

LA FUNCIÓN NOTARIAL PREVENTIVA DE LITIGIO

CARACTERÍSTICAS DEL NOTARIADO LATINO

FERNANDO ANTONIO CÁRDENAS GONZÁLEZ¹

1. PRESENTACIÓN

Notaría abierta Juzgado cerrado frase ilustre de la autoría de don Joaquín Costa que ha recorrido el mundo del notariado latino y que con sólo cuatro vocablos define la esencia de la función notarial, *Seguridad Jurídica*, uno de los más grandes valores sociales.

Notariado Latino igual a *Notaría abierta Juzgado cerrado*, derecho preventivo de conflictos y controversias que contribuye a lograr la seguridad jurídica.

Notariado Latino igual a *Seguridad Jurídica*, valor indispensable para cimentar la paz social y la justicia, esencial en toda sociedad, pero más aún en una sociedad dinámica, cambiante y diversificada, como en la que vivimos, que es presionada constantemente por sistemas económicos neoliberales que dejan a su suerte al débil frente al fuerte motivando grandes abusos, injusticias, incertidumbre en las relaciones humanas y por lo tanto: malestar social, que tanto lastima al crecimiento armónico de la sociedad.

Notariado Latino igual a *Paz Social y Justicia*, objetivos primarios del Estado Soberano para lograr el bien común en beneficio de sus gobernados.

Notariado Latino igual a *Bien Común*, toda vez que éste se logra en gran medida cuando el Estado Soberano entrega a la sociedad

¹ Fernando Antonio Cárdenas González, Notario de la Ciudad de Torreón, Coahuila, México.

los instrumentos jurídicos que permiten la realización pacífica del derecho donde el notario es un instrumento de la justicia para lograrlo.

Notariado Latino igual a *Tradicición, Compromiso y Confianza*, porque su regulación no es un capricho del legislador, obedece a una auténtica necesidad social, porque se encuentra enraizada en la vida del pueblo, porque es una evolución natural de la actividad humana en constante desarrollo.

Notariado Latino igual a *Evolución y Porvenir Social*, porque el notariado es una institución que hoy por hoy goza de gran prestigio mundial, toda vez que su actuación a través de los años ha dejado constancia de seguridad y certeza jurídica y por lo tanto ha contribuido al crecimiento cultural, económico y político de la sociedad. El Notariado Latino tiene sus orígenes en los primeros tiempos de la escritura y ha sido producto de una larga evolución que le ha permitido estar vigente gracias a la forma en que ha sido regulado y de quienes les ha correspondido ejercerlo. Hoy por hoy, es una institución útil a la sociedad que satisface cumplidamente las necesidades cambiantes que ésta demanda.

El siglo XX y los tiempos que vivimos se han caracterizado por los grandes avances tecnológicos, la apertura comercial y la globalización; factores estos que han incidido directamente en la rapidez y celeridad con que los seres humanos llevan a cabo sus relaciones jurídicas, se ha acelerado el ritmo de la vida de la humanidad y ante esta circunstancia, la sociedad exige al Estado que le proporcione los instrumentos jurídicos que le permitan desarrollar con mayor velocidad y versatilidad sus relaciones humanas en todas sus facetas.

A este fenómeno de la mundialización algunos economistas lo han considerado como un verdadero cambio de la humanidad, tan relevante, o, quizá más, que la propia revolución industrial, dado el impacto que ha tenido en todas las esferas de la sociedad.

Resulta entonces para el Estado un desafío satisfacer las necesidades de sus gobernados con rapidez y precisión, garantizando cabalmente la seguridad de las relaciones humanas para así velar por el bienestar de la sociedad. No hay duda de que uno de los caminos para alcanzar este bien, es ofrecer soluciones que tienden a imprimir dinamismo, eficacia y rapidez a los actos jurídicos que se celebren en la sociedad mundial, tampoco, no hay duda de que uno de los pilares con los que cuenta el Estado para enfrentar este reto, lo es el Notariado Latino.

Debemos tener presente que el derecho es dinámico, evoluciona al mismo tiempo que evoluciona la sociedad, debe satisfacer siempre las necesidades que ésta demanda, las cuales varían de época en época, de lugar a lugar, de país a país, necesidades que se van modificando según las conveniencias sociales. Un buen legislador debe recoger estas exigencias para crear un marco jurídico útil a la sociedad, pues de lo contrario la esencia del derecho se frustra y no cumple su noble e importante función. No olvidemos que la institución del notariado es derecho y por lo tanto debe ser motivo de constante evolución.

Muchos de los grandes inversionistas provienen de los países regulados por el derecho sajón. Como resultado de la mundialización sus capitales recorren el mundo en busca de mejores oportunidades de negocios, de mano de obra barata, de paraísos fiscales, pero para garantizar, a su estilo, la seguridad de sus inversiones, tratan de imponer sus reglas jurídicas, sistemas legales (*Common Law*), su idioma, etcétera, lastimando así en muchas ocasiones los principios básicos de un régimen jurídico. Argumentan para ello, que muchas de las instituciones jurídicas del Derecho Latino en la que se incluye el notariado, son obsoletas, han sido superadas por el ritmo de la vida y ya no responden a las necesidades que exige la sociedad mundial, y por lo tanto, exigen que esos instrumentos sean sustituidos por figuras jurídicas propias de sus sistemas de derecho.

Los romanos fueron grandes guerreros y juristas, una vez que conquistaban nuevos territorios, inmediatamente imponían su idioma y su sistema de derecho para así obtener el control total del territorio y de la población. En la actualidad las mayores conquistas ya no son a sangre y fuego, sino en forma más dominante, en base a controlar la economía; y para consolidar el total dominio, ningún elemento mejor que el del idioma y las reglas jurídicas. La historia nos demuestra que los mayores dominios fueron aquellos en los que los conquistadores impusieron su idioma, de la imposición del idioma al control de la idiosincrasia, sólo hay un paso.

Ya los griegos lo sabían: Logos es pensamiento y también palabra, no hay palabra sin pensamiento, ni pensamiento sin palabra.

Se exige por lo tanto precisar las diferencias que existen entre el Notariado Latino y el *Notary Public* sajón, analizar el quehacer del Notariado Latino, sus ventajas en esta nueva economía de mercado, para concluir con algunas reflexiones del tema.

2. DIFERENCIAS ENTRE EL NOTARIO LATINO Y EL *NOTARY PUBLIC* SAJÓN

Para precisar cuales son las diferencias que existen entre el *Notary Public* sajón y el Notariado Latino, es necesario tener presente, aunque de manera general, los principios que cimientan a los dos grandes sistemas jurídicos universales: el Romano o Latino y el *Common Law* de origen inglés.

El sistema Latino o Romano, constituye una institución de organización científica y codificada, está basado en la ley escrita, es esencialmente formalista y considera como fuentes de derecho a: la ley, la costumbre, la jurisprudencia y la doctrina; es un sistema donde predomina la ley, limitándose la actuación del juez a ejecutarla y cumplirla; es un sistema de derecho creado por los legisladores y se encuentra diseñado para evitar controversias.

El sistema *Common Law* es una institución que está basada en el derecho consuetudinario, donde la costumbre general ha conservado su supremacía, constituyendo así un sistema jurídico dualista, casuístico, desarrollado en los usos y costumbres convertidos en normas jurídicas consuetudinarias, mediante las resoluciones de los tribunales, es decir, la costumbre convertida en ley, no por la labor de los legisladores, sino por la actuación de los jueces —la ley hecha por el juez—; es un sistema que se ha formado por la jurisprudencia de los tribunales. Siendo la labor de los legisladores más bien de carácter declarativo, limitándose a organizar y reproducir el derecho establecido por la jurisprudencia de los jueces.

En el sistema *Common Law* son escasas las leyes y códigos, no se reconoce el concepto de forma como requisito de validez en los contratos y por lo tanto, no existe la prueba documental pública, siendo la reina de las pruebas, la prueba oral; por eso se dice que es un derecho informal, considerado altamente contencioso, donde la intervención de los abogados y de los jueces tienen un papel preponderante en la vida jurídica. Generalmente, el neoliberalismo perteneciente en los países que cuentan con este sistema legal, resulta esencial para que florezca en su máxima expresión este tipo de economía, que deja a su suerte al débil frente al fuerte, ocasionando como consecuencia una gran cantidad de controversias.

Así coexisten estos dos grandes sistemas jurídicos, dos concepciones distintas de entender la vida y el derecho. En consecuencia, producen una falta de sintonía en muchas ocasiones, planteando

problemas de muy difícil solución, máxime, ante el empuje y fuerza de los sistemas económicos agresivos.

- Estos problemas se derivan principalmente por:
 - Los diferentes sistemas de fuentes del Derecho.
 - Las distintas concepciones sobre la seguridad y agilidad del tráfico mercantil.
 - La creación de fórmulas jurídicas nuevas, adecuadas a las situaciones cambiantes en los países del sistema anglosajón, que no encuentran encaje en las figuras tradicionales propias de los países latinos; éstos tienen que ofrecer, a gran velocidad, soluciones legislativas o interpretativas a los problemas planteados.
 - La falta de criterios únicos para calificar la validez y efectos de los diferentes documentos utilizados en la vida del tráfico mercantil.

Bajo la luz de estos dos grandes sistemas del derecho se ha regulado la actividad notarial, de ahí que se hable de: Notariado Latino y *Notary Public* sajón, siendo sus funciones profundamente diferentes.

El Notariado Latino es aquel que pertenece al sistema jurídico de derecho latino, el cual está constituido por el conjunto de principios y reglas jurídicas aplicables en aquellos países en los que su ciencia jurídica y su legislación se han formado sobre la base del derecho romano.

Un Notariado Latino es aquel que se encuentra organizado de tal manera que brinda a la sociedad plenas garantías de seguridad y certeza jurídica en la prestación de los servicios de fe, sus principales características son las siguientes:

- Se regula como una función pública y social, cuyo objetivo principal es otorgar seguridad jurídica.
 - Brinda asesoramiento, consejo e información de alta calidad.
 - Da forma legal y auténtica a los actos y hechos jurídicos a los que la ley concede valor probatorio pleno, entre tanto no se declare judicialmente la falsedad o la nulidad del instrumento.
- Controla la legalidad y la legitimación de los actos que se autorizan.
 - Es colaborador de la Administración Pública.
 - El Notario es responsable de los instrumentos que autoriza.
 - Consagra el derecho de la libre elección del Notario.
 - Es una institución conciliadora y auxiliar de la Administración de Justicia.

-
- Está organizada bajo el sistema de matricidad y reproducción de documentos —Protocolo y Testimonios—.
- El gobierno y disciplina del notariado está a cargo de la autoridad y del propio Colegio.
- Exige que el Notario sea el autor del documento, que debe redactar después de escuchar e interpretar la voluntad de los interesados y después de haberlos asesorado imparcialmente.
- Establece principios rectores bajo los cuales se debe desempeñar la función notarial, tales como: autonomía, imparcialidad, redacción, conservación, inmovilidad, rogación, autoría, legitimación, fe pública, reproducción, publicidad, así como la calificación y la legalidad. •
- Contempla incompatibilidades de la función notarial y se señalan prohibiciones que impiden al Notario intervenir en asuntos concretos, con el propósito de garantizar los principios de imparcialidad y autonomía.
- Exige que la actuación del Notario también se desarrolle bajo principios deontológicos.
- Exige la colegiación obligatoria y una intensa actividad gremial.
- Regula las bases para incrementar el servicio de la fe pública con nuevas notarías.
- Regula la retribución de los servicios notariales dentro del sistema de honorarios a cargo de los peticionantes del servicio a través del arancel autorizado.
- Recomienda la creación de cajas de retiro y jubilaciones a cargo del Colegio de Notarios, para que el Notario que consagró su vida al Notariado, tenga un retiro, una vejez digna.
- Regula los medios para acceder a la función notarial, generalmente a través de los exámenes de oposición.
- Exige que la persona física reúna ciertos atributos para poder ejercer la actividad notarial, entre los que se encuentran los siguientes:
 - a) Tener la nacionalidad que exige el país en que se ejerza la profesión.
 - b) Tener una edad mínima y máxima.
 - c) Encontrarse en pleno ejercicio de sus derechos y gozar de facultades físicas y mentales que no impidan el uso de sus facultades intelectuales para el ejercicio de la función notarial.
 - d) Gozar de buena reputación personal y profesional.

- e) No desempeñar actividad que resulte incompatible con la función notarial.
- f) Ser profesional del derecho con título de abogado o equivalente.
- g) No haber sido condenado por sentencia ejecutoriada por delito intencional.
- h) Acreditar una práctica notarial en una notaría por un tiempo razonable.
- i) Aprobar los exámenes respectivos, etcétera.

Por otra parte, en los países pertenecientes al sistema jurídico de *Common Law*, como son: Los Estados Unidos de América y Canadá—con excepción de la provincia de Quebec, donde el sistema provincial de derecho civil se basa en el Código Napoleónico Francés—existe un sistema de fe pública muy distinto al que se regula en los países pertenecientes al sistema latino, la distinción fundamental es que en los primeros no existe el concepto de *forma obligatoria*, es decir, ésta no se conoce como requisito de validez para los contratos, por lo tanto, se desconoce la prueba documental pública, toda vez que el documento, bajo la luz de este sistema jurídico, solamente tiene el valor de un indicio en un juicio.

Al no existir la necesidad de formalizar los contratos ante el *Notary Public*, y al no tener el documento valor como prueba en un juicio, podemos afirmar que prácticamente no existe una función fedante en los países anglosajones.

El *Notary Public* no es un equivalente al Notario Latino, sus funciones son profundamente diferentes, al primero se le permite intervenir en muy contados actos para acreditar principalmente la identidad de ciertas personas en la firma de documentos, es solamente un autenticador de firmas, su actividad no constituye una función pública, ni redacta el documento, toda vez que carece de preparación técnica-jurídica, y además la ley no lo exige por no conocer la forma para la validez de los contratos, tampoco le exige al *Notary Public* controlar la legalidad y legitimación de los actos en los que interviene, para ejercer esta función no se requiere ser abogado, la duración de su cargo no es vitalicia, sino temporal, además no cuenta con un protocolo donde asiente los originales de los actos en los que interviene como fedatario, por lo tanto, no existe una matriz de la cual se pueda extraer una copia de los actos en los que haya intervenido.

Lo único semejante entre el *Notary Public* y el Notario Latino es el nombre, por lo que se recomienda mencionar al primero siempre en su propio idioma, es decir, no traducirlo al idioma castellano para evitar confundirlo con el concepto de Notariado Latino.

En los Estados Unidos de América existen cerca de 4'500,000 *Notarys Public*² constituyendo así una de las actividades más extensas de la Unión Americana, sin embargo, mucho se ha cuestionado el cumplimiento de los simples deberes que la ley impone a estos funcionarios, un estudio reciente, citado por el notario Eduardo Martínez Urquidi,³ expresa:

... Un examen reciente reveló que únicamente uno de los 217 completó el procedimiento notarial correctamente. El estudio indicó, además, que de los notarios interrogados el 9.7% no estaba familiarizado con el proceso de autenticación, el 88% omitió tomar el juramento requerido; el 82% omitió identificar al declarante... Estos resultados han movido a algunos legisladores norteamericanos a iniciar esfuerzos para hacer una reforma notarial y a reconocer que el notariado latino está mucho mejor preparado.

Saltan a la vista las diferencias que existen entre el Notario Latino y el *Notary Public* sajón, sin embargo el notario Adrián Iturbide Galindo⁴ resume aquellas diciendo:

Frente al documento público latino, con fuerza probatoria plena, el documento privado; frente a la seguridad jurídica como valor fundamental del derecho, tan sólo la seguridad económica. De ahí, la necesidad del seguro del título, que significa carencia de garantía jurídica en la adquisición del asegurado, pues sin cubrir los defectos del documento traslativo, tan sólo promete una indemnización en dinero. Frente al notario latino, profesional del derecho, autor responsable del documento, el *Notary Public*, sin conocimientos jurídicos, sin responsabilidad en la autoría del documento, tan sólo autenticador de firmas.

Resultado: el 70 por ciento de los abogados del mundo, más de 750 mil, están en los Estados Unidos de América; número de litigios

² Se recomienda la consulta de la obra realizada por el Not. Francisco Xavier Arredondo Galván, titulada, *Proyección del Notariado Mexicano hacia el Siglo XXI*, O. G. S. Editores, S.A. de C.V. Primera Edición, México, 1998.

³ Cit. Eduardo Martínez Urquidi, en el debate *El Derecho Notarial a fin de Siglo*, publicado en la *Revista El Mundo del Abogado*, número 5, México, 1999.

⁴ Adrián Iturbide Galindo, "El Notario en Sustantivo", *Revista de Derecho Notarial*, Asociación Nacional del Notariado Mexicano, A.C., N° 114, México 1999, pág. 172.

impresionante; costo de la administración de justicia, gigantesco, cercano a los tres puntos del producto interno bruto de país más rico de la tierra

3. EL QUEHACER DEL NOTARIO LATINO

La Unión Internacional del Notariado Latino, que actualmente afilia notariados de más de 68 países de diferentes continentes del mundo, en su primer congreso celebrado en el año de 1948, en la ciudad de Buenos Aires, de la República de Argentina, definió al Notariado de Corte Latino,⁵ como:

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, confiriéndoles autenticidad, conserva los originales de éstos y expide copias que den fe de su contenido. En su función está comprendida la autenticación de hechos.

Sin embargo la función del notario que recoge la definición antes citada ha quedado ya superada, toda vez que en muchos países pertenecientes al sistema de derecho latino han conferido a sus respectivos notariados nuevas atribuciones como son: la competencia de los actos de jurisdicción voluntaria, la mediación, el arbitraje, entre otras, que les han permitido transformar su concepto clásico, de un autenticador de hechos y actos jurídicos, a un Notariado más participativo con la sociedad que le brinda la oportunidad de estar presente en la solución de las demandas que exige su comunidad.

En México la función notarial no está conferida de manera expresa a la competencia federal, de tal manera que la misma se entiende reservada a los Estados de la República y al Gobierno del Distrito Federal; está a cargo del Poder Ejecutivo, que por autorización de éste y de la propia ley, se encomienda a profesionales del Derecho a quienes se les inviste de la fe pública, autorizándolos para autenticar los actos y hechos a los que los interesados deban o deseen dar forma conforme a las leyes y para cumplir las demás funciones que la ley les confiere.

⁵ Bernardo Pérez Fernández del Castillo, *Doctrina Notarial Internacional*, Editorial Porrúa, S. A., 1ª ed., México, 1999, pág. 23.

La nueva Ley del Notariado⁶ para el Distrito Federal, vanguardista en la materia, define el concepto de notario en su artículo 42 que textualmente dice:

ARTÍCULO 42.—Notario es el profesional del Derecho investido de fe pública por el Estado, y que tiene a su cargo recibir, interpretar, redactar y dar forma legal a la voluntad de las personas que ante él acuden, y conferir autenticidad y certeza jurídicas a los actos y hechos pasados ante su fe, mediante la consignación de los mismos en instrumentos públicos de su autoría.

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

De esta definición podemos colegir cuáles son las principales funciones del notario, éstas son:

a) *Es un profesional del derecho investido de la fe pública.* Es un profesional del derecho, lo que significa que las personas que ejercen la función notarial deben ser Licenciados en Derecho con una preparación suprema, deben ser peritos en la técnica jurídica que les exige tener un vasto conocimiento de todas las ramas del derecho, ya que solamente así podrán desempeñar las demás funciones propias de su profesión, como son, entre otras, las de: interpretar, aconsejar, preparar, y redactar los instrumentos para plasmar en ellos la voluntad de los interesados, funciones que no podrían cumplirse si no se tiene una excelente capacidad profesional.

La calidad de notario se adquiere cuando una persona física recibe la patente de notario, que es el título donde se hace constar la autorización que le concede el Gobierno del Distrito Federal a través del Poder Ejecutivo, para ejercer conforme a los ordenamientos legales aplicables el servicio de la fe pública.

El notario se encuentra investido de la fe pública, porque en el momento en que se le concede la patente de notario se le deposita ese poder certificante para ejercer su profesión y así satisfacer una necesidad de interés general, que es el dotar a los instrumentos que pasen ante su fe de una garantía de certeza y seguridad jurídica.

⁶ Publicada en la *Gaceta Oficial* del Distrito Federal número 52 del día 28 de marzo del año 2000 y entró en vigor a los 60 días naturales siguientes a su publicación, es decir, el día 28 de mayo del año 2000.

La fe pública para Jorge Ríos Helling,⁷ es: “La fe pública siempre debe constar en forma documental, la tiene y crea el Estado con el fin de brindar seguridad jurídica.

La fe estatal es:

- a) Obligatoria, es decir, no depende de la voluntad de los individuos en particular; la sociedad tiene el deber de creer en ella;
- b) Nace del Estado por su derecho a autodeterminarse de manera soberana (*Jus Imperium*), es así como el Estado determina la forma de otorgar seguridad jurídica al conglomerado pasivo universal, que es uno de sus fines primordiales”.

Para Pedro C. Verdejo Reyes:⁸ “El fundamento de la fe pública notarial lo constituye la necesidad de certidumbre que deben tener los actos de los particulares, a fin de que el Estado pueda proteger los derechos dimanantes de éstos garantizándolos contra cualquier violación, y en tal sentido, la fe pública notarial, llena una misión preventiva al constituir los actos que ella ampara en una forma de prueba preconstituida suficiente para resolver e impedir posibles litigios”

Para Bernardo Pérez Fernández del Castillo:⁹ “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.”

Para Enrique Giménez-Arnau:¹⁰ “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

⁷ Jorge Ríos Helling, *La práctica del Derecho Notarial*, Editorial McGraw Hill, 3ª ed., México, 1997, pág. 45.

⁸ Cit. Jorge Ríos Helling, *La práctica del Derecho Notarial*, Editorial McGraw Hill, 3ª ed., México, 1997, pág. 46.

⁹ Bernardo Pérez Fernández del Castillo, *Derecho Notarial*, Editorial Porrúa, S. A., 4ª ed., México, 1989, pág. 161.

¹⁰ Enrique Giménez-Arnau, *Derecho Notarial*, Ediciones Universidad de Navarra, S. A., 2ª ed., España, 1976, págs. 37 y 38

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

Cuando el notario ejerce ese poder certificante en el desempeño de sus funciones, los documentos que autorice se convierten en públicos y por lo tanto con valor probatorio pleno y con presunción de legalidad, conservando esa apariencia pública de validez mientras no sea declarado judicialmente nulo.

Mucho se ha debatido si el notario es un funcionario público, existen teorías que afirman que no lo es, otras que dicen que sí, y se encuentran otras eclécticas que afirman que la actividad notarial es una función pública desempeñada por un profesionista liberal.

En nuestra opinión el notario mexicano no es un funcionario público por las siguientes razones:

- Porque el notario no actúa a nombre y por cuenta del Estado y por lo tanto no obliga a éste con su actuación.
- Porque el notario no recibe remuneración del Estado por la prestación de sus servicios, sino que aquél los cobra a su cliente conforme al arancel autorizado.
- Porque el notario no tiene un jefe superior a quien deba obedecer y de quien deba recibir órdenes.
- Porque la función notarial no está tipificada en la Ley de Responsabilidades de los Servidores Públicos, ni tampoco en la Ley de la Administración Pública del Distrito Federal.
- Porque el Notario ejerce una profesión libre, prevista y regulada por la Ley Reglamentaria del artículo 5 constitucional (Ley de Profesiones).
- Porque los principios rectores que rigen a la función notarial son: La autonomía, la imparcialidad, la rogación, la inmovilidad, la redacción, la calificación y la legalidad entre otros, que constituyen una garantía para desempeñar la profesión de manera libre e independiente en beneficio de la certeza y la seguridad jurídica.

Compartimos la opinión del Notario Jorge Ríos Helling¹¹ en cuanto a considerar que el Notario dentro de la Administración Pública pertenece a una descentralización por colaboración.

Por último es importante destacar que por una costumbre al notario se le conoce también con el nombre de: *Notario Público*, quizá por la función pública que desempeña o por los anteceden-

¹¹ Jorge Ríos Helling, *La práctica del Derecho Notarial*, Editorial McGraw Hill, 3ª ed., 1997.

tes históricos de la profesión, la nueva ley del notariado para el Distrito Federal, así como la anterior de 1980, se refieren aquel simplemente con el nombre de: *Notario*; estas denominaciones han dado lugar a considerar, o no, al notario como funcionario público.

Respecto a este tema el profesor Eduardo Le-Riverend,¹² dice: “17. El es un funcionario público: esto me lleva a considerar las diferencias entre un Notario y otros servidores públicos. El Notario no es miembro de ningún organismo o rama del gobierno; de conformidad con las leyes es nombrado por el gobierno y se halla bajo la supervisión de alguna autoridad, a fin de asegurar el exacto desempeño de su profesión; pero, no depende ni tiene que obedecer a funcionario alguno del gobierno. Su condición de “público” significa más bien y guarda más bien relación con su “estar a la disposición” del público, a fin de rendir sus servicios específicos salvo en casos de excepción legal; y al más o menos “público” carácter de su protocolo “abierto al público”.

b) *Escuchar*. Esta función es de gran importancia para el éxito de la actividad notarial. El notario debe escuchar con atención la petición de los interesados en el asunto que se le plantea, lo cual puede darse en una o en varias audiencias, que le permitirán establecer una comunicación con ellos; conocer de manera espontánea sus planteamientos, hacer preguntas, profundizar sobre el tema, para conocer así el verdadero espíritu de la voluntad de los peticionantes del servicio. En esta etapa se construyen los cimientos del negocio jurídico, ya que la recepción de la voluntad de los interesados es esencial para que el notario pueda desarrollar las demás funciones propias de su actividad.

c) *Interpretar*. Después de que el notario escuchó los planteamientos de los interesados, utiliza su experiencia y capacidad profesional para definir y precisar el negocio que se le plantea, lo que le permitirá ubicarlo en el campo del derecho y estar en posibilidades de aconsejar a sus clientes.

d) *Aconsejar*. Una vez que el notario escuchó e interpretó la voluntad de los interesados, que le permitió ubicar en el campo del derecho el negocio que se le planteó, ya se encuentra en posibilidades de aconsejar con imparcialidad a sus clientes, de presentarles un repertorio jurídico de las diversas soluciones que les brinda

¹² Eduardo Le-Riverend, “El Notario Público en el Sistema ‘De Derecho Civil’”, artículo publicado en la *Revista de la Facultad de Derecho de México*, de la Universidad Autónoma de México, tomo XXIV, julio-diciembre, México 1974, pág. 590.

la ley para concretar su asunto; el notario da su opinión sobre el caso y brinda toda la información suficiente a los comparecientes para que éstos tengan plena conciencia de sus derechos y deberes. En esta etapa el notario también desarrolla una función conciliatoria de intereses, sin forzarlos, ya que siempre deberá buscar la equidad del negocio.

e) *Preparar y redactar.* Una vez definida la solución legal del asunto que se le planteó, el notario deberá preparar y redactar los instrumentos necesarios para dar así forma legal a la voluntad de los comparecientes.

Preparar. Para estar en posibilidades de redactar el instrumento, se requiere previamente reunir una serie de información y documentación necesaria, que varía según el caso, por ejemplo: En el otorgamiento de un poder por una persona moral, el notario deberá contar con la documentación necesaria para acreditar la legal existencia de la sociedad, sus aumentos de capital y principales reformas, así como también con la identificación de quienes comparecerán en nombre y representación de la empresa, etcétera.

Redactar. En esta etapa el notario ya tiene definidos y calificados la, o las, figuras jurídicas que han de aplicarse en el asunto que se le presentó, además de que ya preparó la documentación e información necesaria, por lo que se encuentra en posibilidades de redactar los instrumentos necesarios para dar forma legal a la voluntad libremente expresada por los comparecientes.

El Notario es un documentador, porque siempre actúa en forma documental, para ello cuenta con dos medios técnicos, la escritura y el acta, ambos instrumentos públicos, la primera ha de referirse a actos jurídicos y la segunda a hechos jurídicos.

El notario en la redacción del instrumento se convierte en un artista, porque ligar la voluntad de los interesados a la norma jurídica y redactar con claridad, propiedad y concisión, es un arte. En esta etapa el notario muestra su creatividad profesional, haciéndose presente como un perito en derecho, para plasmar de manera transparente y fehaciente la voluntad de las partes, lo que constituye una garantía de seguridad jurídica, toda vez que se evitarán conflictos posteriores.

Por las anteriores razones, esta ley señala que los instrumentos públicos deben ser de la autoría del notario, porque es él únicamente quien los debe de redactar.

f) *Controlador de la legalidad y la legitimación.* El notario al realizar su función redactora debe cuidar la legalidad y la legitimación

de los actos jurídicos que se consignen en los instrumentos de su autoría, debiéndose satisfacer para ello todos los requisitos que la ley exige para que los mismos se exterioricen conforme a derecho y así puedan surtir sus efectos legales; el notario tiene el deber de garantizar a sus clientes y a la propia sociedad que lo pasado ante su fe es legal, porque se procedió conforme a la ley.

g) *Certificar*. La función certificante del notario consiste en hacer constar bajo su fe pública ciertas circunstancias relevantes del instrumento que redacta, para robustecerlo de mayor certeza y seguridad jurídica en beneficio de sus clientes y de la propia sociedad.

El notario tiene el deber de certificar: la fe de conocimiento, la fe de capacidad, la fe de lectura y explicación del instrumento, la fe de conformidad del contenido, la fe de otorgamiento de voluntad. Estas certificaciones son esenciales para la vida jurídica del instrumento, por lo que el notario al dar fe de ellas presupone que las mismas se cumplieron verazmente.

h) *Autorizar*. Es la parte final de la confección del instrumento, una vez que fueron cumplidos todos los requisitos que la ley exige para otorgar un instrumento: rogación, escuchar, interpretar, preparar, redactar, certificar, entre otras, aquel queda perfeccionado con la firma y sello del notario, en ese mismo instante hace prueba plena, deja de ser un documento privado para convertirse en un documento público, con todos los privilegios que ello implica.

La función autorizadora del notario constituye el cerrojo de oro en la creación del instrumento de su autoría, haciendo constar la veracidad del mismo y de que se cumplieron los requisitos legales pertinentes, encontrándose el instrumento listo para circular en la vida jurídica de la sociedad.

Para Enrique Giménez-Arnau:¹³ “la autorización es el acto o momento final en la producción del instrumento público, que da vida y carácter de tal al documento mediante imposición del signo, firma y rúbrica del notario y la imposición del sello. Suele producirse, aunque no es necesario, después de las palabras sacramentales ‘doy fe’, con las que el notario afirma la exactitud y autenticidad de las afirmaciones hechas en el curso de la redacción del instrumento.”

¹³ Enrique Giménez-Arnau, *Derecho Notarial*, Ediciones Universidad de Navarra, S. A., 2ª ed., España, 1976, pág. 711.

Para Ávila¹⁴ la autorización tiene varios sentidos: “la autorización en sentido material, puede definirse ‘como la suscripción del notario por la que éste hace suya la doble afirmación, contenida al final del texto documental, dé veracidad de éste y dé cumplimiento de los requisitos legales pertinentes’. Y en sentido formal ‘es la parte de la escritura que comprende la doble afirmación del notario de la veracidad del texto documental y del cumplimiento de los requisitos legales pertinentes y la suscripción de aquel funcionario.’”

El instrumento notarial autorizado por el notario está dotado de fe pública por lo tanto la sociedad tiene el deber de creer en él, por la misma esencia de la fe pública. El autor Enrique Giménez-Arnau, cita en su obra *Derecho Notarial* al autor Mengual¹⁵ y éste señala: “el fundamento de la fe pública se halla en la necesidad que tiene la sociedad para su estabilidad y armonía, de dotar a las relaciones jurídicas de fijeza, certeza y autoridad, a fin de que las manifestaciones externas de estas relaciones sean garantía para la vida social y jurídica de los ciudadanos y hagan prueba plena ante todos y contra todos, cuando aquellas relaciones jurídicas entran en la vida del derecho en su estado normal.”

i) *Conservación y reproducción.* El instrumento público original —escritura y acta— queda incorporado al protocolo del notario constituyendo así un sistema de matricidad de documentos públicos, por esa razón su funcionamiento solamente opera a través de la reproducción de ellos conforme a las disposiciones aplicables al caso.

El protocolo se forma con los instrumentos públicos originales, los cuales no se entregan a los interesados, porque la propiedad de ellos corresponde al Estado para acreditar su existencia en los casos que lo ameriten; el notario conserva el protocolo por un tiempo razonable para reproducir los instrumentos a través de copias —testimonios—, que den fe con su original; posteriormente esta función de conservación y reproducción la realiza la propia autoridad.

Este sistema de conservación permite que el interesado obtenga cuantas copias desee de los instrumentos en los que haya in-

¹⁴ Cit. Enrique Giménez-Arnau, *Derecho Notarial*, Ediciones Universidad de Navarra, S. A., 2ª ed., España, 1976, pág. 712.

¹⁵ Cit. Enrique Giménez-Arnau, *Derecho Notarial*, Ediciones Universidad de Navarra, S. A., 2ª ed., España, 1976, pág. 40.

tervenido, ya que tendrá la certeza de que el original de ellos obra en el protocolo.

Comúnmente se piensa por la sociedad que el testimonio que expide el notario es el original del instrumento y no es así, ya que aquél es solamente una copia del instrumento original que obra asentado en el protocolo.

j) *Otras funciones del notario.* En la actualidad como ya lo señalamos el notario ya no se concreta a realizar una función autenticadora de hechos y actos jurídicos, así se desprende del texto del artículo que se analiza, al señalar que el notario es un auxiliar de la administración de justicia, consejero, árbitro o asesor internacional, toda vez que tiene conferidas nuevas funciones que le han permitido transformar el concepto clásico de su profesión, para convertirse en un notariado más participativo con la sociedad, con nuevas atribuciones, que le brindan, la oportunidad de satisfacer las necesidades que tiene la comunidad.

4. REFLEXIONES DEL TEMA

No hay la menor duda que ningún país del mundo escapa al fenómeno de la mundialización, que es un verdadero cambio de la humanidad, dado el impacto que tiene en todas las esferas de la sociedad, la económica, social, política y cultural. Ante esta transformación, el derecho juega un papel preponderante, no debe permanecer ajeno, al contrario debe ser dinámico, debe evolucionar al mismo tiempo en que evoluciona la sociedad, de tal manera que los legisladores deben proporcionar a aquélla un marco jurídico que permita satisfacer las necesidades que la comunidad tiene; sobre todo las exigencias de que las relaciones humanas se desarrollen con rapidez, simplicidad y versatilidad, conservando en todo momento la seguridad jurídica, que es uno de los más grandes valores sociales.

Ante esta transformación nos preguntamos ¿El Notariado Latino es útil en esta nueva economía de mercado? y para responder a este cuestionamiento debemos tener presente, aunque también de manera general, el concepto de la globalización, sus ventajas y desventajas.

Para Jesús Vergara Aceves¹⁶ en un interesante artículo respecto al tema, señala que la globalización consiste en lo siguiente:

¹⁶ Jesús Vergara Aceves, "La Globalización", Artículo publicado en la *Revista Análisis Plural de la Realidad Nacional*, del Centro Tata Vasco, A.C., 2do. Semestre de 1999, año 14, núm. 2, pág. 123, México.

a) El término globalización comprende el proceso de un flujo de información, movimientos financieros, mercancías, imágenes, ideas y gente entre diferentes países y culturas.

b) La globalización económica se refiere a la incorporación progresiva de las alianzas entre naciones dentro de la economía internacional de libre comercio, a través de acuerdos sobre políticas que apresuran la liberalización o abren mercados locales al flujo de capital, trabajo, mercancía, servicios y tecnología bajo el control de instituciones internacionales.

c) Considerándola desde la perspectiva de la normatividad, haciendo juicios de valor, la globalización se rige por la imposición de valores económicos bajo la afirmación de la primacía del mercado y la disminución del papel del gobierno en la vida económica...

f) Además del uso de estándares uniformes en la contabilidad, legislación y empresas de consultoría en negocios, extiende esta regulación universales a economías locales y diversas...

k) La globalización acelera el cambio y adelanta el ritmo del trabajo y de la vida cotidiana.

l) A través del cine, la televisión y la computación, la comunicación global llega a los rincones más remotos del mundo, estableciendo una cultura global y también relativizando y subvirtiendo las culturas locales.

Por lo que hace a las ventajas y desventajas del fenómeno globalizador, el señor Jesús Vergara Aceves en el mismo artículo antes citado, comenta:

Algunos impactos positivos de la globalización en la cultura local

a) El desarrollo y el uso de la tecnología en información, especialmente la red electrónica, fue visto como un beneficio en términos de la facilidad con que se puede comunicar el saber en lugares distantes.

b) El crecimiento de las economías de escala se juzgó positivo siempre y cuando no resultara en riqueza y oportunidades de escala social para algunas personas.

c) La capacidad de promover valores culturales fue visto como beneficio en el sentido de que gente, en diferentes partes del mundo, puede identificarse y actuar a la luz de las "mejores prácticas".

d) La comunicación y la posibilidad de viajar hoy día permite que grupos, personas y naciones que luchan por la justicia puedan conseguir una solidaridad mayor.

e) Ha surgido un mayor interés por los derechos humanos como parte y respuesta al proceso de la globalización.

f) Ha habido un crecimiento explosivo de sana espiritualidad.

g) La globalización permite una mayor actividad comunitaria.

Lista de otros impactos negativos de la globalización en la cultura local.

- a) La globalización ha llevado a que los ricos sean cada vez más ricos y los pobres, cada vez más pobres, entre y dentro de las naciones.
- b) Se entiende todo en lenguaje de mercado.
- c) Una consecuencia de la globalización es que las estructuras sociales y familiares se han desintegrado.
- d) La mayoría de la población mundial ha sido excluida. Por ejemplo, no ha recibido ningún beneficio de la globalización y ha perdido su poder para decidir acerca de su futuro.
- e) Ha surgido una cultura de ilusiones, caracterizada, por expectativas irreales y necesidades artificialmente creadas.
- f) Los servicios de salud se han deteriorado.
- g) Los pobres tienen oportunidades desiguales de acceso a la educación, y ésta no está destinada a sus necesidades.
- h) Se ha incrementado el desempleo.
- i) La migración ha aumentado.
- j) El mundo, especialmente el Tercer Mundo, es más dependiente de las corporaciones multinacionales y transnacionales.

Ante la extrema desigualdad social, el deterioro de las estructuras sociales y familiares y ante los demás aspectos negativos que se dan como resultado del proyecto económico de la globalización, donde se impone la ley del más fuerte sobre el débil originando gran cantidad de abusos e injusticias, no hay la menor duda que el Notariado Latino es útil en esta nueva economía del mercado, toda vez que permite a la sociedad contar con absolutas garantías de legalidad y de eficiencia, ya que el notariado está llamado a prestar relevantes servicios a la seguridad jurídica y a la paz social en el nuevo orden mundial de la globalización de las economías y de una mayor apertura comercial.

Sin embargo, es necesario fortalecer y redefinir algunos aspectos de la institución notarial para adecuarla al signo de los tiempos que vivimos, como son los siguientes:

- a) Renovar nuestros votos para ejercer nuestra profesión principalmente en beneficio de los más pobres y necesitados. Es necesario, ahora más que nunca, reforzar la estructura social de la institución notarial, no hay que olvidar que a la sociedad debemos la existencia de nuestra profesión y la realización de nuestros ideales.
- b) Debemos estar a la vanguardia de las relaciones humanas, ser personajes determinantes de los tiempos que vivimos y de los

que están por venir, aceptar los retos y los desafíos que éstos nos ofrecen ya que sin duda nos presentan grandes oportunidades de acción para nuestro quehacer profesional. Solamente así, seguiremos ocupando el lugar que el Notariado Latino ha ganado a través de los siglos.

c) Fortalecer aún más la unión gremial de nuestra profesión, la unión hace la fuerza, es necesario y conveniente que los colegios de notarios propongan a las autoridades tanto federales, estatales, y municipales la expedición o reformas a las leyes y reglamentos relacionados con el ejercicio de la función fedante, con el propósito de hacer más dinámica, simple y versátil su estructura, desde luego sin perder la seguridad jurídica.

Un paso importante para lograr este objetivo es la simplificación administrativa, es necesario eliminar todos aquellos trámites complejos y las excesivas cargas innecesarias que se relacionan con esta actividad, que ocasionan pérdidas de tiempo y encarecen el costo del servicio, factores estos que repugnan a los principios que rigen a la nueva economía del mercado.

Esta reforma legislativa que comentamos también deberá ir encaminada a fortalecer las instituciones jurídicas propias del derecho latino y evitar adoptar figuras legales pertenecientes al sistema *Common Law* alejadas de nuestra idiosincrasia, personalidad y sentimientos.

Lo anterior no significa que el derecho sajón y el latino sean incompatibles, ya que como lo señala el notario Adrián Iturbide Galindo¹⁷ en el pasado instituciones jurídicas sajonas se adaptaron convenientemente a nuestro sistema de Derecho Latino: fideicomiso, arrendamiento financiero, factoraje, etcétera.

Se debe procurar armonizar, en la manera de lo posible, ambos derechos, respetando los principios básicos que los cimentan y cuidar en todo momento no traicionar nuestra tradición Latina.

También Instituciones del Derecho Latino, como lo es la del notariado, han influido en algunos países pertenecientes al sistema de derecho *Common Law*, en Inglaterra es ya una realidad con los escribanos de Londres, que tienen atribuidas funciones notariales de tipo latino para intervenir en asuntos que han de surtir efectos jurídicos en otros países pertenecientes al sistema romano, coadyuvando con ello a lograr la agilidad y seguridad jurídica que exige el tráfico mercantil que impera en la unión europea.

¹⁷ Adrián Iturbide Galindo, "El Notario en Sustantivo", *Revista de Derecho Notarial, Asociación Nacional del Notariado Mexicano, A.C.*, No. 114, México 1999, pág. 171.

El Notariado Latino también influyó en el Estado de Florida, de los Estados Unidos de América, en donde se reformó en el año de 1999 su copilación legal para incorporar a ella una Ley Notarial (*Civil-law Notary*), creando un capítulo que lleva el nombre de *International Notaries* que traducido al idioma español significa, *Notarios Internacionales*, en cuyo contenido se regula un notariado de Derecho Civil para asuntos que han de surtir sus efectos en un país con derecho escrito, creándose un protocolo para asentar y conservar los actos en los que intervenga el fedatario.

c) Como profesionales del derecho, peritos en la técnica jurídica, controladores de la legalidad y la legitimación de los actos que pasan ante nuestra fe, es necesario fortalecer nuestra formación y capacidad profesional, la cual ante el fenómeno de la mundialización ya no se debe limitar a conocer solamente el derecho local, ahora debemos incursionar al derecho extranjero, a los tratados internacionales, darle importancia, ahora más que nunca, al derecho internacional privado, porque en la medida en que nuestros conocimientos en estas materias se fortalezcan, contaremos con mejores herramientas para cumplir nuestra función fedante en esta nueva economía de mercado.

d) Esta nueva economía de mercado exige un reacomodo y distribución de funciones que hasta ahora ejerce el Estado y que no se encuentra en posibilidades de continuar ejerciéndolas por sí mismo, esto da como resultado que se abran espacios de acción para la institución notarial, espacios que deben ser ocupados por el notariado para ampliar la gama de sus servicios profesionales, como lo son: La jurisdicción voluntaria, el arbitraje, la mediación, entre otras. Lo anterior nos permitirá convertirnos en un notariado más participativo con la sociedad y estar en posibilidades de participar en la solución de las exigencias que la comunidad demanda.

e) La institución notarial debe incursionar a la digitalización de las comunicaciones y la contratación electrónica, a este respecto nuestros colegas David Dávila Gómez, Miguel Soberón Mainero y Jesús Salas Lizaur,¹⁸ nos expresan:

Sin embargo, toda la cultura jurídica de la civilización occidental está basada en la concreción y documentación del pensamiento, en me-

¹⁸ David Dávila Gómez, Miguel Soberón y Jesús Salas Lizaur, *La Función Notarial en la Economía de Mercado*, Asociación Nacional del Notariado Mexicano, A.C., edición especial con motivo de la VIII de la Jornada Notarial Iberoamericana, Veracruz, México, 1998, pág. 31.

dios escritos. Esta documentación constituye la forma fundamental de prueba de todas las transacciones jurídicas: su texto, su fecha, su otorgamiento a través de la firma de los otorgantes, su reproducción y su guarda.

La digitalización, que sustituye lo escrito en papel por impulsos electrónicos almacenados en máquinas, en discos y en cintas, es una de las más notables características de la nueva Economía de Mercado y constituye probablemente nuestro mayor reto.

La figura del *Ciber Notary* producto de la globalización económica es más compatible con el Notariado Latino que con el *Notary Public* sajón, dada la estructura del primero.

El Notariado Latino es una institución que garantiza cumplidamente las necesidades sentidas por la sociedad mundial, porque Notariado Latino es *Notaría abierta juzgado cerrado, seguridad jurídica, paz social y justicia, bien común, tradición, compromiso y confianza, evolución y porvenir social*, elementos indispensables para el crecimiento armónico de la sociedad, elementos que equilibran las relaciones humanas en un mundo globalizado del cual nadie escapa.

BIBLIOGRAFÍA

Textos

- ARREDONDO GALVÁN, Francisco Xavier, *Proyección del Notariado Mexicano hacia el siglo XXI*, O.G.S. Editores, S. A. de C. V., 1ª ed., México, 1998.
- CÁRDENAS GONZÁLEZ, Fernando Antonio, *El Poder otorgado en el Extranjero*, O.G.S Editores S. A. de C.V., 1ª ed., México, 2000.
- GIMÉNEZ-ARINAU, Enrique, *Derecho Notarial*, Ediciones Universidad de Navarra, S. A., 2ª ed., España, 1976.
- PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Bernardo, *Doctrina Notarial Internacional*, Editorial Porrúa, S. A., 1ª ed., México, 1999.
- , *Derecho Notarial*, Editorial Porrúa, S.A., 4ª ed., México, 1989.
- RÍOS HELLING, Jorge, *La Práctica del Derecho Notarial*, Editorial McGraw Hill, 3ª ed., México, 1997.

Revistas y Publicaciones

- DÁVILA GÓMEZ, David, Miguel SOBERÓN y Jesús SALAS LIZAU, *La Función Notarial en la Economía de Mercado*, Asociación Nacional del Notariado Mexicano, A.C., Edición especial con motivo de la VIII de la Jornada Notarial Iberoamericana, Veracruz, México, 1998.