de las compañías de navegación, en la Edad Media se desata un fuerte desarrollo en el Derecho.

³ GODOY, Jack. La lógica de la escritura y la organización de la sociedad. Alianza Universidad. Madrid, España. 1986. Págs. 99,100.

⁴ Cfr. BONO, José. Historia del Derecho Notarial Español. Tomo I. Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España. Madrid, España. 1979. Pág. 1.

Al regularse las nuevas actividades que surgían, en ocasiones se aceptaba o modificaba la legislación existente, y en otras, se creaban instituciones jurídicas nuevas; consecuentemente la forma notarial evolucionó y fue regulada de manera más precisa.

Carlomagno, en el siglo IX, legisla en las 'Capitulares', sobre la actividad notarial y establece entre otras disposiciones legales que el instrumento notarial tiene el valor probatorio de una sentencia ejecutoriada.

En la segunda mitad del siglo IX, el Emperador de Oriente León VI el Filósofo, continúa la obra de compilación de su padre Basilio I, y escribe la Constitución XXV, en la que hace un estudio sistemático de los *tabularis* (antes tabelión ahora notario).⁵

Este ordenamiento destaca:

⁵ FALGUERA, Félix María. Estudios filosóficos sobre el Notariado. Barcelona, España 1894.

- 1) La importancia del examen para el que pretende ingresar como *tabulari*;
- 2) Fija las cualidades físicas, jurídicas y morales de estos funcionarios;
- 3) Establece su colegiación obligatoria;
- 4) Fija un *numerus clausus* ;
- 5) A cada uno les da una plaza;
- 6) Impone aranceles,

Por ser realmente interesantes los preceptos estipulados en esta ley, a continuación transcribimos algunos párrafos:

"Respecto de las facultades morales :

“El que vaya a ser elegido notario debe serlo por votación a juicio del decano y de los demás notarios, de suerte que conozca y entienda las leyes y se distinga por su caligrafía, no resulte locuaz, insolente, ni de vida corrompida, sino de porte serio e inteligencia despierta, docto, prudente, con facilidad de palabra y buena escritura, para que no se vea fácilmente desconcertado por las escrituras falsas y los signos engañosos.

“En cuanto a sus conocimientos jurídicos :

“El candidato debe saber de memoria los cuarenta títulos del Manual de la Ley y conocer los sesenta libros de los Basílicos; debe haber estudiado también la Enciclopedia a fin de no cometer falta en la redacción o incurrir en error de lectura. Que se le dé tiempo suficiente para mostrar su capacidad intelectual y física. Prometa por escrito de su mano que no ha de ser negligente, y si falta, sea expulsado de su puesto que no se le promueva a aquel puesto por favor, recomendación, parentesco o amistad, sino por virtud, conocimiento y plena aptitud para todas sus funciones.

“En relación al número de notarios y su adscripción :

“No debe sobrepasar el total de los notarios el número de veinte y cuatro, y no puede el prefecto que esté en funciones nombrar: más de ese número so pretexto de que necesita más asesores.

“Si resultara haberlo hecho, pierda su cingulo (cordón o cinta de seda o de lino, con una borla a cada extremo, que sirve para ceñirse el sacerdote el alba cuando se reviste) y su cargo, pues no debe haber más notarios que "estaciones".

“Por lo que se refiere a las cualidades del notario :

“...en cualquiera negocios humanos de cuya ordenación legal se ocupe el Notariado, conviene advertir dos extremos, a saber: el *ius* y el *factum*; la cuestión de derecho y la de hecho; que es como el lucero matutino del arte notarial.

“En efecto, el *derecho* lleva de la mano al conocimiento del arte notarial; el *hecho*, a la facilidad en el ejercicio; se engaña quien, sin estos dos recursos, pretenda conocer el arte notarial de donde se deduce que han de armonizarse en un buen notario.

De uno y otro surgirá cierta coyunda armoniosa para que, sin arte, no yerre como ciego en la aplicación de las leyes, ni resulte infructuoso por falta de habilidad en el ejercicio notarial. “⁶

Gran importancia tiene para el estudio del Derecho Notarial el siglo XIII.

Entre los juristas glosadores de la escuela boloñesa, destacó la figura de Rolandino, catedrático de la Universidad de Bolonia, ya que hace hincapié en la importancia de la sistematización de los conocimientos notariales.

PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Bernardo. Derecho Notarial. Editorial Porrúa. México 1993. 6ª. Edición. Págs. 5 y 6.

Su obra conocida como *La Aurora* presenta un proemio en que se manifiesta como perspicaz conocedor del arte notarial, en los siguientes términos :

“Mi papel, ciertamente, en este trabajo se asemeja al del agricultor respecto del árbol: porque ni el que planta ni el que riega saben algo; sólo Dios es quien vigoriza las plantas.

“Con todo, es cierto que fui joven y casi ya soy viejo;. durante toda mi vida escudriñé los misterios del arte notarial, ayudado de la divina gracia, leyendo, reflexionando y practicando sin descanso este ejercicio; mis manos examinaron en prolongadas y continuas prácticas este Arte, adquiriendo firmes pruebas de su importancia, tanto oyendo a otros como palpando y viendo sus resultados. Primeramente redacté la *Suma*; luego, tras muchos años de prácticas, adicioné el presente *Aparato*.

“No creas que, como caballo desbocado, me lancé por el precipicio de un atrevimiento necio; enseñando lo

desconocido y alardeando ante los alumnos de ser maestro sublime..."⁷

Otra de las obras escritas por Rolandino Passaggeri son la *Summa Artis Notariae, Tractatus Notularum y Flos Testamentorum o Flos Ultimarum Voluntatum*.

Uno de los juristas de esta época es Salatíel, quien en su obra *Ars Notariae* da importancia a las cualidades físicas y morales del notario, entre las que subraya ser "varón de mente sana, vidente y oyente y constituido en íntegra fama y que tenga pleno conocimiento del arte notarial o tabelionato."

El Maestro Bernardo Pérez Fernández del Castillo, comenta que en la Madre Patria, en el mismo siglo XVIII, igual que Justiniano hizo en Constantinopla, Alfonso X El Sabio, realiza una majestuosa obra de recopilación y legislación, primero con el *Fuero Real* después con el *Espéculo* y finalmente con las *Siete Partidas*.

PASSAGGERI, Rolandino. La Aurora. Ilustre Colegio de Madrid. Madrid, España 1950. Pág. 3.

En la tercera, es regulada en forma sistemática la actividad del escribano y lo describe como :

“Escruiano tanto quiere decir, como ome que es sabidor de escreuir; e son dos maneras dellos. Los vnos, que escriuen los preuillejos, e las cartas, e los actos de casa del Rey e los otros, que son los Escruianos públicos, que escriuen las cartas de las vendidas, e de las compras, e los pleytos, e las posturas que los ames ponen entre si en las Cidades, e en las Villas.” (castellano antiguo).

En esta legislación aparece que la facultad de nombrar a los fedatarios le corresponde al rey:

“Poner Escruianos es cosa que pertenesce a Emperador o a Rey. E esto es, porque es tanto como uno de los ramos del Señorío del Reyno.”

Los escribanos deben tener las siguientes cualidades :

Leales e buenos e entendidos deuen ser los Escriuanos de la Corte del Rey, que sepan bien escreuir; de manera que las cartas que ellos fizieren, que bien semeje que de Corte del Rey salen, e que la fazen omes de buen entendimiento: ...E otrosi deuen ser sabidores de escreuir bien e entendidos de la Arte de la Escriuania, de manera que sepan bien tomar las razones, o las posturas que los omes pusieren entre si ante ellos.

En esa época, otorgar a alguien la facultad para redactar y dar fe de las cartas de la Corte del Rey, de las villas y ciudades, era una alta investidura y significaba una gran confianza, de parte del soberano y gran honor para el fedatario.⁸

Cfr. PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Bernardo. Op. Cit. Págs. 7 y 8.

B. LA INSTITUCIÓN NOTARIAL.

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

Los notarialistas especulan sobre la forma para ubicar en el tiempo y lugar, el nacimiento de la fe pública. Esto no ha sido posible hasta ahora.

Sin embargo, puede argumentarse que tal o cual legislación empieza a dar valor probatorio a la redactado y hecho constar por algunos artesanos de la escritura.

Puede afirmarse que en el siglo VI de la era cristiana, por primera vez existe una regulación positiva del Notariado, debida a Justiniano que en su enorme obra de Compilación y Legislación, conocida como el *Corpus Juris civilis*, dedica en las llamadas Constituciones o Novelas

XLIV y LXXIII a regular la actividad del notario, entonces *Tabellio*, al protocolo, y otorga el carácter de fidedigno con cierto valor probatorio al documento por él redactado.

Este personaje era un conocedor de las leyes.

Redactaba en un protocolo, leía, autorizaba y entregaba copia de documento a las partes; su actuación era obligatoria y respondía ante las autoridades, si el documento por él confeccionado era nulificado por ilicitud.

El documento redactado por el *tabellio* podía ser atacado ante los tribunales, como actualmente puede serlo el notarial. No así el *ius actorum conficiendorum* (derecho de formar y autorizar expedientes 'autos') documento judicial con valor semejante a la sentencia que ha causado estado.

El citado Maestro Bernardo Pérez Fernández del Castillo al respecto señala:

“Por ser plataforma desde donde se inicia el Notariado de tipo latino, al considerar indubitable el documento redactado y autorizado por el *tabellio*, son interesantes los párrafos que a continuación transcribo, referentes a varios puntos.

“El *tabellio* tenía plaza reconocida por el Estado:

“Para prohibir, pues, todas estas cosas hemos escrito la presente ley, y queremos que de todos modos se guarden estas disposiciones por lo notarios, ora estén en esta felicísima ciudad, ora en las provincias; teniendo entendido que si contra esto hubieren hecho alguna cosa, perderán en absoluto las que se llaman plazas.

“Se preveían fórmulas para iniciar y redactar los instrumentos:

“En el año tal del imperio de tal sacratísimo Augusto Emperador. ..y comiéndose inmediatamente con el favor de Dios desde la corriente primera indicación, escribiéndose en

cierto modo así: En el año undécimo del imperio del sacratísimo Augusto y Emperador Juniano, segundo año después del Consulado de Flavio Belisario, muy esclarecido varón, en el día tantos de tales calendas. ..

“Por lo que se refiere al valor probatorio del documento:

“...mas si el mismo notario escribió por si todo el instrumento, y lo perfeccionó, o si está presente el que lo escribió o por otra causa no puede él comparecer, atestigüe, sin embargo, bajo juramento su propia intervención, de suerte que no haya lugar al cotejo, y sean también así fidedignos los documentos; porque el testimonio prestado por voz del que lo perfeccionó y que tiene agregado juramento dio cierto valor al negocio.

“Respecto del protocolo:

“También añadimos a la presente ley que los notarios no escriban los documentos en papel en blanco, sino en el que al principio tenga el nombre del que a la sazón sea gloriosísimo conde de nuestras sacras liberalidades, la fecha en que se hizo el documento y lo que en tales hojas se escribe, y que no corten el protocolo, sino que lo dejen unido.

“Porque hemos sabido que en tales documentos se probaron antes y ahora muchas falsedades, y por lo tanto, aunque haya alguna hoja de papel que no tenga el protocolo escrito de este modo, sino que lleve otra cualquiera escritura, o la admitan, como adulterada y no apta para tales cosas, sino escriban los documentos solamente en hoja de papel tal, como antes hemos dicho.

“Así, pues, queremos que lo que por nosotros ha sido decretado sobre la cualidad de tales hojas de papel, y sobre la separación de lo que se llama protocolo, esté en vigor solamente esta felicísima ciudad, donde es ciertamente grande la muchedumbre de, contratantes, y hay mucha

abundancia de hojas de papel. y sea ilícito intervenir en el legal modo en los negocios, y no darles a algunos ocasión para cometer, falsedad, de la cual demostrarán que son responsables los que contra esto se hubieren atrevido a hacer alguna cosa. .”⁹

Entendemos, que durante los siglos XII y XIII se consolidaron y conjugaron en toda Europa procesos económicos, sociales, políticos y jurídicos que fueron definitivos para la constitución de la institución notarial.

El desarrollo del comercio y el crecimiento de la economía mercantil, el florecimiento de las ciudades y de la burguesía, la decadencia de la organización feudal y el fortalecimiento del poder de los reyes provocaron un replanteamiento de todo el sistema jurídico tradicional, que dentro del campo de nuestro interés se tradujo en la renovación del sistema documental y en la transformación del *scriptor* o *notarius* en *notarius publicus*.

Para Ivonne Mijares:

“El surgimiento de la institución notarial y la reforma del derecho en general se plantearon a partir del pensamiento de dos escuelas.

“Por un lado, la de los glosadores, que encabezaron el fenómeno llamado de la *Recepción*, la cual consistió en un estudio crítico del derecho romano a partir de la reinterpretación del *Corpus Iuris Civile* de Justiniano – que para este momento había alcanzado un prestigio equiparable al que tenía la Biblia o las obras de Aristóteles-, con el objeto de actualizar sus principios a las nuevas condiciones históricas.

Y por el otro, la de los canonistas que se abocó a la tarea de recopilar y adecuar el derecho que la Iglesia había producido hasta ese momento –que se hallaba contenido principalmente en las *Decretales* de los papas- con el fin de

establecer una doctrina universal acorde con las nuevas condiciones sociales y políticas.”¹⁰

Podemos señalar, que la reforma del sistema documental, y, por ende el surgimiento de la Institución notarial, está basada sobre la organización y el funcionamiento de los *scriptores* medievales, que además de haberse mantenido dentro de la tradición del Derecho Romano clásico, siempre estuvieron en contacto con la problemática que planteaba la negociación privada dentro del ámbito de la vida urbana y el comercio internacional.

Dicha reforma aprovechó la experiencia documental que estos especialistas habían alcanzado a través de una larga evolución histórica, y reconoció jurídicamente sus usos y costumbres, mismos que sólo fueron revestidos de una terminología justiniana; pudo consolidarse cuando las condiciones socioeconómicas y políticas permitieron que el Estado alcanzara la fuerza suficiente como para hacer cumplir las leyes y garantizar la fuerza vinculante de los contratos.

¹⁰ MIJARES RAMÍREZ, Ivonne. Op. Cit. Págs. 31,32.

León Mayhew, comenta respecto a esta reforma:

“Esta reforma trasladó la participación de la Iglesia y la religión --que como vimos habían sido determinantes en la educación de los *scriptores* y en la configuración del contenido mismo de las escrituras, debido a la conformación de una serie de principios encaminados a garantizar el cumplimiento de las obligaciones-, a un segundo plano, pues aunque las invocaciones y los juramentos siguieron desempeñando un papel fundamental dentro de la negociación privada, el valor constitutivo y probatorio del documento ya no se fundamentaba en principios religiosos y morales, sino en el reconocimiento de una autoridad civil, que garantizaba la legalidad de los contratos y respaldaba la fuerza jurídica de las negociaciones.”¹¹

¹¹ MAYHEW, León. “Sistema jurídico”. Enciclopedia internacional de las ciencias sociales. Tomo 3. Editorial Aguilar. Madrid, España. 1976. Págs. 511-513.

Es en estas condiciones, que el notario adquirió el carácter de verdadera institución jurídica así como su documentación, al estar respaldada en una autoridad estatal, que permitió asegurar el cumplimiento de las obligaciones que se contrajeran, y se constituyó en una eficaz respuesta a la problemática que planteaba la negociación privada dentro del nuevo contexto económico.

Tan fue así, que desde el siglo XIII esta institución ha mantenido sin modificaciones sustanciales sus principios básicos, tanto en lo que se refiere a la organización de la profesión, como en la estructura básica de su documentación.

C. EL NOTARIADO ESPAÑOL.

En tanto en Europa sucedía lo antes mencionado, en España se inició un proceso muy similar.

El periodo comprendido entre los siglos XII y XIII se caracterizaba desde el punto de vista histórico por el fortalecimiento de los reinos cristianos y los avances continuos de la Reconquista, los cuales van a propiciar que España forme parte del movimiento económico, político y jurídico que se estaba desarrollando ya en parte de Europa.

En el campo específico de la organización documental, señala Ángel Riesco, ya hemos visto cómo desde el siglo XI se inició un movimiento en el que la formalización escrita de los negocios privados tendía a simplificarse y flexibilizarse a fin de facilitar las transacciones privadas dentro del nuevo contexto económico.¹²

De la misma manera, el ejercicio de la profesión, que al principio era enteramente libre, pasó a estar controlado

¹² Cfr. RIESCO, Ángel. Paleografía y diplomática. Universidad Nacional de Educación a Distancia. Tomo II. Madrid, España. 1984. Pág. 293.

por los gobernantes locales, en donde quedaban incluidos los reyes, los señores feudales, los obispos, los monasterios y, cada vez más, los concejos de las ciudades.

Riesco nos sigue explicando:

“En Castilla –cuyo caso nos interesa por ser su tradición jurídica la que se impuso posteriormente en América-, destaca el ordenamiento notarial que llevó a cabo Alfonso X, quien reinó de 1252 a 1284, y que comprende tres diferentes codificaciones: El Fuero Real, El Espéculo y las Siete Partidas.”¹³

Según José Bono, con base en la experiencia profesional de los escribanos castellanos, se sancionó el principio de la doble redacción del documento: la primera nota o matriz debía hacerse en presencia del escribano, las partes y tres testigos, y podía servir de prueba en caso de que el segundo documento se perdiera o surgieran dudas sobre él; por lo tanto, estos registros debían de guardarse

¹³ Ibidem. Pág. 241.

y, al dejar el cargo o morir el escribano, entregarse a la persona que lo sucediera en la plaza.¹⁴

El Espéculo –espejo del Derecho-, redactado hacia 1260, nos presenta una reglamentación notarial más detallada y madura, y también representa un trabajo original de los juristas alfonsinos, que aparentemente seguían sin conocer el pensamiento de la escuela de Bolonia.

Así, por ejemplo, se exige que además de prestar juramento, el escribano presente información que acredite su aptitud moral y técnica.

José Bono explica:

“En el aspecto documental, se establece el principio de la triple redacción del acto: “Deben fazer primeramente la nota, e[des]pues que fuere acordada ante aquellos que la manden fazer, dévela escribir en el registro e romper la nota, e fazer la carta”.

¹⁴ Cfr. BONO, José. Op. Cit. Pág. 241.

Asimismo, el registro deja de ser un conjunto de notas, para convertirse en “un libro para registro en que se escriban las notas de todas las cartas”.¹⁵

En España, en el año de 1862, se expide en forma codificada la primera Ley Orgánica del Notariado Español, que sistemáticamente regula al notario, la función notarial, el instrumento público y la organización notarial.

Gran importancia tiene para América Latina y en especial para México esta ley que fue seguida y adaptada por nuestro legislador.

El término notario, sustituye al de escribano, le da la categoría de funcionario público y separa la actividad judicial de la notarial. Acaba con la prolifera y complicada enumeración de escribanos que existía en la tradición española.

¹⁵ Ibidem. Pág. 245.

Para ser notario, se exige haber triunfado en el examen de oposición, en el cual participaban los aspirantes que tuvieran una preparación técnica y especializada.

Esta legislación sirvió de base a la mayoría de las leyes notariales de los países latinoamericanos.

D. MÉXICO INDEPENDIENTE.

Por lo que se refiere a México, es importante resaltar el hecho de que los aztecas no contaban con un Notariado propiamente dicho. Solamente puede mencionarse al tlacuilo, que era un artesano que dejaba constancia de los acontecimientos mediante signos ideográficos.

Durante la conquista española en América, los notarios dejaron constancia escrita de la fundación de ciudades, de la creación de instituciones y otros hechos relevantes.

El propio Hernán Cortés, que había sido escribano, en tierras americanas siempre se hizo acompañar de escribanos en sus conquistas.

El 27 de diciembre de 1792, por autorización del rey de España, Felipe V, se erigió el Real Colegio de Escribanos de México el cual el año siguiente estableció una Academia de pasantes y aspirantes, que otorgaba certificados de competencia para ejercer el Notariado.

A partir de la independencia, se suceden diversas leyes relativas a la organización y funcionamiento del Notariado. Desde las que asimilaban a los notarios públicos dentro del poder judicial, hasta las más modernas, que los conceptúan como profesionistas independientes, con delegación de fe pública del presidente de la República.

Entre las leyes del Notariado más importantes pueden citarse: a) La Ley Central de 1853, expedida por Antonio López de Santa Anna, en la que se exigía al aspirante aprobar un examen ante el supremo tribunal. b) La Ley Orgánica de Notarios y Actuarios del D.F. que por primera vez exige que el notar; sea abogado, o por lo menos haber cursado una serie de materias de derecho civil, mercantil, procesal y notarial.

Una situación de descontrol Político, favorable para el movimiento de Independencia de la Nueva España, se creó al ser España invadida por las tropas napoleónicas. Así el 15 de septiembre de 1810, el cura de Dolores, Miguel Hidalgo y Costilla declaró la Independencia.

Posteriormente el movimiento tomó otros derroteros con el cura don José María Morelos y Pavón, quien firmó el 22 de octubre de 1814, el "Decreto Constitucional para la Libertad de América mexicana", con una idea clara y definida de independencia frente a España.

Cuando la consumó Agustín de Iturbide el 27 de septiembre de 1821, México se independiza con una acción iniciada en favor de España y terminada por los españoles en el Tratado de Córdoba, firmado el 24 de agosto de 1821 por Iturbide y Juan O'Donojú. Es por esta razón, que algunos historiadores dicen que la Independencia la hicieron los españoles y la Conquista los nativos. Esta última idea la sostiene Alfredo Chavero al decir: "En verdad, no fue un grupo de soldados europeos quien hizo la conquista, sino los mismos indios."

El Maestro Bernardo Pérez Fernández del Castillo nos explica:

"Mientras Fernando VII se encontraba cautivo en Francia, de 1808 a 1814, en España se reunieron las Cortes,

formadas por representantes de todo el reino, incluyendo las colonias.

“La obra fundamental de este órgano legislativo, fue la Constitución de Cádiz del 18 de marzo de 1812. En América esta ley entró en vigor en forma precaria, por la situación política que provocó el incipiente movimiento de Independencia.

“Más tarde, el 9 de octubre de 1812, las Cortes, expidieron el *Decreto Sobre Arreglo de Tribunales y sus Atribuciones*, y concedió a las audiencias algunas facultades en materia de exámenes y arancel para escribanos. En los artículos 13 y 23 establecía :

“ART. 13. *Las facultades de estas audiencias serán únicamente: [. ..) Séptima, ecsaminar á los que pretendan ser escribanos en sus respectivos territorios, previos los requisitos establecidos ó que se establezcan por las leyes. y]os ecsaminados acudirán al rey ó á la regencia con el documento de su aprobación para obtener el correspondiente título.*

ART. 23. También formará cada audiencia, de acuerdo con la diputación provincial respectiva, y lo remitirá a la regencia dentro del mismo término, un arancel de los derechos que deban recibir así los dependientes del tribunal como los jueces de partido, alcaldes, escribanos y demás subalternos de los juzgados de su territorio; y la regencia, al tiempo de pasar estos arancéles á las cortes para su aprobación, propondrá lo que le parezca á fin de que cuando sea posible se igualen los derechos así en la península como en Ultramar respectivamente y proporcionalmente. ¹⁶

Continúa el Maestro citando:

“La legislación positiva española, las Leyes de Indias y demás decretos, provisiones, cédulas reales, etcétera, dados durante la 'Colonia, continúan aplicándose en México Independiente. Así lo dispuso el *Reglamento Provisional Político del Imperio Mexicano* de 18 de diciembre de 1822. El primer párrafo del artículo 29 establecía:

¹⁶ PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Bernardo. Op. Cit. Pág. 23.

“Quedan sin embargo, en su fuerza y vigor las leyes, órdenes, y decreto; promulgados anteriormente en el territorio del imperio hasta el 24 de febrero , de 1821, en cuanto no pugnen con el presente reglamento, y con las leyes, órdenes y decretos expedidos, ó que se expidieren en consecuencia de nuestra independencia.

Sin embargo, se fueron dictando nuevas leyes y decretos que paulatinamente separaron el derecho mexicano del español.”¹⁷

A partir de la Independencia, el régimen político de la República Mexicana fluctuó entre el federalismo y el centralismo. Cuando el federalismo era el sistema establecido, la legislación notarial fue local; cuando el régimen fue centralista, las disposiciones notariales fueron generales, de aplicación en todo el territorio nacional.

¹⁷ Ibidem. Pág. 23, 24.

Continuó la costumbre colonial de los oficios "públicos vendibles y renunciables" entre los cuales se encontraba la escribanía.

Esta forma de ingreso a dicha función constituía una manera de proporcionar impuestos y derechos al erario.

Bajo la vigencia de la Constitución de 1824, una vez derrocado el imperio y organizada la Nación en forma de República Federal; se dictaron algunas disposiciones aplicables a los escribanos. Mencionamos las siguientes entre otras :

Decreto de noviembre 13 de 1828. "Providencia de la Secretaría de justicia comunicada á la de hacienda". En ella se pide "Que se dé noticia de los oficios de escribanos vendibles y renunciables con todos los pormenores que se expresan" ;

Circular de la Secretaria de Justicia de 19 de agosto de 1831. "Requisitos para obtener título de escribano en el distrito federal y territorios" ;

Circular de la Secretaria de Justicia de 21 de mayo de 1832. "Previsiones acerca de oficios públicos vendibles y renunciables que se sirvan interinamente" ;

Decreto de 30 de noviembre de 1834. Es una de las primeras disposiciones legales referentes al escribano. En este decreto se legisla sobre la "Organización de los Juzgados del Ramo Civil y del Criminal en el Distrito Federal". Pero en realidad continúa con las mismas características que la legislación castellana había dado al escribano de diligencias, como un escribano público que trabajaba de secretario al mismo tiempo, en los tribunales civiles y los llamados del ramo criminal.

El 30 de diciembre de 1836, se dictó una nueva constitución y se le dio el nombre de "Leyes Constitucionales", por estar dividida en siete secciones.

Entró en vigor el 11 de enero de 1837 y estableció el centralismo como sistema de organización política. Esta legislación sobre escribanos era de aplicación nacional.

El 23 de mayo de 1837 se dictó la "Ley para el Arreglo Provisional de la Administración de Justicia en los Tribunales y Juzgados del Fuero Común". Esta ley fue explicada por el *Reglamento para el Gobierno Interior de los Tribunales Superiores, Formado por la Suprema Corte de Justicia*, del 15 de enero del año siguiente. En los artículos 21 y 22 establecía como forma de ingreso a la escribanía, aprobar un examen teórico y práctico, de la siguiente manera :

El que pretendiere recibirse de escribano, presentará los documentos que acrediten tener los requisitos que exigen las leyes: calificados éstos por bastantes con la audiencia del fiscal, y previo el examen del colegio de escribanos donde lo hubiere, se señalará día para el del Tribunal, al que deberá llevar y leer una escritura e instrumentos sobre los puntos que el día anterior le hubiere señalado el Presidente del Tribunal, o de la sala examinadora; en seguida será examinado en la misma forma que los abogados, sobre las materias peculiares a la profesión a que aspira, y si fuere aprobado, se le dará la certificación correspondiente, para que ocurra por el fiat al Supremo Gobierno.

Para los exámenes de que tratan los artículos anteriores, basta la mayoría absoluta de los ministros que deben componer el Tribunal o Sala respectiva.

El cobro de honorarios por la prestación de servicios de la función, estuvo sujeto al arancel expedido el 12 de febrero de 1840, bajo el rubro de "Aranceles de los honorarios y derechos judiciales que se han de cobrar en el departamento de México por sus secretarios y empleados de su superior tribunal [. ..] escribanos [. ...]"

El Doctor Juan Sala nos comenta que:

"Según el manual del litigante instruido, publicado en México en 1843, los requisitos que se exigían a los escribanos eran :

Saber escribir, tener autoridad pública, cristiano y de buena fama, hombre de secreto, entendedor en tomar las

razones de lo que ha de escribir, vecino del pueblo, y hombre secular.”¹⁸

Para esta época existían tres clases de escribanos según la Curia Filípica Mexicana: nacionales, públicos y de diligencias.

Al comienzo del siglo XX, la República Mexicana estuvo regulada por la Constitución de 1857, que establecía un sistema de organización federal y por lo mismo, el Distrito Federal y cada uno de los Estados que lo integraban, tenían su propia legislación notarial.

Posteriormente en 1910, se inicia el movimiento de Revolución que trajo como consecuencia la actual Constitución, promulgada el 5 de febrero de 1917.

Esta, Ley fundamental, continúa el sistema de República Federal.

¹⁸ SALA, Juan. El litigante instruido, el Derecho puesto al alcance de todos. Luis Mendiola editor. México 1843. Pág. 266.

Ley del Notariado de 1901. El Presidente de la República, Porfirio Díaz, promulgó el 19 de diciembre de 1901, la Ley del Notariado que entró en vigor el 19 de enero de 1902. Su ámbito de aplicación abarcó el Distrito y Territorios Federales (Art. 1º.).

Dispuso que el ejercicio de la función notarial fuera de orden público, conferido por el Ejecutivo de la Unión (Art. 1º.). La dirección del Notariado estaba a cargo de éste a través de la Secretaría de Justicia (Art. 10). Más tarde, al extinguirse la Secretaría de Justicia, por Ley de 13 de abril de 1917, los asuntos del Notariado fueron encomendados al gobierno del Distrito Federal.

El Notario Público, es un Oficial público designado para que, dentro de su jurisdicción, reciba todos los actos y contratos a los cuales las partes deban o quieran dar el carácter auténtico propio de los actos de la autoridad pública, y para certificar la fecha de ellos, conservarlos en depósito y expedir testimonios y copias.

E. EL NOTARIO EN EL MÉXICO ACTUAL.

La ley actual, de 8 de enero de 1980, que mantiene en lo esencial los principios básicos de la ley anterior, por lo que se refiere a la organización del Notariado y a su actuación.

Se establecen algunas normas que modernizan la técnica notarial para hacerla acorde con las necesidades del mundo moderno y se mantiene la organización basada en el control que el presidente de la República ejerce sobre el Notariado del D.F., y, en su caso, los Gobernadores de los estados con el Notariado estatal.

En la ley que comenta se le dio una participación importante en estas funciones de control al director general del Registro Público de la Propiedad y del Comercio.

Como afirma el Maestro Carral y de Teresa, se inició el acceso de abogados al campo del Notariado.

La ley anterior a la actual, de 31 de diciembre de 1945, que termina por consolidar el carácter de profesional del

derecho que tiene el notario y que establecía toda una organización funcional del Notariado, mediante la regulación de requisitos, incompatibilidades, prohibiciones, exámenes y una serie detallada de lineamientos que debía seguir el notario en su actuación.

Aun cuando cada sistema de Notariado es distinto de los demás, por ser un resultado de la idiosincrasia y costumbres de cada lugar, cabe resaltar algunos sistemas que en lo general tienen grandes semejanzas y diferencias:

- a) El Notariado anglosajón, producto consuetudinario del derecho de esos pueblos, en el que el notario no tiene una fe pública general propiamente dicha. No es un profesional del derecho y su fe se limita a actos de derecho internacional. En los Estados Unidos, el notario anglosajón o privado sólo autentica firmas, sin que su actuación se refiera al fondo del documento de que se trate.
- b) El Notariado de tipo latino, como el de nuestro país, en el que el notario es al mismo 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 mas límites que los que marcan las leyes.

En los últimos años, la ley ha encomendado al notario público mexicano importantes, pero muy engorrosas, funciones de carácter fiscal, relativas a la determinación, cobro y entero de los impuestos causados por los actos jurídicos otorgados ante su fe.

Estas funciones de auxiliar fiscal han sido criticadas por los congresos internacionales del Notariado Latino porque desnaturalizan la función notarial y la distraen de sus responsabilidades propias.

El Notariado existe históricamente, es indudable que existe para asegurar la certeza, la permanencia y la paz jurídica entre los particulares.

Esas cualidades de los actos jurídicos son indispensables. ¿Cómo debo lograr esa certeza, permanencia, seguridad, paz jurídica?, respuesta: organizando el Notariado que ya existe, y respetándolo en sus bases esenciales que son aquellas sin las cuales no se podría lograr la seguridad jurídica, la permanencia y la certeza que son indispensables.

El Notariado en México a principios de siglo se estructura y organiza en forma definitiva, a diferencia de los siglos anteriores en que la función notarial se regulaba conjuntamente con la judicial.

El carácter de función pública, el uso del protocolo, la colegiación obligatoria, el examen de admisión, la creación del Archivo de Notarías, y en general la regulación sistemática de la función notarial se inicia con la Ley de 1901, que perfeccionada con la de 1932 y 1945, con pocas variantes, llega hasta la actual.

La formulación de los instrumentos se hará a petición de parte.

A excepción del Distrito Federal y del Estado de Morelos, los demás Estados de la República, en sus Leyes del Notariado, definen al notario como "funcionario público".

El estudioso del Derecho, Pérez Fernández del Castillo nos explica:

"Por su lado la Unión Internacional del Notariado Latino, en su primer congreso internacional, celebrado en Buenos Aires en octubre de 1948, definía al notario y su actividad así: "el notario latino es el profesional del derecho encargado de una función pública consistente en recibir, interpretar y dar forma legal a la voluntad de las partes" redactando los instrumentos adecuados a ese fin y confiriéndoles autenticidad, conservar los originales de éstos y expedir copias que den fe de su contenido."¹⁹

¹⁹ PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Bernardo. Op. Cit. Pág. 147.

CAPÍTULO 2

LA FUNCIÓN NOTARIAL.

A. LA FUNCIÓN NOTARIAL.

Antes de iniciar el estudio de la función notarial, es necesario conocer en qué consiste la actividad del notario y, con otra perspectiva, abocarnos a su estudio.

Los que sustentamos la presente tesis, consideramos importante dar a conocer en forma clara a quienes desean ser notarios, que esta profesión debe ser un servicio a la comunidad y no un negocio; que se requieren estudios jurídicos y éticos muy profundos, sólidos y universales, y que el notariado es una profesión especializada, incompatible con cualquier trabajo u ocupación, particular o pública, para la cual es imprescindible poseer una verdadera vocación y una actitud de servicio, estudio e independencia.

El estudioso de Derecho, Don Luis Carral y de Teresa, al respecto manifestaba:

“Cuando el hombre que ejerce el notariado no tiene el amor por su profesión, en vez de dignificar ésta, la envilece; y como en el pasado se han dado muchos casos de ineptos y de mercenarios de la profesión, se explican los retratos de notarios indignos, mezquinos e ignorantes, presentados por maestros de la talla de Moliere, de Quevedo y de tantos otros.”²⁰

La actividad del notario consiste en escuchar, interpretar y aconsejar a las partes; preparar, redactar, certificar, autorizar y reproducir el instrumento.

El multicitado autor Pérez Fernández del Castillo, nos explica la forma en que debe desarrollarse tal actividad:

“Escuchar:

“Cuando alguna persona desea celebrar algún contrato o se encuentra envuelta en un problema jurídico, acude al

²⁰ CARRAL Y DE TERESA, Luis. Derecho notarial y Derecho registral. Editorial Porrúa. México 1994 . 5ª. Edición. Pág. 9.

notario, y en una primera audiencia, le plantea sus conflictos, los cuales son escuchados con atención.

“El notario trata de conocer todas las circunstancias que le puedan dar oportunidad de entender la inquietud de las partes y sus alcances.

“Probablemente en el bosquejo de las situaciones de hecho presentadas ante su consideración, existan matices que es preciso aclarar, de los que pudieran resultar consecuencias que los clientes no se habían imaginado.

“Interpretar

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

“Aconsejar

“Una vez que los problemas han sido establecidos por las partes y asimilados por el notario, éste dentro de su repertorio jurídico, se encuentra en actitud de dar un consejo eficaz. Es muy frecuente que un planteamiento jurídico tenga diferentes soluciones, las cuales pueden encontrarse en los negocios jurídicos típicos o buscando una solución atípica particular, podríamos decir, un "traje a la medida".

“La capacidad, preparación jurídica, conocimientos y experiencia del notario, son fundamentales para dar una solución y aconsejar lo más adecuado ante los hechos presentados por sus clientes.

“Preparar .

“Para la preparación y redacción de una escritura pública, se necesitan cumplimentar requisitos previos a la

firma, por ejemplo, en las traslativas de dominio de un bien inmueble, debe obtenerse: del Registro Público de la Propiedad, el certificado de libertad de gravámenes; contar con el título de propiedad; acta de matrimonio del enajenante a fin de examinar el régimen bajo el cual contrajo nupcias; el avalúo bancario que sirva de base para la cuantificación de los impuestos; en caso de extranjeros, el permiso de la Secretaría de Relaciones Exteriores para adquirir el inmueble. Satisfechos los requisitos se está en posibilidad de redactar el instrumento.

“Redactar

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

“Las partes han expresado su deseo. El notario califica y determina el tipo de acto jurídico de que se trata y procede a la redacción de las cláusulas en las que vuelca su creatividad de profesional del derecho, demostrando su calidad de 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, conoce cuáles son las disposiciones que integran el orden jurídico, sabe adecuarlas y ordenarlas para formar el instrumento necesario a las partes. La redacción de las cláusulas requiere de sabiduría legal y responsabilidad profesional para evitar que en el contrato se declare como verdadero aquello que no es cierto, de suerte que prevalezca el orden jurídico y la buena fe.

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

“Certificar

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

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

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

“Autorizar

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

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

“Reproducir

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

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

“El protocolo pertenece al Estado y es conservado por el notario durante cinco años a cuyo término, se deposita en el Archivo General de Notarías en donde permanece definitivamente, de tal suerte que en la Ciudad de México, pueden consultarse documentos notariales elaborados desde 1527.

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

“El notario tiene la obligación de inscribir el testimonio de la escritura si se ha recibido las expensas necesarias para tal efecto.

En el Registro Público de la Propiedad la inscripción de derechos reales sobre bienes inmuebles o cualquier derecho real o posesión sobre los mismos, no tiene el carácter de sustantivo ni de constitutivo, solo de declarativo; pues el acto jurídico o el contrato se perfeccionan fuera del Registro Público con el solo

consentimiento otorgado en la forma establecida *por* la ley.”²¹

Así pues, es evidente que en todas estas etapas debe caracterizar al notario su imparcialidad, espíritu conciliador, discreción en los secretos recibidos, equidad en el cobro de los honorarios, preparación técnica y jurídica; desempeño personal; y cumplimiento de las normas éticas y jurídicas.

De no actuar conforme a estos deberes puede incurrir en responsabilidad civil, penal o disciplinaria.

Es en base a esto, que consideramos que cuando un abogado inicie su práctica notarial, el notario titular debe obligarse de tener la seguridad de que el futuro aspirante goce de las cualidades técnicas, científicas y morales propias de la actividad.

Si dichos atributos se aprecian en él, se debe cuidar y fomentar el crecimiento intelectual y, alentarle y apoyarlo, incluso económicamente, factor éste de relevancia, pues

²¹ PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Bernardo. Op. Cit. Págs. 148-150.

algunos posibles notarios desisten de continuar preparándose porque sus ingresos económicos son exiguos.

El notariado actual es herencia de una gran tradición histórica que, desde una perspectiva social coloca a la profesión en un sitio privilegiado.

Representa el esfuerzo de generaciones que con honestidad y trabajo han dado honor y prestigio a tan noble tarea.

Es decir, quien en este momento ostenta el cargo de notario, sin duda es apreciado y goza de innumerables consideraciones debido a la irreprochable trayectoria de aquellos que nos antecedieron.

Bernardo Pérez Fernández del Castillo, en su *Ética notarial* nos comenta:

“La coyuntura de nuestro tiempo, lleno de cambios vertiginosos tanto políticos como sociales y económicos, nos obligan a buscar una adaptación constante al mundo

moderno, de tal manera que la profesión notarial continúe mostrando su sello de utilidad y permanencia al ser humano.

La continuidad, conservación e incremento de ese prestigio moral e intelectual, es una responsabilidad histórica que corresponde a todo notario.”²²

²² PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Bernardo. *Ética notarial*. Editorial Porrúa. México 1994. 3ª. Edición. Pág. 12.

El debate que se ha dado entre los notarialistas ha sido amplio a fin de discernir si el notario es o no funcionario público.

B. SU NATURALEZA JURÍDICA.

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.

Fue la Ley del Ventoso XI de 1803, la que por primera vez estableció que el notario es un funcionario público, a la letra dispone:

“ART. 1º.- Los notarios son los funcionarios públicos establecidos para recibir todos los actos y contratos a que las partes deban o quieran dar el carácter de autenticidad propio de los públicos, y para asegurar la fecha, conservar su depósito y librar copias y testimonios.

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 criterio. 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 nuestra parte nos limitaremos 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 caso normalmente es vitalicio.

El Maestro Eduardo I. Couture, está de acuerdo con esta postura, y lo hace respecto a una disposición de la Ley del Notariado de Uruguay, que conceptúa al notario como funcionario público, expresa :

“El problema de la condición del escribano público no es un problema de definición legal. Podrá el legislador, en sus definiciones, denominarlo así; pero bien sabemos que no es misión del legislador dar definición sino instituir normas, es decir, proposiciones hipotéticas de una conducta futura.

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

No será funcionario público, aunque la ley lo denomine así, si en el cúmulo de sus derechos y deberes no tiene la condición de tal.”²³

²³ COUTURE, Eduardo J. estudios de Derecho procesal Civil. Tomo II. Editorial Depalma. Buenos aires, Argentina. 1978. Pág. 125.

La Ley del Notariado del Distrito Federal de 1945, que sirvió de modelo a los demás Estados de la República establecía :

"ART. 19- El ejercicio del Notariado en el Distrito y Territorios Federales es una función de orden público. Estará a cargo del Ejecutivo de la Unión, quien lo ejercerá por conducto del gobierno del Distrito o Territorio Federal correspondiente, y que por delegación se encomienda a profesionales del derecho a virtud de la patente que para tal efecto les otorga el propio Ejecutivo a fin de que lo desempeñen en los términos de la presente ley."

Definía al notario como:

"La persona varón o mujer, investida de fe pública para hacer constar los actos y hechos jurídicos a los que los interesados deban o quieran dar autenticidad conforme a las leyes, y autorizada para intervenir en la formación de tales actos y hechos jurídicos revistiéndolos de solemnidad y formas legales (Art. 2º.). "

La redacción de este artículo motivó múltiples discusiones acerca de si el notario tiene o no la calidad de funcionario público.

Aunado a los anteriores preceptos, el artículo 81 de la Ley del Notariado establece que incurren en el delito de "Falsedad en declaraciones judiciales y en informes dados a una autoridad", al que declara falsamente ante notario.

El notario también puede valerse del empleo de la fuerza pública, cuando se oponga resistencia, se use o se pueda usar violencia contra los notarios, la policía les prestará auxilio para llevar a cabo las diligencias que aquellos deban practicar conforme a la ley.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se refiere a los funcionarios y empleados públicos pero no los define.

El título cuarto denominado "De las responsabilidades de los servidores públicos", menciona quiénes son los funcionarios y los servidores públicos:

"ART. 108.-Para los efectos de las responsabilidades a que alude este título se reputarán como servidores públicos a los representantes de elección popular, a los miembros de los poderes Judicial Federal, y Judicial del Distrito Federal, a los funcionarios y empleados, y, en general a toda persona que desempeñe un empleo, cargo o comisión de cualquier naturaleza en la administración pública federal o en el Distrito Federal, quienes serán responsables por los actos u omisiones en que incurran en el desempeño de sus respectivas funciones.

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

"Los gobernadores de los Estados, los Diputados a las legislaturas locales y los magistrados de los Tribunales Superiores de Justicia locales, serán responsables por

violaciones a esta Constitución y a las leyes federales, así como por el manejo indebido de fondos y recursos federales.

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

Por otra parte, la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, que entró en vigor el 10 de marzo de 1983, regula la actividad, responsabilidad y sanciones de los funcionarios y servidores públicos a que se refiere el mencionado artículo 108 de la Constitución.

La distinción doctrinal entre funcionario y empleado público, se hace en atención a los siguientes criterios:

- a) duración del empleo;
- b) tipo de retribución;

- c) naturaleza de la relación jurídica que los vincula con el Estado;
- d) poder de decisión y de mando de los funcionarios, y de meros ejecutores de los empleados;
- e) los funcionarios tienen señaladas sus facultades por la Constitución y los empleados por los reglamentos;
- f) los funcionarios crean relaciones externas y los empleados internas.

El maestro Gabino Fraga expresa :

“Por nuestra parte, consideramos que el último criterio de los señalados es el que corresponde realmente a la idea consignada en las disposiciones constitucionales, de tal manera que examinado cada uno de los funcionarios enumerativamente fijados por los preceptos a que nos referimos en un principio, se encuentra que todos ellos tienen ese carácter representativo que los coloca como intermediarios entre el Estado y los particulares, en tanto que indudablemente existen al lado de ellos *todo* el conjunto de agentes de administración que solo guardan la relación

interna con el servicio, necesario para auxiliar a los representantes en el ejercicio de sus facultades.”²⁴

Al estudiar la naturaleza jurídica del funcionario público, la doctrina determina con este carácter a los representantes de los órganos de la administración pública federal, dividida en centralizados, descentralizados y paraestatales.

Los tratadistas de Derecho Administrativo consideran que la centralización es el núcleo de la organización, en cuyos círculos externos se encuentran colocados los demás.

Establecen como características de la centralización, que sus órganos se agrupan colocándose unos y otros, en una situación de dependencia.

²⁴ FRAGA, Gabino. Derecho Administrativo. Editorial Porrúa. México 1990. 10ª. Edición. Pág. 131.

Internamente hay una organización jerárquica que determina los poderes de nombramiento, mando, vigilancia, disciplinario, revisión y nulificación de los actos del inferior, y resolución de conflictos de competencia.

En la organización descentralizada, no existe el poder de jerarquía que caracteriza a la organización centralizada.

Se clasifica en descentralización por servicio, por colaboración y política.

Es por eso que 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 del Distrito Federal (hoy Jefe de Gobierno del Distrito Federal) y de los gobernadores de los estados, 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 de notario, está sujeta a requisitos legales consistentes en la

aprobación del examen de aspirante y el triunfo en el de oposición.

Tampoco se encuadra dentro de los organismos descentralizados o paraestatales que cuentan con personalidad jurídica propia, de la cual carece la notaría.

Así pues, la notaría no es una dependencia del gobierno ni una paraestatal. El vocabulario y los conceptos doctrinales del Derecho Administrativo, hasta este momento, no alcanzan a esclarecer la posición del notario en la organización de la administración pública.

Tal vez a esto se debe a que el nacimiento del Notariado, históricamente, es anterior al del Estado moderno, a la división de poderes, y a la actual organización burocrática.

La situación del notario, dentro de la organización estatal contemporánea, es indeterminada, depende del Estado, pero no está dentro de su organización administrativa, ni burocrática.

Es a partir de la Ley del Notariado de 1901 que se le denomina funcionario público y se inicia la relación con el Poder Ejecutivo, pues en el siglo XIX, la función notarial dependía del Poder Judicial como continúa siendo en otros países.

Independientemente de las disposiciones legales y de las opiniones doctrinales, es un hecho indubitable que la actividad fedataria del Notariado, se realiza en nombre del Estado y dentro del marco jurídico establecido por la ley.

Los únicos cargos públicos que son compatibles con la función notarial, son la instrucción pública y los de elección popular.

Por otro lado, el notario no puede ser empleado público para no comprometerse con el Estado y actuar parcialmente en su favor; no puede aceptar nombramientos que lo conviertan en empleado o funcionario, bajo la dirección y dependencia del Estado, sino por el contrario, para actuar

con imparcialidad en garantía de los particulares, debe permanecer libre de esta clase de vínculos.

Con frecuencia el notario tiene que llevar a cabo actuaciones que resultan contrarias a los intereses del Estado, debe ser imparcial con los particulares frente a aquél, por ejemplo, cuando por un acta notarial se pruebe la realización de un hecho ilícito efectuado por éste en contra del particular, causándole daños y perjuicios.

En México, el notario puede actuar en protocolos especiales para coadyuvar en la realización de los fines del Estado, sin que esto implique una relación de trabajo y dependencia.

Por ejemplo, la Ley General de Bienes Nacionales establece el protocolo que deben llevar los Notarios del Patrimonio Inmuebles Federal (Art. 53). Los Notarios del Patrimonio Inmuebles Federal, requieren de una autorización especial de la Secretaría de Desarrollo Social para intervenir en todas aquellas operaciones en que es

parte el Poder Ejecutivo Federal y en el cual debe dar fe, sin que con esto exista algún motivo de parcialidad.

En opinión de 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.²⁵

Se ha dicho que la naturaleza del Notariado se exterioriza en la practica 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

²⁵ GIMÉNEZ ARNAU, Enrique. Derecho Notarial. Ediciones Universidad de Navarra, S. A. Pamplona, España. 1976. Pág. 30.

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.

El Notariado es una institución sui generis, surgida como un producto social protector de las relaciones derivadas de la vida económica de los hombres y basada siempre en la fe pública, que es su elemento distintivo.

Ha evolucionado a través de los siglos adaptándose a las distintas épocas, lugares e idiosincrasias.

C. LOS DEBERES DEL NOTARIO

La función notarial se encomienda para su desempeño a particulares, Licenciados en Derecho, mediante la expedición de la patente respectiva.

Se ejerce por particulares con este grado académico y que después de haber presentado dos exámenes, obtienen la mencionada patente.

La Ley del Notariado actual es más explícita que las anteriores al determinar que el notario es un Licenciado en Derecho.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos garantiza la libertad para escoger la profesión o trabajo que más convenga a la persona y determina que la ley reglamentaria de cada Estado, indicará cuáles son las profesiones que necesitan título para su ejercicio.

Tal es el contenido de los párrafos primero y segundo del artículo 59 constitucional que establecen :

“A ninguna persona podrá impedirse que se dedique a la profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode, siendo lícitos. El ejercicio de esta libertad sólo podrá vedarse por determinación judicial, cuando se ataquen los derechos de tercero, o por resolución gubernativa, dictada en los términos que marque la ley, cuando se ofendan los derechos de la sociedad. Nadie puede ser privado del producto de su trabajo, sino por resolución judicial.

La ley determinará en cada Estado, cuáles son las profesiones que necesitan título para su ejercicio, las condiciones que deban llenarse para obtenerlo y las autoridades que han de expedirlo.”

Su remuneración no proviene del erario federal ni local, sino del particular que acude a pedir la prestación de sus servicios. Por otro lado, su actuación es obligatoria; sólo puede excusarse en los siguientes términos:

El notario podrá excusarse de actuar:

I. En días festivos o en horas que no sean de oficina, salvo que se trate del otorgamiento de testamento, casos de extrema urgencia o de interés social o político;

II. Si los interesados no le anticipan los gastos salvo que se trate del Otorgamiento de un testamento o de alguna emergencia que no admita dilación.

Estos dos aspectos han suscitado la discusión sobre la naturaleza jurídica de la relación que existe entre el notario y el particular. Algunos tratadistas consideran a esta relación derivada de un contrato de prestación de servicios profesionales, otros opinan que se trata de una relación mixta y compleja, compuesta de un reglamento (arancel) , prestación de servicios profesionales (profesional del derecho que aconseja a las partes y resuelve consultas) y de orden público (presta un servicio público) , cuya actuación es obligatoria.

La ley lo considera un profesional del derecho.

Conforme al sistema latino, al que pertenece el Notariado mexicano, el notario es una persona que ha demostrado tener los conocimientos necesarios para actuar como profesional del derecho, que conoce la ciencia jurídica.

Su función es diferente a la que cumplen otros tipos de Notariado, como es el caso del anglosajón en el que no es necesario que el notario sea perito o profesional del derecho, puesto que su función no es redactar el contrato y revisar la legalidad de los actos que ante él se celebren, sino únicamente dar fe de conocimiento y del otorgamiento de las firmas.

El cargo de notario es temporal y no vitalicio; puede recaer en cualquier persona mayor de edad, independientemente de su profesión u ocupación. Por eso es frecuente encontrar en los Estados Unidos de Norteamérica, fungiendo como *notary public* al encargado de una farmacia o a empleados de grandes despachos de abogados, compañías hipotecarias y sociedades inmobiliarias, lo que atenta seriamente a la imparcialidad de la función notarial.

La fe pública es un atributo del Estado que tiene en virtud del *ius imperium* y es ejercitada a través de los órganos estatales y del notario.

En el sistema jurídico mexicano, el Notariado, sin formar parte de la organización del Poder Ejecutivo, es vigilado y disciplinado por él.

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

Y, hablar de fe pública, nos lleva al concepto de la fe. Se significa creer en aquello que no se ha percibido directamente por los sentidos: "acepto lo que el otro dice; acepto que tal acontecimiento es cierto; creo que tal acto efectivamente se realizó".

Si los acontecimientos se hubiesen percibido directamente por los sentidos, estaríamos en presencia de una evidencia y no de un acto de fe.

La doctrina se plantea qué debe entenderse por fe pública.

El autor Giménez Arnau, por ejemplo dice que la acepción vulgar de la idea. de la fe pública no coincide con el sentimiento jurídico que la expresión tiene:

"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 autóctonamente sobre su objetiva verdad cada uno de los que formamos el ente social.

Así pues, continúa diciendo que el concepto jurídico de la fe pública es:

La necesidad de carácter público, cuya misión es robustecer con una presunción de verdad los hechos o actos

sometidos a su amparo, queramos o no queramos creer en ellos.”²⁶

Para otros autores la fe pública es la garantía que da el Estado de que son ciertos determinados hechos que interesan al derecho.

La fe pública del notario no es más que una especie de la fe pública estatal, así se habla de fe pública notarial.

La fe pública notarial es una facultad del Estado otorgada por la ley. La fe del notario es pública porque proviene del Estado y porque tiene consecuencias que repercuten en la sociedad.

La fe pública del notario significa la capacidad para que aquello que certifica sea creíble. Esta función del notario contribuye al orden público, a la tranquilidad de la sociedad en que actúa, y da certeza que es una finalidad del derecho.

²⁶ GIMÉNEZ ARNAU, Enrique. Op. Cit. Págs. 37 y 38.

Si párrafos atrás se dijo que la fe pública es la garantía que da el Estado, la fe notarial es la garantía que da el notario al Estado y al particular al determinar que el acto se otorgó conforme a derecho y que lo relacionado en él es cierto, proporcionando así seguridad jurídica.

Establece la ley que el notario está facultado para autenticar y dar forma en los términos de ley a los instrumentos en que se consignen los hechos.

La facultad de autenticar surge de la ley y de la calidad de fedatario. Como consecuencia, los hechos y actos contenidos en los instrumentos que certifica el notario, tienen el carácter de auténticos, valen *erga omnes*.

El Código Civil y la Ley del Notariado establecen los hechos y actos jurídicos que deben hacerse constar con la formalidad notarial.

El procedimiento para satisfacerla, se encuentra en la Ley del Notariado denominado "la forma para la forma". La

misión del notario es, entre otras, seguir este procedimiento para requisitar plenamente la formalidad notarial.

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

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

Obligación de guardar reserva. El notario está obligado a guardar reserva de los actos otorgados o de los hechos que consten ante su fe. sin embargo, puede dar informes cuando se lo soliciten las leyes o bien si se trata de actos inscribibles en el Registro Público de la Propiedad.

Fuera de lo anterior, le está prohibido dar información de los actos y hechos que consten en su protocolo más que a las personas jurídicamente interesadas. En caso de

infringir esta obligación se incurre en el delito de "revelación de secretos" y en las sanciones establecidas en los artículos correspondientes del Código Penal.

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

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

De tal manera protege la ley el respeto a la obligación de reserva, que cuando un inspector de notarías realiza una inspección general no puede examinar el contenido de las escrituras. Sólo pueden hacerlo cuando se trata de una visita especial sobre una escritura o un Acta.

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

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

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

Los jueces y los notarios ante quienes se tramite una sucesión, recabarán informes del Archivo General de Notarías acerca de si éste tiene registrados testamentos otorgados por la persona de cuya sucesión se trate y, en su caso; la fecha de los mismos, Al expedir el informe indicado el Archivo General de Notarías, mencionará en él, si con anterioridad ha proporcionado el mismo informe a otro funcionario.

Quando en un testamento público abierto se otorguen cláusulas que conforme a las leyes sean irrevocables, el notario, sin revelar el contenido de dichas cláusulas, hará

mención de ello en el aviso a que se refiere el primer párrafo de este artículo, lo cual asentará el Archivo General de Notarías.

El Archivo, al contestar los informes que se soliciten, deberá indicar el testamento o testamentos respecto de los cuales tenga asentado que existen dichas cláusulas irrevocables.

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

Obligación de tramitar la inscripción de los testimonios. En el Registro Público de la Propiedad y del Comercio se tramita la inscripción de los testimonios de las escrituras públicas y de las actas notariales, cuando proceda. El notario tiene la obligación de llevar a cabo este trámite, siempre y cuando se le haya solicitado y expensado por sus clientes.

En materia de extranjería el notario tiene obligación de aplicar la Ley de Nacionalidad y Naturalización; Ley de Población y su reglamento; Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera; Reglamento del Registro Nacional de Inversiones Extranjeras; y más de veinte Leyes especiales que establecen restricciones para los extranjeros.

Por lo que se refiere al carácter de liquidador del notario, tiene que conocer y aplicar las Leyes del Impuesto sobre la Renta, Impuesto de Adquisición de Bienes Inmuebles, Impuesto al Valor Agregado, Ley de Hacienda del Departamento del Distrito Federal y de las Entidades Federativas.

.- PROHIBICIONES

Prohibición de actuar fuera del protocolo. El notario sólo puede autorizar escrituras o actas en su protocolo; no puede actuar en ningún , otro instrumento.

Enumeraremos a continuación otra serie de prohibiciones:

- Actuar con parcialidad en el ejercicio de sus funciones y en todas las demás actividades que la Ley del Notariado le señale;

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

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

- Actuar como notario sin petición de parte, solicitud del interesado o mandato judicial;

- Dar fe de actos o hechos respecto de los cuales haya actuado anteriormente como abogado;

- Dar fe de actos o hechos sin haberse identificado previamente como notario;

- Dar fe de manera no objetiva o parcial;

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

.- EXCUSA DEL NOTARIO

El notario puede excusarse de actuar en días festivos o en horas que no sean de oficina, y si los interesados no le anticipan los gastos; asimismo puede hacerlo si se encuentra atendiendo otro asunto.

Sin embargo ambas excusas admiten excepciones : aunque sea día festivo o en horas no laborales, el notario debe actuar si es para el otorgamiento de testamentos, casos de extrema urgencia o interés social o político.

También debe actuar sin anticipo de gastos, cuando se trate del otorgamiento de un testamento o de alguna emergencia que no admita dilación.

CAPÍTULO 3

LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA

A. DEFINICIÓN Y CONCEPTOS GENERALES.

La expresión jurisdicción voluntaria se suelen designar aquellos actos y procedimientos que se realizan ante funcionarios judiciales, con el objeto de que éstos verifiquen la existencia de ciertas situaciones jurídicas o la satisfacción de determinados requisitos legales, sin que haya conflicto entre partes y sin que las resoluciones que aquellos lleguen a pronunciar puedan adquirir la autoridad de la cosa juzgada.

El Maestro Alcalá Zamora, señala que la *expresión jurisdicción, voluntaria* tiene sus orígenes en el derecho romano; proviene de un texto de Marciano en el que indicaba que los procónsules tenían, fuera de la ciudad, jurisdicción "pero no contenciosa, sino voluntaria: para que ante ellos (pudiesen) ser manumitidos tanto los libres como los esclavos y hacerse adopciones...".²⁷

Cfr. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. Estudios de Teoría General del Proceso. Editorial IAM. Tomo I. México 1974. Pág. 117.

Desde entonces, y a pesar de las numerosas y constantes críticas en su contra, dicha expresión se ha utilizado para designar un conjunto variado de actos y procedimientos que se realizan ante funcionarios judiciales, los cuales tienen como característica común la ausencia de conflicto entre partes.

El concepto *de jurisdicción voluntaria* se ha intentado formular por oposición al *de jurisdicción contenciosa*.

Escriche señalaba que:

..."se llama *jurisdicción voluntaria* por oposición a la contenciosa, (a) la que se ejerce por el juez en las demandas, que, ya por su naturaleza, ya por razón de estado de las cosas, no admiten contradicción.

La *jurisdicción voluntaria* se ejerce *siempre inter volentes*, esto es, a solicitud o por consentimiento de las dos partes."²⁸

²⁸ ESCRICHE, Joaquín. Diccionario razonado de la legislación y jurisprudencia. Editorial Norbajacaliforniana. Ensenada, Baja California, México. 1974.

Jurisdicción, por definición, es una atribución de los Órganos del Estado para solucionar *conflictos o litigios*, por lo cual en ausencia de éstos, no puede hablarse, en sentido estricto, de jurisdicción. Ésta es por definición, "contenciosa" (pues sólo versa sobre conflictos).

Héctor Fix-Zamudio define la jurisdicción voluntaria como:

"...un conjunto de procedimientos a través de los cuales se solicita de una autoridad que fiscalice, verifique o constituya una situación jurídica de trascendencia social en beneficio del o de los participantes, situación que se mantiene en tanto no cambien las circunstancias del negocio que les dio origen y mientras no surja una cuestión litigiosa o controvertida."²⁹

²⁹ FIX ZAMUDIO, Héctor. Breves reflexiones sobre la reglamentación de la jurisdicción voluntaria en el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito y Territorios Federales del 30 de agosto de 1932", en El Foro. Núm. 40. enero-marzo. México. 1963. Pág. 45.

Para subrayar la ausencia de actividad jurisdiccional o de litigio en los procedimientos de jurisdicción voluntaria, se han propuesto nuevas denominaciones que sustituyan ala tradicional.

Por ejemplo, el autor Piero Calamandrei sugirió la expresión *administración pública del derecho privado* y, en México, Medina Lima ha propuesto la *denominación procedimiento judicial no litigioso*.³⁰

Con todo, el peso de la tradición ha sido mayor que el de las razones de la crítica y el nombre de jurisdicción voluntaria perdura y predomina aún en nuestros días.

El *Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Querétaro*, siguiendo la tradición hispánica, define la jurisdicción voluntaria en los siguientes términos:

³⁰ Cfr. MEDINA LIMA, Ignacio. Problemática de la Jurisdicción voluntaria. Revista de la Facultad de Derecho de México. Núms. 105-106. enero junio. México 1977. Págs. 279-281.

Art. 992- La jurisdicción voluntaria comprende todos los actos en que por disposición de la ley o por solicitud de los interesados se requiere la intervención del juez, sin que esté promovida ni se promueva cuestión alguna entre partes determinadas.

Cuando sea necesaria la audiencia de alguna persona, se le citará conforme a derecho, advirtiéndole en la citación que quedan por tres días las actuaciones en la secretaría del juzgado a que se imponga de ellas y señalándole día y hora para la audiencia, a la que concurrirá el promovente, sin que sea obstáculo para la celebración de ella la falta de asistencia de éste.(art. 923 CPCEQ)

Deberá ser escuchado el Ministerio Público siempre que la petición formulada en el procedimiento de jurisdicción voluntaria, se encuentre en alguno de los siguientes casos:

- 1) afecte los intereses públicos;
- 2) se refiera a la persona o los bienes de menores o incapacitados;

3) tenga relación con los derechos o bienes de un ausente, o

4) así lo dispongan las leyes (art. 924 CPCEQ).

Cuando se presente oposición de parte legítima contra la petición formulada en el procedimiento de jurisdicción voluntaria, éste concluirá y la oposición deberá tramitarse en el juicio que corresponda; así, el interés del opositor deberá acreditarse mediante incidente dentro del mismo expediente y, si la oposición se hiciere por quien no tenga interés para ello, el juez lo desechará de plano. (art. 925 CPCEQ).

B. NATURALEZA JURÍDICA.

Alcalá-Zamora ha puntualizado que, si algún resultado concluyente ha logrado obtener la doctrina sobre la naturaleza de la jurisdicción voluntaria, es el de que ésta no es ni jurisdicción ni voluntaria:

“No es jurisdicción, porque de la variadísima lista de negocios que la integran será difícil encontrar alguno que satisfaga fines jurisdiccionales en sentido estricto; y mucho menos es voluntaria, porque con frecuencia la intervención judicial resulta para los interesados en promoverla tan necesaria o más que la jurisdicción contenciosa.”³¹

A juicio de Alcalá-Zamora, tres criterios son los que pueden ayudar a distinguir entre jurisdicción contenciosa y jurisdicción voluntaria: el presupuesto, la actividad desenvuelta y la definición de cada una de ellas.

³¹ ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. Op. Cit. Pág. 118.

Tomando en cuenta el primer criterio, Alcalá-Zamora advierte que al paso que el presupuesto de la jurisdicción contenciosa es la existencia del litigio, el presupuesto de la jurisdicción voluntaria es, precisamente, la ausencia de litigio:

"...en la jurisdicción voluntaria, el litigio *está ausente, a veces latente... pero nunca presente*".³²

En relación al segundo criterio, en tanto la actividad desplegada con motivo de la jurisdicción contenciosa es, en sentido estricto, la única de índole jurisdiccional, la que se realiza con motivo de la jurisdicción voluntaria carece, en rigor, de ese carácter:

"...la jurisdicción voluntaria la integra una serie de procedimientos que, sin ser jurisdiccionales, se atribuye en mayor o menor medida... al conocimiento de funcionarios judiciales, quienes entonces no se conducen como auténticos juzgadores."³³

³² Ibidem. Págs. 157-158.

³³ Ibidem. Pág. 159.

Por último, el tercer criterio sería el de la autoridad de la cosa juzgada meta o culminación del proceso contencioso y, por tanto, extraña a la jurisdicción voluntaria, que se caracterizaría, en cambio, por la reformabilidad de sus resoluciones.

El citado Maestro español, que considera a la jurisdicción voluntaria como un *no proceso*, condensa las diferencias entre el proceso (contencioso, por definición) y la pseudo jurisdicción voluntaria de la siguiente forma:

Proceso (contencioso)= Litigio->partes->acción->demanda-> jurisdicción->juzgador->sentencia

Expediente (voluntario)= Negocio->participantes->pedimento->solicitud->atribución->funcionario judicial->resolución o acuerdo.

Aunque todavía algunos autores consideren que la jurisdicción voluntaria implica realmente el ejercicio de función jurisdiccional y denominen *procesos* a los procedimientos de jurisdicción voluntaria, actualmente

predomina la tendencia doctrinal que niega a ésta el carácter jurisdiccional y la considera como una "actividad administrativa encomendada a órganos jurisdiccionales".

Esta posición doctrinal predominante ha pugnado por sustraer de la competencia de los órganos judiciales los procedimientos de jurisdicción voluntaria y atribuir su conocimiento a las diversas oficinas registrales o a los notarios públicos, así como de regular dichos procedimientos en leyes autónomas, distintas de los códigos procesales.

Las resoluciones dictadas en los procedimientos de jurisdicción voluntaria no adquieren la autoridad de la cosa juzgada, a diferencia de las resoluciones definitivas pronunciadas en los procesos contenciosos, situación que no significa que aquéllas carezcan de eficacia.

Héctor Fix-Zamudio sostiene que:

“La *eficacia* de las resoluciones de jurisdicción voluntaria consiste en *declarar o constituir una situación jurídica* en beneficio de los solicitantes, en tanto que su *autoridad*, o sea la cualidad de tales efectos, se traduce en un *estado preclusivo*, el cual implica la inmutabilidad formal de tales efectos, en tanto no cambien los supuestos que le dieron origen.”³⁴

La Suprema Corte de Justicia ha sostenido que "las resoluciones dictadas en jurisdicción voluntaria son actos fuera de juicio y contra ellas cabe el amparo".

Puede darse la tramitación, en procedimiento de jurisdicción voluntaria, de cualquier petición, en aquellos casos en los cuales, sin existir litigio entre partes, se requiera la intervención de un órgano judicial.

³⁴ FIX ZAMUDIO, Héctor. Op. Cit. Pág. 48.

Esto significa que dicho precepto prevé la procedencia genérica de la jurisdicción voluntaria para los asuntos no contenciosos que no tengan una regulación especial.

En la doctrina procesal mexicana predomina la orientación que niega a la llamada jurisdicción voluntaria carácter jurisdiccional.

Otro rasgo común de estos procedimientos es la reformabilidad de las resoluciones que los juzgadores pronuncian a su conclusión, a diferencia de lo que ocurre con las sentencias que ponen término a los juicios, cuyo destino normal es la inmutabilidad que adquieren en virtud de la cosa juzgada. En este sentido, las leyes procesales suelen facultar al juez para variar o modificar las providencias que dicten con motivo de estos procedimientos, "sin sujeción estricta a los términos y formas establecidos respecto de la jurisdicción contenciosa", cuando cambien las circunstancias en que se basó para dictarlas.

Entre otros asuntos de esta naturaleza, se pueden tramitar, a través del procedimiento de jurisdicción voluntaria, los siguientes:

- 1) las medidas necesarias para evitar que, por mala administración, se derrochen o disminuyan los bienes de los hijos;
- 2) las medidas provisionales en caso de ausencia, la declaración de ausencia y la declaración de presunción de muerte del ausente;
- 3) la constitución, la modificación y la extinción del patrimonio familiar; y
- 4) la comunicación del aviso de terminación del contrato de arrendamiento celebrado por tiempo indeterminado.

Por otro lado, el *CPCEQ* prevé reglas específicas para los procedimientos especiales de jurisdicción voluntaria, que contiene en su título decimosexto.

A continuación haremos una breve referencia a dichas reglas en un caso práctico.

Ninguna tutela puede conferirse sin la declaración previa del estado de minoridad o de *incapacidad* de la persona que va a quedar sujeta a ella (art. 929). Están legitimados para pedir esta declaración:

- 1) el propio menor si ha cumplido dieciséis años;
- 2) su cónyuge;
- 3) sus presuntos herederos legítimos;
- 4) el albacea;
- 5) el Ministerio Público; y
- 6) por funcionarios encargados de ello por el Código Civil.

Cuando a la petición de *declaración de minoridad* se acompañe la certificación del registro civil, el juez la debe declarar sin mayor trámite.

En cambio, si no se acompaña dicha certificación, el juez debe citar a una audiencia tanto al menor como al

Ministerio Público, en la cual "por el aspecto del menor" o con base en la información testimonial que se rinda en dicha audiencia, resolverá si procede o no declarar la minoridad (art. 930).

Es claro que para determinar la edad del presunto menor, es más adecuada, a falta de la constancia registral, la prueba pericial que la testimonial.

Una vez hecha la declaración de minoridad o de incapacidad conforme a las reglas del *CPCEQ*, el juez proveerá al nombramiento de tutor, en los términos establecidos en el *Código Civil*.

El tutor designado deberá manifestar si acepta o no el cargo, expresando sus impedimentos o excusas, dentro de los cinco días que sigan a su nombramiento.

En caso de que lo acepte, deberá otorgar las garantías señaladas en el *Código Civil*; y si reúne los requisitos previstos en éste, el juez le discernirá el cargo (art. 933 del *CPCEQ*).

C. LA INTERVENCIÓN ACTUAL DEL NOTARIO EN ASUNTOS DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA.

c.1 En materia sucesoria.

El juicio sucesorio es el proceso que regula la transmisión, a título universal o particular, de los bienes, derechos y obligaciones del difunto, a sus herederos.

En el Digesto se definía la herencia diciendo: la herencia no es otra cosa que la sucesión en la totalidad de los derechos que tuvo el difunto.

Para lograr la finalidad de que los bienes, derechos y obligaciones del difunto pasen a título universal a sus herederos, la legislación positiva determina quiénes son los herederos, qué bienes constituyen el acervo hereditario, cómo se administran los bienes y cómo deben distribuirse. Como la herencia puede diferirse por la voluntad del testador o por disposición de la ley, los juicios sucesorios

son de dos clases: los testamentarios y los intestamentarios.

El testamento válido presentado ante juez competente origina la tramitación del juicio testamentario y la inexistencia de testamento o su invalidez o el juicio intestamentario.

En ambos casos, el trámite inicial exige comprobar la defunción del autor de la sucesión y determinar quiénes son sus herederos para el efecto de reconocerles sus derechos.

Procesalmente, esta finalidad se enmarca en la primera de las cuatro secciones que integran todo juicio sucesorio, o sea "el reconocimiento de los derechos sucesorios" o delcratoria de herederos y nombramiento y aceptación del cargo de albacea.

Las otras secciones son: la segunda: el inventario y avalúo de los bienes; la tercera: la administración de los bienes, y la cuarta: la partición y aplicación de los bienes.

La primera sección termina con la resolución judicial mediante la cual se reconoce a los herederos, basada en resolución en el texto del testamento o en las pruebas aportadas para justificar el entroncamiento con el autor de la sucesión.

Cuando existe testamento válido, este debe ser presentado ante juez competente para que se tenga por radicada la sucesión. La validez del testamento radica, exteriormente, en su forma que puede ser ordinaria o especial.

El testamento ordinario puede ser: público abierto, público cerrado y ológrafo y, el especial: privado, militar, marítimo, así como el hecho en país extranjero. La legislación positiva detalla los procedimientos que deben seguirse para determinar su validez intrínseca.

Cuando no existe testamento o cuando el testamento fue declarado nulo o sin validez, o carece de validez la institución de heredero o el testador no dispuso de todos

sus bienes, el juez debe determinar quiénes son los herederos, con fundamento en la legislación civil. A este efecto los interesados deben acreditar su entroncamiento con el autor de la sucesión o el derecho que la ley les concede para heredar.

El trámite judicial se inicia con la denuncia de intestado basada en el acta de defunción del autor de la sucesión los nombres y domicilios de los parientes en la línea recta y del cónyuge supérstite o a falta de ellos, de los parientes colaterales dentro del cuarto grado, acompañando las actas del registro civil que demuestren el entroncamiento o la relación correspondiente.

Con estos elementos se tiene por radicada la sucesión intestamentaria. La legislación positiva determina la forma de llamar a los presuntos herederos, así como la de acreditar sus derechos.

Como la sucesión es la transmisión de todos los bienes del difunto y de todos los derechos y obligaciones que no se extinguen con la muerte, la finalidad del juicio sucesorio no

es la conservación de los bienes del autor de la sucesión sino su división y adjudicación a los herederos que tienen también el deber de soportar las cargas de la herencia.

Determinada la titularidad de derechos a favor de los herederos testamentarios o intestamentarios se procede a determinar judicialmente cuáles son esos bienes, derechos y obligaciones que constituyen el patrimonio materia del proceso y que valor económico representan los bienes y derechos estimables en dinero. Es decir, se tramita en la sección segunda el inventario y avalúo.

Cuando hay bienes que deban administrarse, la ley establece los principios que rigen la administración y la rendición de cuentas. Lo relativo a este respecto se trata en la sección tercera.

Finalmente, se regulan los proyectos de distribución de los productos de los bienes hereditarios y de la distribución del haber de la sucesión. Estos proyectos sirven para que el juez dicte sentencia de adjudicación. Esta sentencia fija la porción de bienes hereditarios que corresponde a cada uno

de los herederos y reconoce la propiedad individual sobre bienes concretos.

Por tanto, la sentencia de adjudicación consuma la división atribuyendo a cada heredero los bienes que integran su cuota hereditaria, reconociendo la voluntad del testador o la de los herederos, manifestada en forma expresa o tácita.

Para terminar debe hacerse notar que los procesos sucesorios necesitan de órganos para desarrollarse y llegar a su fin, órganos a los cuales se confían funciones procesales específicas. Esos órganos son: a) el albacea, que tiene la representación funcional y conservación del patrimonio y su administración en beneficio de los herederos, b) la junta de herederos que actúa en forma colegiada para tomar algunas determinaciones; c) el Ministerio Público, que representa a herederos ausentes mientras no se presentan, y a menores e incapacitados que no tengan representante; d) el interventor, que vigila la actuación del albacea, e) los cónsules extranjeros, por la reciprocidad internacional; f) el representante de la

beneficencia pública, cuando no hay herederos, y g) los tutores de menores o incapacitados, cuando existen intereses encontrados en perjuicio de menores o incapacitados.

Como primer comentario a la tramitación ante notario de las sucesiones testamentarias, apuntamos que estas debieran llamarse ante notarios y no por notarios, como lo señala mal el Código de Procedimientos Civiles, pues como bien lo señala Alcalá-Zamora, el notario no es el protagonista del instrumento, sino los verdaderos protagonistas son el albacea y los herederos.³⁵

Cuando hay testamento público abierto, todos los herederos instituidos son mayores de edad, menores emancipados o personas jurídicas y están de acuerdo, la sucesión se puede tramitar ante notario sin tomar en cuenta cuál fue el último domicilio del autor de la sucesión.

³⁵ Cfr. ALCALÁ ZAMORA, Niceto. Derecho Procesal Mexicano. Tomo II. Editorial Porrúa. México. 1977. Pág. 227.

Bajo este supuesto, el albacea nombrado en el testamento o cualquiera de los herederos instituidos, con el testimonio del testamento y la copia certificada del acta de defunción del autor de la sucesión, pueden pedir al notario su intervención.

El notario solicita al Archivo General de Notarías la información sobre el otorgamiento o no de testamento público abierto o cerrado u ológrafo y del Registro Público de la Propiedad y en su caso de la Procuraduría General de Justicia en el Estado, si se encuentra depositado o no testamento público cerrado.

Satisfechos estos requisitos se puede llevar a cabo la tramitación de la sucesión ante notario, quien elabora dos escrituras.

La primera es la Radicación de la sucesión testamentaria; en los antecedentes de ésta se relaciona:

1- El testamento;

- 2- El acta de defunción del de cujus; y
- 3- Los informes del Archivo General de Notarías, del Registro Público de la Propiedad y de la Procuraduría General de Justicia del Estado en su caso.

En las cláusulas se hace constar:

- 1- La conformidad de los herederos de llevar a cabo la tramitación ante el notario;
- 2- El reconocimiento de la validez del testamento;
- 3- Los herederos reconocen entre si sus derechos hereditarios y aceptan o repudian la herencia;
- 4- La aceptación del cargo de albacea y la caución o el relevo de esa obligación y, asimismo, el albacea manifiesta que procederá a formular el inventario.

Como ya se ha comentado, toda sucesión consta de cuatro secciones: la de sucesión, la segunda es la de

inventarios, la tercera es la de administración y la cuarta es la de partición y aplicación de bienes hereditarios.

Dentro de la primera se nombra a los herederos y al albacea.

Ahora bien, una vez nombrados los herederos, aún sin nombrar albacea, la sucesión, ya sea testamentaria o intestamentaria, se puede seguir tramitando ante notario y las secciones subsecuentes, agotarse en una escritura pública de aplicación.

La escritura que se otorgaría sería la de protocolización de inventarios y aplicación de bienes por herencia. En ella los herederos podrán adoptar los acuerdos que estimen conveniente.

Es ahora cuando entramos de lleno al problema. Es importante determinar ¿Cuál es la naturaleza jurídica de la actuación del notario cuando ante él se tramita o termina una sucesión?.

Las posiciones doctrinales más importantes sobre el tema son dos:

La primera sostiene que se trata de actos de jurisdicción voluntaria delegados a un notario; la segunda considera que es el otorgamiento y formalización de declaraciones y convenios celebrados entre los herederos y el albacea ante el notario.

Según Pérez Fernández del Castillo:

“La *lex rei sitae* sostiene que las leyes aplicables y el juez competente, son los del lugar donde se encuentran los bienes objeto de controversia. Esta regla no es aplicable en forma rígida a las sucesiones, pues presenta varias alternativas:

- a- Es competente el juez del lugar donde tuvo su último domicilio el autor de la sucesión;

- b- Si éste no se puede determinar, el juez debe ser del lugar donde se encuentran el mayor número de los bienes inmuebles que conforman el acervo hereditario.”³⁶

Analizando los elementos de la jurisdicción voluntaria, estaremos en posibilidad de saber si la tramitación de una sucesión ante notario participa de esos elementos.

Para el Derecho Notarial tiene especial significación conocer si se trata de un procedimiento de jurisdicción voluntaria, toda vez que en algunas ocasiones se considera que la actuación notarial es supletoria de la judicial; en otras ocasiones se piensa que el juez usurpa al notario los hechos de jurisdicción voluntaria tramitados ante él, pues en su mayoría son actos por los que se hacen constar hechos o manifestaciones de voluntad, sin necesidad de un acto de decisión que en todo caso tendría que dar el juez.

³⁶ PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Bernardo. Derecho Notarial. Editorial Porrúa. México 2000. 9ª. Edición. Pág. 150.

Ya en la teoría de los hechos y los actos jurídicos, consideramos que los antes mencionados pueden ser judiciales, legislativos o administrativos, de acuerdo con el órgano que los realiza.

Si los lleva a cabo un órgano administrativo el acto será formalmente administrativo, si lo realiza un juez será formalmente jurisdiccional.

En el caso que nos ocupa, no consiste en un acto formalmente jurisdiccional, pues también puede ser tramitado ante un notario, órgano que, en última instancia, depende del Poder Ejecutivo.

El acto jurisdiccional desde el punto de vista material, es la sentencia. Ésta es un acto condición, pues aplica una situación jurídica general (la ley) a un caso concreto. Las notas definitivas del acto condición jurisdiccional son los motivos y fines que lo generan.

Son motivos del acto jurisdiccional la existencia de conflictos de intereses entre las partes y asimismo, son sus fines, el restablecimiento del orden jurídico.

En la tramitación de las sucesiones ante notario, la ley expresamente establece cual es la actuación notarial. La conclusión de su actividad no consiste en una sentencia, se reduce únicamente a hacer constar hechos y actos jurídicos, excluyendo todo tipo de decisiones.

c.2 En materia de contratos.

Evidentemente, en estos actos entre particulares es cuando se muestra de manera más clara la investidura de Fedatario que tiene el notario.

Es decir, la seguridad que el notario ofrece a los contratantes al celebrar ante él algún convenio, resulta la muestra fehaciente de lo que representa la función notarial.

La protocolización de escrituras en que se asiente un contrato de arrendamiento, de compraventa, de comodato,

de promesa, etc. resulta una total garantía para quienes en estos contratos participan.

Inclusive, ante la pérdida de documentos que, de alguna forma, acrediten la propiedad de un bien, y se pretenda la enajenación o venta de tal objeto, previa declaración bajo protesta de decir verdad, y con la presencia de testigos, es posible emitir un testimonio que haga las veces de factura a efecto de llevar a cabo la segura y correcta compraventa del objeto.

En estos casos, inclusive el apoyo que brinda el llevar a cabo contratos ante notario, o ratificándolos ante él implica una seguridad jurídica; esto es, por ejemplo, para el caso de una compraventa, aunque desde el momento en que el vendedor y el comprador se ponen de acuerdo en el precio y la cosa ya es perfecta la compraventa, el acudir ante un notario ya hace público el acto y no habría forma de que, de forma legal, ninguno de los contratantes incumpliera las obligaciones contraídas.

c.3 Otros actos.

.- Apeo y deslinde

De acuerdo con el art. 963 del CPCEQ, el *apeo y deslinde* tiene lugar siempre que no se hayan fijado los límites que separan un predio de otro u otros, o que, habiéndose fijado, haya motivos fundados para creer que no son exactos, ya porque naturalmente se hayan confundido, por haberse destruido las señales que los marcaban, o bien porque éstas se hayan colocado en lugar distinto del primitivo.

Se encuentran legitimados para pedir el apeo:

- 1) el propietario;
- 2) el poseedor con título bastante para transferir el dominio, y
- 3) el usufructuario (art. 964).

La petición de apeo debe contener:

- 1) el nombre y la ubicación de la finca que debe deslindarse;
- 2) La parte o partes en que el acto debe ejecutarse;
- 3) los nombres de los colindantes que pueden tener interés en el apeo;
- 4) el sitio donde están y donde deben colocarse las señales, y, si éstas ya no existen, el lugar donde estuvieron;
- 5) los planos y demás documentos que sean de utilidad para la diligencia, y la designación de un perito por parte del promovente (art. 965).

Presentada y admitida la promoción, el juez debe notificarla a los colindantes para que, en un plazo de tres días, presenten los títulos o documentos de su posesión y nombren perito, si así lo estiman conveniente. Asimismo, el juez debe señalar día, hora y lugar para que dé principio la diligencia de deslinde (art. 966).

La intervención del notario, se da al momento de la protocolización del deslinde catastral para los efectos antes señalados.

.- Informaciones *ad perpetuam*

A través de este procedimiento especial de jurisdicción voluntaria, se recibe la *información testimonial* para tratar de:

- 1) justificar algún hecho o acreditar un derecho;
- 2) justificar la posesión como medio para acreditar el dominio pleno de un inmueble, y
- 3) comprobar la posesión de un derecho real.

En los dos primeros casos, la información testimonial se recibe con citación del Ministerio Público y en el tercero, con la del propietario o de los demás partícipes del derecho real.

El Ministerio Público y las personas citadas pueden tachar a los testigos por circunstancias que afecten su credibilidad (art. 958).

A su vez, el juzgador debe ampliar el examen de los testigos "con las preguntas que estime pertinentes para asegurar la veracidad de su dicho" (art. 959).

Cuando los testigos no sean conocidos por el juez o el secretario, el solicitante debe presentar, además, otros dos testigos "que abonen a cada uno de los presentados" (art. 960).

Una vez recibida la información testimonial, el juez ordenará su protocolización ante el notario designado por el promovente; el notario, a su vez, otorgará al interesado el testimonio respectivo para su inscripción en el Registro Público de la Propiedad (art. 961).

.- En el Derecho Agrario

La Ley Agraria de 1992 permitió a los fedatarios algunas intervenciones en materia agraria, ejidal, comunera y de pequeños propietarios, incluso de propiedades excedentes, y como esto constituyó una novedad legal, debemos intentar el análisis de este tema que en algo produjo inquietud en los notarios y sus colegios.

El antecedente Inmediato lo encontramos en los artículos 450 y 451 de la L.F.R.A. de 1971 que mencionaron a los notarios, quienes en las escrituras que extendían sobre bienes rústicos, debían transcribir literalmente la anotación marginal (preventiva) respectiva en una cláusula especial que se llamó "Cláusula Agraria" y debían dar aviso al Registro Agrario Nacional de la extensión y ubicación del predio de que se tratara, y tramitar a cargo de los contratantes la inscripción.

La ley vigente de 1992 se refiere a "Fedatarios". En párrafos anteriores se hizo referencia a los distintos tipos de fe que el Estado otorga.

El nuevo Reglamento Interior del Registro Agrario Nacional del 4 de abril de 1997 puede aclararnos el término de "Fedatario" cuando dispone que "para efecto de lo dispuesto por el artículo 28 y demás relativos de la Ley, por fedatario público se entenderá además del notario y corredor público, los funcionarios públicos que ejerzan funciones fedatarias de conformidad con la legislación aplicable".³⁷

El notario Jorge Ríos Hellig, señaló que:

"La Dirección General de Asuntos Jurídicos de la Procuraduría Agraria, mediante oficio DGAJ-2242-94 de fecha 9 de noviembre de 1994, ha determinado que la anotación fedatario a que se refiere la Ley en varias de

fr. CHÁVEZ PADRÓN, Martha. La Ley Agraria de 1992 y los notarios públicos. Editorial Porrúa. México 1992. 2ª. Edición. Pág. 20.

sus partes, debe ser referida al notario, con exclusión de cualquier particular o autoridad investidos de fe pública.”³⁸

ÍOS HELLIG, Jorge. Práctica del Derecho Notarial. Editorial Mc. Graw Hill. Serie Jurídica. México 7. 2ª. Edición. Pág. 63.

CAPÍTULO 4

LA AMPLITUD EN LA ACTIVIDAD NOTARIAL.

A. JUICIOS NO CONTENCIOSOS.

Al abordar ya éste capítulo, que es para nosotros la médula espinal de nuestro trabajo de titulación, es evidente la importancia de tener una clara visión de lo que significa el término no contencioso.

A este efecto, fue que consideramos tan importante hablar sobre la jurisdicción voluntaria en el capítulo previo; huelga mencionar más definiciones acerca del tema.

Así, bajo los siguientes términos, consideramos que, en los actos jurídicos que a continuación describiremos, el notario podría tener una actuación directa y sin intervención alguna de ninguna institución judicial, dada la calificación de "no contenciosos" que podríamos darles.

B. TRÁMITES DE FILIACIÓN Y RECONOCIMIENTO DE HIJOS.

Filiación.-

Vínculo de parentesco que une al hijo con el padre (filiación paterna) y la madre (filiación maternal).

Se usa también para designar cualquier vinculo de parentesco en línea recta. (Del latín filatio-onis, de filius, hijo.).

La relación que de hecho y por razón natural existe entre el padre o la madre y su hijo, se conoce jurídicamente como filiación. Es la situación creada entre ambos progenitores y su prole.

Del hecho de la generación deriva un conjunto de relaciones jurídicas permanentes entre los progenitores y su hijo.

Planiol define la filiación como "la relación que existe entre dos personas de las cuales una es el padre o la madre de la otra. Esta situación crea el parentesco en primer grado y su repetición produce las líneas o series de grados"

El fenómeno biológico de la reproducción de los seres humanos, encuentra su expresión en el derecho en función de ciertos valores culturales de esencia ético social, pues a nadie puede escapar que la procreación y el instinto sexual, son el origen de la familia, base primaria de la organización de la sociedad.

En efecto la ley natural de la conservación de la especie, a la que se encuentra sometido el género humano y en general el reino animal, comprende la fecundación, la concepción y el nacimiento, y ese fenómeno sirve de punto de partida por lo que al género humano concierne para constituir los conceptos jurídicos de filiación, parentesco, familia y aun la idea misma de persona, que, como tal, no puede ser estudiada ni conocida en manera aislada, tal como si un individuo no procediera de alguien y viviera enteramente aislado de los demás. De allí la íntima

vinculación, inseparable, del hombre mismo del concepto jurídico de filiación.

El Derecho no podría en manera alguna desconocer que en la base y como fundamento de la filiación se encuentra el fenómeno biológico de la procreación.

La filiación, partiendo de ese hecho biológico imprime estabilidad a la relación paterno filial, que en palabras de Cicu "sobrepasa la vida individual" y contribuye a formar el núcleo social primario de la familia a través de un complejo de relaciones jurídicas que nacen del estado civil o estado de familia.

El Derecho se plantea respecto de ese complejo de relaciones las siguientes cuestiones: cuáles son las especies de filiación, cómo se prueba la misma y finalmente los efectos que ella produce, una vez conocida debidamente su existencia.

Dejando de lado la clasificación entre la filiación consanguínea (derivada de la procreación) y filiación adoptiva (que proviene de un acto jurídico: la adopción) y que el sistema del Código Civil relaciona con el parentesco y no con la filiación, importa distinguir entre la filiación que nace dentro de matrimonio y la que se origina fuera de él.

Esta clasificación carece, en nuestro Derecho, de la importancia que tradicionalmente se le reconocía en los códigos civiles que abrogó el de 1928 y que en otras legislaciones extranjeras aún tiene al distinguir entre filiación legítima e ilegítima y dentro de esta última aquellos cuerpos de leyes aluden a los hijos naturales y no naturales, e hijos adulterinos, incestuosos, sacrílegos y mánceres.

El Código Civil ha prescindido de las denominaciones de hijos legítimos e hijos ilegítimos, y clasifica a los descendientes como hijos habidos dentro del matrimonio e hijos procreados por quienes entre sí no se encuentran unidos por el vínculo conyugal.

Pero adviértese que en nuestro sistema esta clasificación se explica sólo para los efectos de la prueba de filiación, en cuanto que los derechos y obligaciones de los padres respecto de sus hijos no difieren según que exista o no entre ellos el vínculo conyugal. Las consecuencias jurídicas, los derechos y obligaciones de los padres respecto de sus hijos son las mismas conforme a nuestro Derecho Civil, respecto de la filiación matrimonial y extramatrimonial.

En otras palabras, la distinción entre hijos nacidos de matrimonio e hijos nacidos fuera de matrimonio, se refleja únicamente respecto al diverso modo de probar la filiación según que se trate de hijos de matrimonio o de hijos habidos fuera de matrimonio y no atañe a cualesquiera otros efectos.

Probada la maternidad de una mujer casada queda al mismo tiempo probada la paternidad del marido, si se reúnen los elementos de que se tratará más adelante. Al paso que el hijo nacido fuera del matrimonio debe probar su filiación ya paterna, ya materna, bien por el reconocimiento que de él hagan uno u otro de los progenitores o por una

sentencia judicial que declare qué persona es su padre o su madre.

Así pues, en tanto que en los hijos habidos en matrimonio, la filiación paterna y materna es conjunta y requiere reconocimiento sin pronunciamiento judicial alguno, la filiación de los hijos habidos fuera de matrimonio puede no coexistir respecto de cualquiera de los progenitores (el padre o la madre) y requiere el reconocimiento de uno u otro o de ambos o una sentencia judicial que declare la paternidad o la maternidad.

Esto quiere decir que a la prueba de la filiación de los hijos nacidos dentro de matrimonio se aplica el principio rector conforme al cual se presume que el marido de la mujer casada es el padre de la persona que esta ha dado a luz.

Esta regla se aplica tomando como base la probable época de la concepción, según la fecha de nacimiento del hijo. Y así, considerando que el periodo de gestación queda comprendido entre un mínimo de ciento ochenta días y un

máximo de trescientos días, si el hijo nace después de los ciento ochenta días siguientes a la fecha de celebración del matrimonio (momento en que se supone tuvo lugar la concepción), se presume, salvo prueba en contrario que el hijo que la mujer ha dado a luz es del marido.

De la misma manera, se presume que es del marido el hijo que la mujer da a luz dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio, por muerte del marido o desde la separación provisional de los consortes, en caso de nulidad de matrimonio o divorcio.

Por lo que se refiere al hijo nacido antes de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio, su filiación paterna quedara establecida respecto del marido de su madre, si se prueba:

- a) que éste conocía, antes de casarse, el embarazo de su futura consorte, siempre que exista un principio de prueba por escrito;

- b) que concurrió al levantamiento del acta de nacimiento y fue firmada por él o contiene su declaración de no saber firmar, y
- c) si ha reconocido expresamente al hijo o finalmente si el hijo no nació capaz de vivir.

En estos casos no existe presunción de paternidad del marido, la filiación se establece por el reconocimiento tácito o expreso que haga este o bien no se cuestiona la filiación, si el hijo no vive veinticuatro horas o no es presentado vivo al juez del Registro Civil.

No existe presunción alguna sobre la paternidad de los hijos nacidos después de trescientos días de disuelto el matrimonio y de la separación de los cónyuges.

En cuanto a los hijos nacidos después de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días de disuelto el vínculo matrimonial, o de que tuvo lugar la separación provisional

de los esposos, en los casos de nulidad de matrimonio o de divorcio, el marido no podrá desconocer la paternidad, sino en el caso de que pruebe que le fue físicamente imposible tener acceso carnal con su mujer, en los primeros ciento veinte días de los trescientos que han precedido al nacimiento, aunque alegue el adulterio de la madre o ésta declare que no son hijos de su esposo, a no ser que el nacimiento se le haya ocultado o que se demuestre que durante los diez meses que precedieron al nacimiento, no tuvo acceso carnal con su esposa.

En cuanto a la imposibilidad física del marido de tener acceso carnal con su mujer, la excepción a la regla *pater est quae nuptiae demonstrant*, ha dejado actualmente de tener la fuerza probatoria, que en otras épocas tenía, para el desconocimiento de la paternidad.

En efecto, actualmente no se requiere el contacto sexual entre el marido y la mujer para que sea posible la fecundación. Por medio de la inseminación artificial, puede salvarse en algunos casos ese requisito legal. Debe advertirse que la presunción de paternidad del marido

solamente tendría lugar en los casos de inseminación homóloga, es decir, con semen del marido, y que es obvio que en los casos de "imposibilidad física" por impotencia del marido para fecundar no existe la posibilidad de presumir la paternidad del marido.

La filiación de los hijos nacidos de matrimonio se prueba con el acta de matrimonio de sus padres, con la partida de nacimiento y con la identidad de la persona que pretende ser aquella a que se refiere esa partida. La filiación matrimonial puede probarse por medio de la posesión de estado, si no existen actas o fueren estas defectuosas o falsas. Para probar los elementos de la posesión de estado (nombre trato y fama) son admisibles toda clase de pruebas, pero la testimonial deberá apoyarse en un principio de prueba por escrito.

El sistema probatorio de la filiación extramatrimonial, es diferente. La maternidad queda probada por el solo hecho del nacimiento. La madre tiene obligación de reconocer a su hijo y de que su nombre figure en el acta de nacimiento.

La paternidad no es susceptible de ser sometida a prueba directa. Tratándose de hijos nacidos fuera de matrimonio, la filiación sólo quedará establecida por medio del reconocimiento voluntario que haga el padre o por la sentencia judicial que declare la paternidad.

El reconocimiento que pretenda hacer un menor de edad requiere del consentimiento de quienes ejercen sobre él la patria potestad, o la tutela, o a falta de una y otra se necesita la autorización judicial.

Se requiere además que quien reconoce a un hijo, tenga la edad exigida para contraer matrimonio más la edad del hijo que va a ser reconocido.

La filiación, en cuanto a la madre, resulta de la prueba plena del nacimiento. Si una mujer da a luz y no abandona al hijo, no requiere de ningún acto jurídico especial para que surja entre ambos el lazo de la filiación. La misma queda establecida por el hecho natural del parto que normalmente tiene lugar con testigos.

Solo excepcionalmente cuando la madre oculta su embarazo, da a luz sin testigos y abandona al hijo, o cuando el mismo se hace pasar como nacido de otra persona, habrá lugar posteriormente al reconocimiento de la madre.

Por lo que al rubro de la filiación se refiere, el notario podría intervenir tal como lo hace la autoridad jurisdiccional, en base a que la autoridad resuelve estas situaciones sólo con la voluntad de quien hace la solicitud de filiación, y para el caso de que la persona a afiliarse tenga la capacidad de manifestar su voluntad, así tomarla, y, con los testimonios necesarios para tales efectos.

Así pues, este acto bien podría llevarse a cabo frente a un notario con todas las premisas establecidas en los Códigos Civil y de Procedimientos Civiles vigentes en el estado, cumpliendo las partes con los requisitos de capacidad legal.

Reconocimiento de hijo (s).

El reconocimiento, como acto jurídico, requiere de ciertos requisitos de fondo y de forma. Los primeros consisten en la edad y en el consentimiento de otras personas para que el reconocimiento tenga efectos jurídicos.

En cuanto a la edad, el que reconoce debe tener cuando menos la edad mínima para contraer matrimonio (14 la mujer y 16 el hombre), sumada a la edad del hijo que va a reconocerse (art. 348 CCEQ).

Si el que reconoce es menor de edad, requiere de la autorización que, para el efecto, le conceda el juez competente de su domicilio, quien para ello recibirá la información que estime necesaria, con intervención del Ministerio Público. (art. 349 CCEQ).

Los requisitos procedimentales los señala el art. 356 del Código Civil para el Estado de Querétaro otorgando

cinco opciones para el reconocimiento, que puede realizarse:

1. En el acta de nacimiento ante el oficial del Registro Civil;
2. En acta especial de reconocimiento ante el propio oficial del Registro Civil;
3. En escritura pública (ante notario, claro está);
4. A través de un testamento, y
5. Ante autoridad judicial por confesión directa y expresa.

El reconocimiento puede efectuarse conjuntamente por ambos progenitores y esto se realiza normalmente cuando ambos ocurren al levantamiento del acta de nacimiento; pero podría efectuarse por cualquiera de las otras formas, excepto por testamento que es un acto jurídico unilateral y personalísimo.

Puede efectuarse también por separado pero, en este caso, la ley prohíbe revelar en el acto de reconocimiento el nombre del otro progenitor (art. 357 CCEQ).

Si el que reconoce es persona casada y el hijo de que se trata fue habido con anterioridad al matrimonio y con sujeto diferente al cónyuge, podrán efectuar el reconocimiento sin el consentimiento del otro cónyuge, pero no tendrán derecho a llevarlo a vivir a la habitación conyugal si no es con la anuencia expresa del consorte (art. 359 CCEQ).

Las consecuencias del reconocimiento son diversas.

La primera y más importante es la creación del lazo de filiación entre progenitor e hijo que trae consigo el derecho y deber recíproco entre ambos sujetos, de alimentos, sucesión legítima y tutela legítima, el ejercicio de la patria potestad y ciertas acciones de nulidad y de impugnación de la paternidad.

Estos dos tipos de acciones no se dan en la filiación surgida de matrimonio.

La ley señala en forma explícita en el art. 375 del Código Civil Vigente para el Estado de Querétaro que:

"El hijo reconocido por el padre por la madre o por ambos, tiene derecho:

- I. A llevar el apellido paterno de sus progenitores, o ambos apellidos del que lo reconozca
- II. A ser alimentado por la o las personas que lo reconozcan;
- III. A percibir la porción hereditaria y los alimentos que fija la ley".

Esta enumeración de los derechos del hijo reconocido no se señala en la filiación matrimonial. Los mismos se encuentran dispersos en el Código en la parte relativa a alimentos, tutela legítima, sucesión legítima, patria Potestad y en las actas de nacimiento donde se señala que al presentado para su registro se le pondrán "...el nombre y apellido que le correspondan."

Como la patria potestad es una consecuencia directa de la filiación, los progenitores que reconocen al hijo al mismo tiempo o en forma sucesiva, ejercerán ambos la patria potestad. No sucede lo propio con la custodia que la ejercerán ambos si viven juntos no así cuando vivan separados; en este caso la ejercerá el que primero reconoció, salvo que otra cosa fuera convenida entre los padres; cuando exista conflicto con respecto a la custodia será el juez de lo familiar, con audiencia del Ministerio Público, quien decida sobre este punto, teniendo siempre presente el interés del menor.

Aunque en la práctica no se lleva a cabo, la disposición EXPRESA del Código Civil vigente para el Estado de Querétaro, en la Fracción tercera del artículo 356 da opción a que el reconocimiento de hijo se haga POR MEDIO DE ESCRITURA PÚBLICA, muestra clara de que el legislador en efecto considera que dicho trámite se vería abreviado de llevarse a cabo ante el fedatario público.

C. ADOPCIÓN .

A través de este procedimiento especial de jurisdicción voluntaria, el que pretenda adoptar una persona debe acreditar, ante el juez de lo familiar, que *reúne los requisitos* señalados en el art. 377 del *Código Civil*, , así como que *cuenta con el consentimiento de las personas* mencionadas en el art. 393 del mismo ordenamiento sustantivo.

En términos generales, los requisitos que debe reunir el adoptante, son los siguientes:

- 1) ser mayor de veinticinco años y, en todo caso, tener diecisiete años más que el adoptado;
- 2) Encontrarse en pleno ejercicio de sus derechos;
- 3) Estar libre de matrimonio o, en caso contrario, contar con el consentimiento del cónyuge para que éste también sea adoptante (art. 378 CCEQ);

- 4) Tener medios bastantes para proveer a la subsistencia, educación y al cuidado de la persona que trata de adoptarse, y
- 5) Ser persona apta y adecuada para adoptar. El solicitante debe demostrar, además, que la adopción resultará benéfica para la persona que trata de adoptar.

Las personas que, en su caso, deben otorgar su consentimiento para la adopción, son las siguientes:

- 1) Los que ejerzan la patria potestad sobre el menor que trata de adoptarse;
- 2) El tutor de éste;
- 3) La persona que lo haya acogido y lo traten como a un hijo, aunque no hubiese ejercido la patria potestad ni la tutela;

- 4) El Ministerio Público del domicilio del adoptado, cuando éste no tenga padres conocidos, ni tutor, ni persona que ostensiblemente le haya impartido su protección y la haya acogido como hijo, previo informe de las instituciones de asistencia social, públicas o privadas, y
- 5) El propio menor, si tiene más de catorce años.

En su promoción inicial, el solicitante debe expresar el tipo de adopción que solicita (*simple* o *plena*) e indicar el nombre, la edad y, si lo hubiere, el domicilio del menor o persona con incapacidad que pretende adoptar, así como el nombre, edad y domicilio de quienes ejerzan sobre él la patria potestad o la tutela, o bien, de la persona o institución de asistencia social, pública o privada, que lo hayan acogido. Debe acompañar, además, certificado médico de buena salud. Los estudios socioeconómicos y psicológicos necesarios para llevar a cabo la adopción deberán ser realizados por el Sistema Nacional para el

Desarrollo Integral de la Familia, directamente o por quien éste autorice

En el caso de que el menor hubiese sido acogido por una institución de asistencia social, pública o privada, deberá presentar una constancia del tiempo de la exposición o abandono.

Cuando los solicitantes sean extranjeros que residan en el país, deberán acreditar su legal estancia o residencia dentro del país. Cuando tengan residencia en otro país, deberán presentar certificado de idoneidad expedido por la autoridad competente de su país de origen que acredite que el solicitante es considerado apto para adoptar; constancia de que el menor que pretende adoptar ha sido autorizado para entrar y residir permanentemente en dicho Estado; y autorización de la Secretaría de Gobernación para internarse y permanecer en el país con la finalidad de realizar la adopción.

Es pertinente que en su solicitud, el que pretenda la adopción ofrezca las pruebas con las cuales intente

acreditar el cumplimiento de los requisitos legales mencionados. Las pruebas se recibirán el día y a la hora que el juez señale.

Becerra Bautista estima que:

“Deben ser citadas a esta audiencia las personas cuyo consentimiento se requiera para la adopción, con el objeto de que "expongan lo que a su derecho corresponda.”³⁹

Respecto a la adopción, igualmente consideramos que de reunirse los requisitos de fondo y forma para llevarse a cabo el acto, y bajo la vigilancia de las instituciones sociales como el DIF, la Procuraduría de la Defensa del Menor, y, el principal protector social, el Ministerio Público, bien podría tener verificativo bajo la fe del notario público, y enviando el oficio correspondiente al Director del Registro Civil para la expedición del acta de adopción.

³⁹ BECERRA BAUTISTA, José. El proceso civil en México. Editorial Porrúa. México 1977. 6ª. Edición. Pág. 461.

D. RECTIFICACIÓN, MODIFICACIÓN Y ACLARACIÓN DE ACTAS.

Dadas tantas situaciones sui generis en nuestro folclórico país, es común que cientos de personas sufran por errores en sus actas ya sea de nacimiento, matrimonio e incluso de defunción, causados éstos ya por negligencia de los redactores del Registro Civil, por la distracción de los mismos "registrantes" –por darles un nombre- e incluso, que, como suele suceder, una persona sea conocida por todo mundo con un nombre, cuando en sus documentos básicos esta registrado con otro.

El artículo 130 del Código Civil Vigente para el Estado de Querétaro, señala expresamente que la rectificación de un acta del Registro Civil es procedente cuando se solicite variar el nombre o nombres de las personas que intervinieron en el acto o alguna otra característica esencial del mismo.

La modificación de las Actas del Registro Civil es procedente cuando se pretende variar los nombres de quienes aparecen en ellas, sin que el acto haya afectado su estado civil o sea necesario cambiar alguna característica no esencial.

Ambos actos deben ser ordenados por la autoridad judicial competente en los términos de la Ley Adjetiva vigente en el estado.

Evidentemente, se requiere de la necesidad manifiesta en ambos casos (rectificación y modificación), de llevar a cabo tales actos, en razón de las circunstancias antes mencionadas, siempre y cuando el motivo de tales variaciones en la redacción de las actas no tenga un fin ilícito.

En cuanto a la aclaración de las actas del estado civil de las personas, esta procede cuando existen errores mecanográficos u ortográficos o de ambas especies que no afecten los datos esenciales de las mismas.

Se tramitarán administrativamente ante la Dirección del Registro Civil, quien deberá resolver de plano, ordenando en su caso la aclaración respectiva que se comunicará, lo mismo a la oficialía correspondiente, como a la Dirección General del Registro Nacional de Población, para que se anoten en sus archivos. (art. 133 CCEQ)

En los tres casos que nos ocupan, previa manifestación de la necesidad de alterar el estado original de las actas, como ya mencionamos, con un fin lícito, estos actos podrían ser delegados en los notarios, sujetándose una vez más de la fe pública de estos, dando vista incluso, de ser necesario, al Ministerio Público de tales hechos, a fin de cerciorar la veracidad y corrección de los mismos.

Es claro que estos actos se asentarían en una escritura misma que, posteriormente, se debería inscribir en el Registro Civil, quizá anexada a la foja original a fin de constar la modificación, rectificación o, en su caso, aclaración de la correspondiente acta realizada ante notario.

E. DIVORCIO VOLUNTARIO (administrativo).

Por último, conviene advertir que, no obstante que el CPCEQ la regule en un título distinto del correspondiente a los procedimientos de jurisdicción voluntaria, *el procedimiento de divorcio voluntario* participa de la naturaleza de éstos.

Como es sabido, el divorcio voluntario tiene dos trámites distintos. Cuando ambos cónyuges sean mayores de edad, no tengan hijos y hayan contraído su matrimonio bajo el régimen de separación de bienes, o si se casaron bajo el régimen de sociedad conyugal ya hayan liquidado ésta de común acuerdo, el divorcio voluntario (administrativo) debe ser solicitado ante el Oficial del Registro Civil.

Conforme a los arts. 252 y 253 del *Código Civil para el Estado de Querétaro*, el oficial del Registro Civil, después de levantar un acta haciendo constar la solicitud de divorcio, debe citar a los cónyuges para que ratifiquen ésta a los quince días, y hecho esto, los declarará divorciados.

En cambio, cuando los cónyuges no sean mayores de edad, tengan hijos o no hayan liquidado la sociedad conyugal, deben tramitar su solicitud de divorcio voluntario ante un juez de lo familiar, a través del procedimiento regulado en los arts. 697 a 705 del *CPCEQ*.

Presentada la solicitud de divorcio, con el convenio a que se refiere el art. 255 del *Código Civil*, y con una copia certificada del acta de matrimonio y de las actas de nacimiento de los menores hijos, el juez debe citar a los cónyuges y al Ministerio Público a dos juntas sucesivas, en las cuales tratará de avenir a los primeros, y sólo en el caso de que insistan en su solicitud, decretará la disolución del vínculo matrimonial.

La intervención del Ministerio Público en este procedimiento tiene por objeto verificar que, en el convenio que presenten los cónyuges, se respeten y aseguren los derechos de los hijos.

Tocante a este tópico, el caso que nos ocupa es el del divorcio administrativo, que es el explicado en primera instancia; es en realidad un procedimiento no contencioso, en el que no interviene NINGUNA AUTORIDAD JURISDICCIONAL, es competencia directa del Oficial del Registro Civil, y evidentemente, el notario podría llevar a cabo este acto perfectamente.

Al igual que en el tema anterior, el notario de ser necesario debería darle vista al Ministerio Público a fin de que verifique la certeza de que no existen hijos, y, con la declaración judicial de la liquidación de la sociedad conyugal –en su caso- ni siquiera sería necesaria la citación quince días después de la solicitud a fin de ratificar, podría ser un trámite brevísimo una vez reunido el informe del Ministerio Público, de así ser necesario.

F. LA NECESIDAD DE PERMITIR AL NOTARIO LA RESOLUCIÓN DE ASUNTOS DE ASPECTO NO CONTENCIOSO.

Un sector de la doctrina ha señalado la necesidad de trasladar el conocimiento de estos procedimientos a otros órganos del Estado, con el fin de concertar en los juzgadores exclusivamente la función jurisdiccional en sentido estricto.

Los que sustentamos el presente trabajo recepcional, estamos totalmente de acuerdo con este criterio, pues consideramos, como lo asentamos en nuestro protocolo, el permitir el desahogo de estos actos en la figura del notario, permitiría muchas ventajas al sistema de la administración de justicia en el estado y en el país.

Es evidente la carga de trabajo y por ende, el retraso tanto procesal como procedimental que existe en el Poder Judicial y Administrativo de nuestro país; bajo este tenor, sabemos que la función del Notario, como Fedatario Público nunca ha sido jurisdiccional, sin embargo, si pudiera ser de

gran apoyo en tanto se le delegaran actividades en las cuales tiene intervención el Poder Judicial, y que, realmente no son contenciosas.

Con la propuesta que manejamos, obviamente no pretendemos plantear que el Notario tenga funciones plenamente jurisdiccionales, sin embargo si podemos pensar en una extensión de actividades que podrían auxiliar al desempeño de la labor judicial y administrativa que, de alguna forma se traducen en una verdadera eficiencia y eficacia en trámites que, actualmente están en manos de las autoridades antes mencionadas.

En este orden de ideas, cabe señalar que los trámites llevados ante las autoridades jurisdiccionales resultan sumamente costosos, en virtud de que, generalmente requieren la contratación de abogados postulantes, para llevarlos a cabo y obtener resultados favorables; con el planteamiento que se está realizando, este tipo de gastos serán reducidos en beneficio del interesado sin restarle importancia al punto esencial del planteamiento.

Así mismo en los principios esenciales del Derecho mexicano se encuentra contemplada la justicia pronta y expedita, por tanto cuando, si se aceptan las nuestras propuestas, se realice ante Notario los trámites anteriormente referidos se va a obtener el beneficio de la inmediatez y prontitud de esos trámites aprovechando las funciones que pudiera compartir un Fedatario Público.

Los ordenamientos procesales suelen establecer la posibilidad genérica de promover estos procedimientos de jurisdicción voluntaria y, además, regular algunos procedimientos específicos.

El Maestro José Ovalle Favela, cita en su obra Derecho Procesal Civil una situación de Derecho Comparado, que se acerca al punto medular de el trabajo de investigación de los tesisistas, aquí está la cita:

“STALEV apunta que, en la ex Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, desde 1927 la gran mayoría de los procedimientos judiciales no contenciosos fueron

encargados para su tramitación al Notariado de Estado, "con el fin de que los tribunales jurisdiccionales pudieran ocuparse exclusivamente de los negocios litigiosos"

"En América Latina, se puede citar el caso de la Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria del 5 de noviembre de 1977 (Diario de Centro América de 9-XI-1977), de Guatemala, la cual atribuye competencia a los notarios públicos para conocer, específicamente de los procedimientos de declaración de ausencia, de autorización para disponer o gravar bienes de menores, incapaces o ausentes, de reconocimiento de preñez y de parto, de rectificación de las actas del estado civil, de constitución del patrimonio familiar y de adopción.

Asimismo, dicha ley permite a los interesados llevar ante notario los demás procedimientos de jurisdicción

voluntaria previstos en el Código Procesal Civil y Mercantil de Guatemala (art. 50.).”⁴⁰

A su vez, el Maestro Bernardo Pérez Fernández del Castillo, en una de sus últimas ediciones a su obra “Derecho Notarial”, manifiesta claramente que:

“...una de las innovaciones más importantes realizadas a la Ley del Notariado de 30 de diciembre de 1999, es aquella que se refiere a la posibilidad de que, ante notario, se hagan constar actos y hechos que antes eran del exclusivo conocimiento de jueces y secretarios de juzgado, como los casos de apeo y deslinde, informaciones ad perpetuam, el cambio de regímenes matrimoniales y el más importante de todos ellos, la tramitación de las sucesiones intestamentarias.”⁴¹

⁴⁰ OVALLE FAVELA, José. Derecho Procesal Civil. Oxford University. Editorial Harla. México 1999. 8ª. Edición. Pág. 417.

⁴¹ PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Bernardo. Derecho Notarial. Editorial Porrúa. México 2000. Pág. 142.

De la mano de las opiniones vertidas por los estudiosos del Derecho antes citados, los tesisistas consideramos que no existirían más que ventajas al delegar la tramitación de los asuntos antes analizados, siendo, en su mayoría de carácter familiar y que, sin embargo, si representan gran porcentaje de la atención que la autoridad judicial dedica a la resolución de las demandas que ante ella se presentan.

De esta manera, así como incluso otras naciones ya tienen contemplada nuestra propuesta, el legislador debiera contemplar que sea ante el notario una de las posibilidades que tenga el gobernado a fin de resolver las situaciones de jurisdicción voluntaria previamente analizadas.

CONCLUSIONES.

PRIMERA.- El sistema latino, entre los sistemas notariales, es el que presenta mayores ventajas, por ser el que desliga con mayor precisión los ámbitos judicial y notarial.

SEGUNDA.- La actividad del notario, como funcionario público y profesional del Derecho, concuerda en general, con nuestro concepto personal, como el de un hombre prudente, práctico y sabedor de las leyes, que con sabio consejo encauce los intereses de las partes y sin menoscabo de los del Estado procure la prevención de controversias mediante la expresión en escrituras debidamente redactadas, de la voluntad de las mismas partes, aclarando dudas y previniendo problemas posteriores, sin atender a sus intereses personales.

TERCERA.- Éste carácter de funcionario público, hace del notario en nuestro Derecho, un verdadero velador de la administración pública y un eficaz colaborador del Estado, aún cuando, con

funciones muy especiales, mismas que han hecho reflexionar acerca de la real naturaleza de su actividad.

CUARTA.- En nuestro concepto, la función que realiza el notario es administrativa, acompañada por el saber técnico de un profesional del Derecho.

QUINTA.- Podemos y debemos afirmar que el notario público contribuye a la creación y formación de actos y contratos, en relación con los asuntos que se le someten, en cuanto las partes recurren a su ciencia para que los revista de forma legal y de la solemnidad que en algunos casos se requiere y en cuanto ilustra a las partes sobre la mejor manera de ajustar a Derecho dichos actos y contratos.

SEXTA.- Aunque todavía algunos autores consideren que la jurisdicción voluntaria implica realmente el ejercicio de función jurisdiccional y denominen *procesos* a los procedimientos no contenciosos, actualmente predomina la tendencia doctrinal

que niega a ésta el carácter jurisdiccional y la considera como una "actividad administrativa encomendada a órganos jurisdiccionales".

SÈPTIMA.- En algunas ocasiones se considera que la actuación notarial es supletoria de la judicial; en otras ocasiones se piensa que el juez usurpa al notario los hechos de jurisdicción voluntaria tramitados ante él, pues en su mayoría son actos por los que se hacen constar hechos o manifestaciones de voluntad, sin necesidad de un acto de decisión que en todo caso tendría que dar el juez.

OCTAVA.- A estos efectos, consideramos que los actos de adopción, filiación, reconocimiento de hijos, entre otros de los mencionados y analizados dentro de nuestro trabajo recepcional bien podrían llevarse a cabo frente a un notario con todas las premisas establecidas en los Códigos Civil y de Procedimientos Civiles vigentes en el estado, cumpliendo las partes con los requisitos de capacidad legal.

NOVENA.- Los tesisistas consideramos que no existirían más que ventajas al delegar la tramitación de los asuntos antes analizados, siendo, en su mayoría de carácter familiar y que, sin embargo, si representan gran porcentaje de la atención que la autoridad judicial dedica a la resolución de las demandas que ante ella se presentan.

DÉCIMA.- De esta manera, así como incluso otras naciones ya tienen contemplada nuestra propuesta, el legislador debiera contemplar que sea ante el notario una de las posibilidades que tenga el gobernado a fin de resolver las situaciones de jurisdicción voluntaria previamente analizadas.

BIBLIOGRAFÍA

- ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. Estudios de Teoría General del Proceso. Editorial UNAM. Tomo I. México 1974.
- ALCALÁ ZAMORA, Niceto. Derecho Procesal Mexicano. Tomo II. Editorial Porrúa. México. 1977.
- BECERRA BAUTISTA, José. El proceso civil en México. Editorial Porrúa. México 1977. 6ª. Edición.
- BONO, José. Historia del Derecho Notarial Español. Tomo I. Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España. Madrid, España. 1979.
- CARRAL Y DE TERESA, Luis. Derecho notarial y Derecho registral. Editorial Porrúa. México 1994 . 5ª. Edición.
- CERVANTES SAAVEDRA, Miguel de. Novelas Ejemplares. Red editorial Iberoamericana. México 1985. Vol. II.
- COUTURE, Eduardo J. estudios de Derecho procesal Civil. Tomo II. Editorial Depalma. Buenos aires, Argentina. 1978.

- CHÁVEZ PADRÓN, Martha. La Ley Agraria de 1992 y los notarios públicos. Editorial Porrúa. México 1992. 2ª. Edición.
- ESCRICHE, Joaquín. Diccionario razonado de la legislación y jurisprudencia. Editorial Norbajacaliforniana. Ensenada, Baja California, México. 1974.
- FALGUERA, Félix María. Estudios filosóficos sobre el Notariado. Barcelona, España 1894.
- FRAGA, Gabino. Derecho Administrativo. Editorial Porrúa. México 1990. 10ª. Edición.
- FIX ZAMUDIO, Héctor. Breves reflexiones sobre la reglamentación de la jurisdicción voluntaria en el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito y Territorios Federales del 30 de agosto de 1932", en El Foro. Núm. 40. enero-marzo. México. 1963.
- GIMÉNEZ ARNAU, Enrique. Derecho Notarial. Ediciones Universidad de Navarra, S. A. Pamplona, España. 1976.
- GODOY, Jack. La lógica de la escritura y la organización de la sociedad. Alianza Universidad. Madrid, España. 1986.

- MAYHEW, León. "Sistema jurídico". Enciclopedia internacional de las ciencias sociales. Tomo 3. Editorial Aguilar. Madrid, España. 1976.
- MEDINA LIMA, Ignacio. Problemática de la Jurisdicción voluntaria. Revista de la Facultad de Derecho de México. Núms. 105-106. enero junio. México 1977.
- MIJARES RAMÍREZ, Ivonne. Escribanos y Escrituras Públicas en el siglo XVI. Editorial UNAM. México 1997.
- OVALLE FAVELA, José. Derecho Procesal Civil. Oxford University. Editorial Harla. México 1999. 8ª. Edición.
- PASSAGGERI, Rolandino. La Aurora. Ilustre Colegio de Madrid. Madrid, España 1950.
- PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Bernardo. Derecho Notarial. Editorial Porrúa. México 1993. 6ª. Edición.
- PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Bernardo. Ética notarial. Editorial Porrúa. México 1994. 3ª. Edición.
- PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Bernardo. Derecho Notarial. Editorial Porrúa. México 2000. 9ª. Edición.
- RIESCO, Ángel. Paleografía y diplomática. Universidad Nacional de Educación a Distancia. Tomo II. Madrid, España. 1984.

- RÍOS HELLIG, Jorge. Práctica del Derecho Notarial. Editorial Mc. Graw Hill. Serie Jurídica. México 1997. 2ª. Edición.
- SALA, Juan. El litigante instruido, el Derecho puesto al alcance de todos. Luis Mendiola editor. México 1843.

LEGISLACIÓN CONSULTADA.

- CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.
- LEY FEDERAL DE RESPONSABILIDADES DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS.
- LEY GENERAL DE BIENES NACIONALES.
- CÓDIGO CIVIL PARA EL ESTADO DE QUERÉTARO.
- CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL ESTADO DE QUERÉTARO.
- LEY DEL NOTARIADO PARA EL ESTADO DE QUERÉTARO.