

El notario en la evolución del derecho

PONCIANO LÓPEZ JUÁREZ *

Bajo la colaboración de ALEJANDRO RODILES BRETÓN

I. ETIMOLOGÍA NOTARIAL

Antes de iniciar el análisis histórico de la institución que nos ocupa es necesario preguntarnos: ¿qué es el notario o Notariado? No es nuestro propósito aportar una nueva definición que pretenda ser mejor de las ya existentes, tampoco realizar una paráfrasis de la literatura jurídico-notarial. La problemática en torno al esclarecimiento de conceptos, sean jurídicos o no, es vieja y las teorías rebuscadas, en muchas ocasiones, sólo oscurecen lo ya entendido. Creemos que, siguiendo la filosofía y, en especial, la jurisprudencia analítica —como lo hacen los profesores Hart y, en nuestro país, Rolando Tamayo—, debemos de preguntarnos por aquello que nombra la expresión en cuestión, es decir, a qué se han referido y se refieren los abogados, notarios y demás partícipes cuando hablaban y hablan del notario o del Notariado.

I.1. El *notarius* romano y los *escribae* egipcio y hebreo

La palabra “notario” viene del latín *notarius*, *ii (m)* que significa “amanuense”, “secretario” o “taquígrafo”. En Roma el *notarius* no era más que un amanuense,¹ es decir, una persona que escribe el dictado, o bien, que “anota”, pues *notarius* viene, a su vez, de *nota*, *ae (f)* que significa, precisamente, “anotación” u “observación”. Como se desprende, el *notarius* romano poco tiene que ver con el moderno, sin embargo, ya en dicha palabra se nombra una característica peculiar del notario contemporáneo: se dedica al arte de la escritura. Esto, como veremos después, es muy importante.

* Notario número 222 del Distrito Federal.

¹ Cfr. Ávila Álvarez, Pedro, *Estudios de Derecho Notarial*, 5ª ed., Ed. Montecorvo, S. A., Madrid, España, 1982, p. 28.

Otra palabra que ha sido utilizada como sinónimo de notario es la de “escribano”. Esta palabra viene del latín *scriba, ae (m)* misma que designa una especie de secretario de actas que actuaba en la vida pública de la Roma clásica.² Asimismo, el “escriba” hebreo y el egipcio no constituyen más que precedentes muy remotos del escribano actual; en común tienen todos ellos que se dedicaban y dedican a la redacción de documentos. Es evidente que nuestra profesión está ligada, desde el año 2600 a.C. aprox., a las escrituras y al arte de la redacción. El término “notario”, en su uso paradigmático, designa a la persona que redacta documentos y, consecuentemente, “Notariado” significa todo lo relativo a las *notae, tabellae*, en fin, a las escrituras.

Desde épocas muy remotas se ha requerido de una persona capacitada para asentar por escrito acontecimientos importantes de la vida pública, en un principio, y de la privada posteriormente. Se trata, pues, de un “redactor testificante”³ que, precisamente, por conocer el arte de la escritura le otorga credibilidad a los documentos por él redactados. Éstas son características esenciales del notario contemporáneo, son, incluso, elementos definitorios. Sin embargo, nos falta un elemento primordial para poder hablar propiamente de un antecedente de nuestra institución jurídica: la fe pública.

I.2. La *fides publica*

Ahora bien: ¿qué significa fe pública? En cualquier diccionario de la lengua española encontramos que fe significa la creencia en algo y en su autenticidad. Creencia es el tener por cierto algo que no es percibido por los sentidos. La fe o creencia deriva de la autoridad de quien sostiene cierta cosa, o bien, de la fama inherente a ella. Se trata de algo que no es cuestionado. Esta concepción que, como bien se puede apreciar, pertenece originalmente al ámbito religioso y espiritual, ha sido trasladada al ámbito público. Esto significa que el soberano, llámese *princeps* o Estado, tiene un atributo especial: puede imponer a sus súbditos la creencia en lo que él dice que es cierto a través de sus órganos o de las personas en quienes delega dicha facultad. Esta facultad es eminentemente jurídica; de esta manera sostiene el maestro Giménez-Arnau lo siguiente: “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 decir autóctonamente sobre su objetiva verdad cada uno de los que formamos

² *Ibidem.*

³ *Ibidem.*

el ente social.”⁴ La institución en quien el soberano delega dicha facultad es el Notariado. Este es el elemento que hace de nuestra institución una institución jurídica propiamente hablando y que resulta tan importante, porque “(...) la vida jurídica (...)”, menciona el notario español Ávila Álvarez, “(...) sería imposible si pudiéramos negar o poner en duda todos los actos y contratos cuya celebración no hubiéramos presenciado”.⁵

I.3. Los *tabellarii* y los *tabellionis*

Con ello hemos logrado dar una idea de lo que representa el Notariado, ¿pero en qué momento histórico se formó la institución jurídica, es decir, a partir de cuándo podemos hablar del notario como un fedatario público y no como un simple artesano de la escritura? Si bien el *notarius* carecía de la aptitud jurídica que le concede aquel *status sui generis* dentro del mundo del Derecho, fue, precisamente, en el Imperio Romano de Oriente, también conocido como Bizancio, en donde se reguló por primera vez dicha institución y en donde se concretó la figura del notario casi como la conocemos hoy en día, aunque su denominación no haya sido la de *notarius* sino la de *tabellio, onis (m)*. Esta palabra viene de *tabella, ae (f)* que significa “tablilla”, “tableta para escribir o votar en comicios o tribunales”, así como también “documento escrito”. De este sustantivo se desprendió el adjetivo *tabellarius-a-um* que nombra todo lo relativo a las cartas o votos. Finalmente, se sustantiva el mismo obteniendo *tabellarius, ii (m)* en la época clásica y, posteriormente, en la era justiniana, *tabellio, onis (m)*. Estas dos denominaciones tienen la misma raíz, *tabella*, y significan, como tal, “portador de cartas, de votos” o “portador de documentos escritos, de escrituras (portador de las *tabellae*)”. Sin embargo, no eran propiamente sinónimos. El primero designaba a un oficial administrativo que custodiaba documentos estatales (desde la era clásica) y el segundo a un “(...) funcionario público cuya función consistía en redactar actos escritos a petición de partes interesadas en presencia de ellas y de testigos, firmados por las partes, por los testigos y por los propios *tabellionis*”.⁶ Con esto, el *tabellio* le otorgaba un cierto valor probatorio a dichos documentos. Como podemos ver, es el *tabellio* el precedente directo del notario moderno. Los términos *tabellio* y *tabellarius* se confunden en el de “notario” hasta el siglo XII en Bolonia con la escuela glosadora.

⁴ Citado por: Pérez Fernández del Castillo, Bernardo, *Derecho Notarial*, 8ª ed., Ed. Porrúa, México, 1997, p. 174.

⁵ Ávila Álvarez, Pedro, *op. cit.*, p.16.

⁶ Voz de “Notariado” de Soberón Mainero, Miguel en *Diccionario Jurídico Mexicano*, tomo III, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 8ª ed., Ed. Porrúa/UNAM, México, 1995.

Así hemos llegado a la primera “regulación positiva del Notariado”,⁷ o bien, al verdadero inicio de la institución jurídica que nos ocupa. A partir del siglo VI d.C., con “(...) la compilación realizada por juristas bizantinos en tiempos del emperador Justiniano (527-565) y llamada, desde la Edad Media, el *Corpus iuris civilis*, para distinguirlo del *Corpus iuris canonici*”,⁸ el notario forma parte del mundo jurídico y participa en su evolución.

II. EL NOTARIO EN LA HISTORIA DEL DERECHO

La *iusprudentia* ha sido, sin duda alguna, la aportación más grande que Roma ha hecho a la humanidad. Así lo expresan grandes juristas en todo el mundo y tienen razón. En términos generales, y sin entrar a un tema que no nos corresponde, podemos decir que en la frase *Senatus Populusque Romanus (SPQR)* se encuentra la esencia misma del concepto de validez jurídica.⁹ Además, gran parte de nuestras instituciones jurídicas actuales, en especial del Derecho civil, se encuentran casi plenamente desarrolladas en el Derecho romano. Lo anterior sucede especialmente con países que cuentan con sistemas jurídicos romanistas o latinos. Dentro de estas figuras el Notariado no es una excepción. De ahí que se clasifique al Notariado en “latino”, “anglosajón” y “totalitario”, aunque este último se encuentra casi extinto por la caída del bloque socialista. Más tarde realizaremos una distinción más detallada de los tres tipos de Notariado, por el momento analizaremos la evolución de nuestra institución, es decir, del Notariado latino.

II.1. La *in iure cessio* como antecedente de la actividad notarial

Si bien es cierto que la primera regulación del Notariado se da en el Imperio Romano de Oriente, encontramos una figura jurídica derivada de las *XII Tablas*¹⁰ que, en cierto modo, da la idea de la función que más tarde desempeñarían los *tabellionis*. De acuerdo a la legislación escrita más antigua de Roma, cuando el demandado confesaba ante el magistrado el derecho que le asistía al demandante, se le tenía por condenado, sin necesidad de sentencia: *confessus pro iudicato est*. De la *interpretatio* realizada por los Pontífices (durante los últimos siglos de la

⁷ Pérez Fernández del Castillo, Bernardo, *op. cit.*, p. 3.

⁸ Margadant S., Guillermo Floris, *El Derecho Privado Romano, como Introducción a la Cultura Jurídica Contemporánea*, 19ª ed., Ed. Esfinge, S. A. de C. V., México, 1993, p. 11.

⁹ Cfr. Hart, H.L.A., *The Concept of Law*, 2ª ed., Ed. Clarendon Press Oxford, Oxford, Inglaterra, 1997, p. 95.

¹⁰ La mayoría de los historiadores ubican la creación de las *XII Tablas* en los principios de la República; 451-0 a.C. aproximadamente.

República) en torno a esta norma procesal surgió la *in iure cessio*, una especie de acto privado de disposición que se da a través de una *litis ficticia*. Rudolf Sohm nos explica en su obra clásica, *Instituciones de Derecho Privado Romano*, dicha *interpretatio* de la siguiente manera: “Para transferir el dominio de una cosa (*res Mancipi* y *nec Mancipi*) por un concepto cualquiera, basta, pues, con acudir ante el magistrado, simulando un pleito; el adquirente, como fingido demandante, alega su derecho de propiedad, y el transmitente, como demandado fingido, allánase a reconocerlo; visto lo cual, el magistrado pronuncia la orden confirmatoria —*addictio*— en favor del primero. Mediante este trámite, el dueño queda despojado de su propiedad, que pasa (*cessio*) al adquirente.”¹¹ Ahora bien, ¿en qué sentido esto implica un antecedente importante de los *tabellionis* y, más allá, del notario moderno? Como ya habíamos mencionado, y como veremos más adelante detalladamente, el *tabellion* contaba ya con una especie de fe pública, pues se trataba de un funcionario público que le otorgaba valor probatorio a los actos por él redactados. Con la *addictio* pronunciada por el magistrado en la *in iure cessio* las transacciones particulares adquirirían la fuerza jurídica de una sentencia, adquirirían, al igual que los actos redactados por los *tabellionis*, valor probatorio, aunque no por mandato legal (como sería posteriormente con las Novelas justinianas) sino a través de una simulación.¹² De ahí la importancia de dicha figura. Francisco de P. Morales Díaz dice al respecto: “Los principios de legalidad, legitimación, valor probatorio y ejecutoriedad, propias de una sentencia, descendían del poder público al mundo de los particulares.”¹³

II.2. El *Corpus Iuris* y las *constitutiones princepis*: primera regulación del Notariado

Con esto ya podemos pasar a la primera regulación propiamente dicha del Notariado: el *Corpus Iuris Civilis* y, en especial, las Novelas (o constituciones) XLIV, XLVII y LXXIII.¹⁴

¹¹ Sohm, Rudolf, *Instituciones de Derecho Privado Romano, Historia y Sistema*, 2ª ed., Ed. Gráfica Panamericana, S. de R. L., México, 1957, p. 31. Los paréntesis son nuestros.

¹² Es importante destacar que la *interpretatio* era *ius civile* en sentido estricto, lo cual consistía derecho positivo, ya que su validez derivaba directamente del *ius legitimum*, es decir, del contenido en la ley, o sea, en la *XII Tablas*.

¹³ Morales Díaz, Francisco de P., *El Notariado, su evolución y principios rectores*, Ed. Asociación Nacional del Notariado Mexicano A.C., México, 1994, p. 21.

¹⁴ Las Novelas son leyes adicionadas por el propio Justiniano y por algunos de sus sucesores, después de compuesto el *Corpus Iuris Civilis*. Estas adiciones al *Corpus* corresponden a los años 535 a 565 d.C. Cfr. Sohm, Rudolf, *Instituciones de Derecho Privado Romano...*, pp. 7 y ss.

En la tercera parte del *Corpus Iuris*, denominada *Código* y compuesto por doce libros, encontramos la regulación de un precontrato, *scheda*, en el cual el *tabellion* pasaba el documento en limpio y “se exigía una unidad de contexto en las actas con presencia del tabellion, partes y testigos”,¹⁵ lo cual consistía una autorización, *completio*; posteriormente se entregaba el documento para su exhibición y ejecución, *absolutio*.¹⁶

En el año 534 se empiezan a publicar las Novelas. La primera referente al *tabellion*, la XLIV, fue publicada en el año 537. A manera de resumen, destacaremos los siguientes aspectos regulados por dicha ley, éstos son:

1. La *debitio functionis*, se trata de la obligación de contar con un ministerio profesional, es decir, recoge, en cierto modo, la idea moderna de la patente, sobre todo, en torno a ciertos lineamientos para el nombramiento de dichos funcionarios y las licencias respectivas (otorgadas en la capital del Imperio de Oriente, Constantinopla);

2. La *rogatio*, consistente en una solicitud de intervención del *tabellion*;

3. La *stadio*, es decir, el principio de plaza y la debida jurisdicción territorial. Este principio indica, en primer lugar, que las funciones del *tabellion* se limitaban a cierta circunscripción territorial. En segundo lugar, expresan el deber jurídico del funcionario de presenciarse y formalizar la totalidad del acto jurídico (unidad del acto, recogido del *Código*), desde su principio hasta la conclusión del mismo, sin tener la posibilidad de delegar su intervención en alguno de sus amanuenses,¹⁷ esto bajo pena de perder la plaza. Asimismo, para poder abandonar su plaza o *stadio* tenía que solicitar permiso y dejar a un sustituto, *ministatem*, tal como sucede hoy en día en el Distrito Federal.

En torno a la Novela XLVII, observamos que se regulan ciertos requisitos respecto a la elaboración de los documentos, tales como: indicación de la fecha de fundación de la ciudad donde se otorga, nombre del cónsul, mes y día de otorgamiento. Además todo acto debe asentarse en protocolo, lo cual representa el hoy denominado principio de matricidad.¹⁸

Finalmente, tenemos la Novela LXXIII. En ésta se hace una clara distinción entre ciertos colaboradores del *tabellion*; se menciona al *ministratem*, sustituto del *tabellion*, y el *ad-numerorem*, persona que se hacía cargo de la contabilidad de

¹⁵ Ríos Hellig, Jorge, *La Práctica del Derecho Notarial*, 2ª ed., Ed. McGraw-Hill, México, 1997, p. 6.

¹⁶ De acuerdo a Ríos Hellig, dicho precontrato fue regulado en el año 528, sin embargo, el *Código* fue publicado hasta el 16 de noviembre de 534, un año antes de la publicación de las primeras Novelas.

¹⁷ Cfr. Ávila Álvarez, Pedro, *Estudios de Derecho Notarial*, p. 28.

¹⁸ Cfr. Ríos Hellig, Jorge, *op. cit.*, p. 6.

la notaría. Sin embargo, el aspecto más importante regulado por dicha *lex* era el relativo al valor probatorio del documento redactado por el funcionario, la *documenta publica confecta*.¹⁹ Este tema ha sido motivo de fuertes discusiones doctrinarias; hay algunos autores, como el español, José Bono, que sostiene que tal circunstancia regulada por la Novela LXXIII no puede ser considerada *fides publica*, sin embargo, nadie deja de reconocer que la forma *publica confecta* constituye el antecedente directo de la fe pública, pues tenía fuerza probatoria por sí misma y sólo requería de un proceso de insinuación para convertirse en un documento público propiamente dicho. Este proceso de insinuación consistía en presentar el documento *publica confecta* ante la Curia para que los magistrados lo registraran y aprobaran. Una vez hecho esto, el solicitante recibía “(...) una copia fehaciente de las actuaciones, un verdadero instrumento público”.²⁰

Resulta evidente que la institución jurídica del Notariado se encuentra ya en esencia en el Derecho justiniano, contando con la mayoría de los elementos definitorios del Notariado actual y faltándole únicamente el pleno desarrollo de los mismos.

II.3. Legislación longobarda y la *fides publica*

Dos siglos después de la publicación de las Novelas justinianas, con el rey longobardo Ratchis, aparece la Ley VIII, denominada precisamente *Ley de Ratchis*. Dicha Ley desarrolla el concepto de fe pública, mencionando lo siguiente: “Si hubiera carta redactada por escriba, firmada o signada por el vendedor y los testigos, de la cual resultase que fue pagado el precio, no podrá alterarse por ningún juramento.”²¹

II.4. Legislación carolingia y la mal llamada jurisdicción voluntaria

Muy pronto las funciones de los *tabellionis, notarii, scribae* —o como fuese su denominación— se extienden; el experto redactor de documentos debe ser también un experto en Derecho. Esto hace que su intervención en los actos de los particulares adquiera nuevos matices. Fuera de la ya tradicional labor formal y fehaciente, este funcionario debe de explicar y aplicar el Derecho cuando las partes “volentes” lo requieran. Así se comprende al notario en la era carolingia, así se regula en las leyes *de sribis et notariis*. La primera de éstas que llama

¹⁹ La *documenta publica confecta* es el acto redactado ante y por el *tabellion*; en oposición encontramos la *documenta privata*.

²⁰ Bono, José, citado por Morales Díaz, Francisco de P., *op. cit.*, p. 29.

²¹ Citado por Morales Díaz, Francisco de P., *op. cit.*, p. 40.

nuestra atención es la *Ley de Lotario* (832). En ella se define al notario como una persona “(...) que debe dedicarse a entender actos vinculados con el derecho privado y se le equipara a los jueces”.²² Esta concepción evoluciona conforme evoluciona la legislación carolingia, al grado de crear dos figuras sumamente interesantes para el Derecho notarial: el *scabinus* y el *iudice chartularii*. Esta especie de funcionario auxiliar del juez estaba “(...) encargado de ‘juzgar’ los procesos simulados a que las partes ‘volentes’ acudían para obtener el resultado jurídico negocial perseguido”.²³ Como podemos ver, la función de los *iudici chartularii* está inspirada en la *in iure cessio* y en el proceso de insinuación, figuras explicadas anteriormente. Más allá de lo dicho, todo esto da la idea de un funcionario encargado de resolver los asuntos en los que “(...) se actúa intervolentes, esto es, a solicitud de una o varias partes que hallándose de acuerdo en sus respectivas pretensiones, buscan el ministerio del juez para imprimirles un sello de autenticidad”,²⁴ es decir, de un funcionario encargado de los asuntos de jurisdicción voluntaria. El *iudici chartularii*, como su propio nombre lo indica, representa, pues, a una especie de juez o auxiliar del mismo cuya competencia radica en los asuntos de jurisdicción voluntaria, empero, ¿en qué medida esto se relaciona, o bien, constituye un antecedente de las funciones notariales actuales? Si observamos el concepto de jurisdicción voluntaria antes mencionado, constatamos que la función notarial actual es perfectamente compatible con lo dicho, pues: ante el notario acuden la o las partes voluntariamente para crear correctamente una situación de Derecho. Esto significa que la o las personas interesadas en un determinado acto o negocio requieren del notario, precisamente, “un sello de autenticidad” con respecto a dicho acto o negocio. Como vemos, se sustituye al juez por el notario. Desde un punto de vista teleológico se trata de una función preventiva de litigios; las partes ‘intervolentes’ buscan a la persona conocedora del Derecho y autorizada por éste para que verifique “(...) la existencia de ciertas situaciones jurídicas o la satisfacción de determinados requisitos legales”²⁵ y, de esta manera, evitar conflictos futuros. Empero, la función jurisdiccional está reservada a los funcionarios judiciales, así lo determinan nuestras leyes y por ello la jurisdicción voluntaria no es un asunto que le compete al Notariado. Bien, sin embargo, esta situación no es más que una confusión lingüística, observemos: “Jurisdicción” viene del latín *iurisdictio, onis (m)*, que se compone a su vez de

²² Morales Díaz, Francisco de P., *op. cit.*, p. 42.

²³ Ávila Álvarez, Pedro, *op. cit.*, pp. 16 y 17.

²⁴ Definición de “jurisdicción voluntaria” de Manresa, citado por Ávila Álvarez, Pedro, *op. cit.*, p. 17.

²⁵ Voz de “Jurisdicción Voluntaria” a cargo de Ovalle Favela, José, en: *Diccionario Jurídico Mexicano*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 8ª ed., Ed. Porrúa/UNAM, México, 1995, p. 1889.

ius, “derecho” y *dicere*, “decir”, “declarar”, etc. Se trata, pues, de la acción consistente en decir o declarar el Derecho o, simplemente, de la “dicción del Derecho”. Se trata, de acuerdo al maestro español, José Castán Tobeñas, de una “(...) operación de subsunción de una situación concreta de hecho bajo una norma jurídica abstracta, la cual resplandece tanto en el acto judicial como en el notarial. La finalidad de realización o aplicación del orden jurídico es, en cierto modo y con unos u otros grados de matices, común a todas las funciones jurídicas estatales, (...)”²⁶ Esto es, sin duda, una verdad analítica, la confusión surge al asignarle al término jurisdicción una acepción que no se desprende directamente del término, una acepción eminentemente judicial que limita el significado original del mismo: la de resolver una contienda entre partes por medio de la actividad intelectual del Juez que declara y aplica la voluntad concreta de la ley a través del *ius imperium* que le corresponde; así desde Cicerón: *vere dici magistratum legem esse loquentem (De legibus, III, 1)*. Si este es el uso que se le ha dado a la palabra jurisdicción, tanto en la doctrina como en el Derecho positivo, entonces el Notariado, ciertamente, no participa de una función jurisdiccional propiamente dicha, ya que ni resuelve controversias, ni cuenta con el *ius imperium*, esto significa que la escritura pública no tiene el carácter de cosa juzgada. Sin embargo, el concepto de jurisdicción voluntaria no nombra ninguna de estas características propias del uso tradicional del término “jurisdicción”. Dicho de otro modo, las actuaciones denominadas como jurisdicción voluntaria no tienen nada que ver con la jurisdicción propiamente dicha. De ahí que los procesalistas más autorizados, en nuestro país y en el extranjero, nos indiquen que la jurisdicción voluntaria ni es jurisdicción ni es voluntaria,²⁷ se trata de un término mal empleado que sólo ha llevado a confusiones, tales como la idea de que las funciones nombradas bajo tal término le corresponden exclusivamente al Poder Judicial. Y en este mismo sentido menciona el procesalista Gómez Lara: “Tan es así que no vemos obstáculo alguno para que, por meras razones de conveniencia y, se repite, de política, ciertas atribuciones de estos trámites o gestiones de la llamada *jurisdicción voluntaria*, en un momento dado, puedan reubicarse, ponerse en manos de otros funcionarios administrativos o de notarios.”²⁸ Esto ya ha sido recogido por el Derecho positivo de algunos países y de algunos Estados de la República mexicana como Chihuahua. El *Reglamento del Notariado Español* dice en su

²⁶ Castán Tobeñas, José, *Función Notarial y Elaboración Notarial del Derecho*, Ed. Institución Ed. Reus, Centro de Enseñanza y Publicaciones, Madrid, España, 1946, pp. 29 y 30.

²⁷ En este sentido se han expresado en nuestro país Alcalá Zamora, Ovalle Favela y Gómez Lara. En el extranjero, encontramos la misma opinión en autores españoles como Chioventa, Plaza, Pietro Castro, en alemanes como Kisch y Merkl, así como en diversos procesalistas italianos.

²⁸ Gómez Lara, Cipriano, *Derecho Procesal Civil*, 6ª ed., Ed. Oxford University Press, Harla México, México, 1998, pp. 372 y 373.

artículo 3º: “El Notariado, como órgano de jurisdicción voluntaria no podrá actuar nunca sin previa rogación de sujeto interesado, excepto en casos especiales legalmente fijados.”²⁹ De este modo concluimos, que las funciones de jurisdicción voluntaria realizadas por los *iudici chartularii* en la era carolingia y reconocidas por sus *legis de scribis et notariis*, constituyen un verdadero antecedente de la función contemporánea del Notariado latino.

II.5. La Constitución CXV y la organización notarial

El curso de la evolución de nuestra institución nos regresa a Bizancio, aquí con el Emperador León VI, el filósofo, se publica en el siglo IX la *Constitución CXV* (otros autores la señalan con el número XXV). En esta *lex* se regulan una serie de aspectos ceremoniales, pero no por ello menos importantes. En primer lugar, se crea la *schola*, este primer colegio de notarios es el precursor directo de las agrupaciones notariales actuales. Asimismo, se señalan una serie de requisitos físicos, morales e intelectuales para poder aspirar a una *stadio* (plaza). Éstas se encuentran limitadas a veinticuatro y sólo puede haber un *tabulari* (ahora recibe tal designación) por cada plaza. Pero esto no es suficiente, ya que se tiene que acreditar un examen ante el *primicerius* y demás colegas integrantes del tribunal. La designación la realiza el *eparca* o prefecto. Se establece el uso del anillo signatorio y la investidura se da mediante protesta. Como podemos observar, la mayoría de estos requisitos se siguen presentando en nuestros días, lo cual tiene por finalidad garantizar la aptitud de los notarios y la seriedad de nuestra institución, pues se trata de peritos en Derecho que velan por la seguridad jurídica de los particulares.

II.6. Los glosadores de Bolonia, Rolandino Passaggeri y la ciencia notarial

En este momento hemos llegado a una fase sumamente importante para la historia del Notariado y del Derecho en general. Estamos hablando de la **escuela glosadora**, también conocida como escuela de Bolonia (siglos XII y XIII), ya que los brillantes juristas que comentaron y explicaron (“glosaron”) el Derecho romano, para así reformular y construir las bases de nuestro Derecho moderno, pertenecieron a la Universidad más antigua del mundo, la *Università di Bologna* (siglo XI). Aquí, como era de esperarse, se estudian a fondo las Novelas XLIV, XLVII y LXXIII de Justiniano, así como todas las demás instituciones pertenecientes a los

²⁹ Reglamento Definitivo de Organización y Régimen del Notariado, decreto de 2 de junio de 1944, www.jurisweb.com.

tabellionis, notarii, tabularii y demás. De esta manera, se da el paso más importante hacia lo que podemos llamar la “ciencia jurídico notarial”. No es nuestro objetivo discutir hasta qué punto es correcto hablar de tal cosa, lo que sí es incuestionable es que el Derecho notarial como rama del Derecho es parte del objeto de estudio de la ciencia jurídica y, como tal, se entabla con los glosadores una disciplina dedicada a esclarecer conceptos relativos a la actividad notarial, *v.gr.* el concepto de fe pública, *absolutio, cognomen, agnomen* y demás. Lo que sucede en Bolonia es lo mejor que le pudo pasar al Notariado desde que podemos hablar de tal institución jurídica, es decir, desde las Novelas, pues se trata de la “sistematización de los conocimientos notariales”.³⁰ Estamos hablando del nacimiento del Derecho notarial propiamente hablando.

Es en Bolonia, en el siglo XIII, en donde se crea la cátedra de *Ars Notariae*. Esta cátedra se imparte en un principio en la Facultad de los Artistas —germen de la Facultad de Letras—, pues la base de la enseñanza era “la composición en buen latín”.³¹ Su cambio definitivo a la Facultad u organización de los legistas —germen de la Facultad de Derecho— no se da sino hasta el año de 1548. Sin embargo, a finales del siglo XIII, el Colegio de Notarios de Bolonia se ve impulsado, a través de sus nuevos estatutos, a establecer dentro de su sede social la “enseñanza regular y pública del arte notarial”.³² Todo parece indicar que Rolandino Passaggeri fue su primer titular. Seguramente por ello se le ha atribuido la fama de haber sido el primer *artis notariae lector*. Independientemente de esto, Rolandino fue el primero en enseñar sistemáticamente el Derecho notarial, lo cual no sólo lo hizo en el ya mencionado Colegio de Notarios sino también en la escuela de Derecho civil incorporada a la Universidad.³³ Fue él el fundador del Derecho notarial, pues la exégesis realizada durante tanto tiempo sobre los textos justinianos le permitieron comentar apropiadamente tales instituciones. De estas glosas surgen los primeros conceptos ordenados del Notariado que, en su conjunto, forman un sistema: el Derecho notarial.

Más allá de enseñar este nuevo Derecho en las aulas (universitarias o no), Rolandino fue uno de los primeros notarios que lo llevó a la práctica, dejando atrás anticuadas costumbres y una legislación longobarda que ya resultaba insu-

³⁰ Pérez Fernández del Castillo, Bernardo, *op. cit.*, p. 6.

³¹ Núñez Lagos, R., *El documento notarial y Rolandino*, en: Passaggeri, Rolandino/De Unzola, Pedro, *Aurora*, Ilustre Colegio Notarial de Madrid/II Congreso Internacional del Notariado Latino, Madrid, España, p. XIV.

³² Núñez Lagos, R., *op. cit.*, p. XIII.

³³ Rolandino, además de haber sido un notario vanguardista, fue un hombre de amplia cultura que dedicó su vida a la enseñanza del Derecho y a la Universidad en general. En el año de 1274, siendo gobernador de la Comuna, otorgó a la *Università di Bologna* su primer Estatuto, mismo que contribuyó muchísimo a la organización de la Universidad a nivel mundial y que concedía amplias prerrogativas jurídicas a los profesores y estudiantes.

ficiente. Por ello, demás notarios de Bolonia y estudiosos del *ars notariae* le encargan a este colega vanguardista una formulación de los nuevos conocimientos. Así, Rolandino explica en el proemio de la *Aurora* los motivos que lo llevaron a escribir su primer libro, pilar de la literatura jurídico-notarial, la *Summa Artis Notariae*: “(...) lo hice accediendo en caridad a los deseos de algunos amigos, que aseguran que ‘nosotros no podíamos conocer los formularios usados por los notarios de nuestros días, sino después de prolongadas prácticas y larga experiencia en los diversos negocios; pero si tú, que mucho tiempo practicaste estos ejercicios y no pasaste por alto ninguno de los requisitos de los contratos, nos los entregarás por escrito, al instante nos ejercitaríamos en el Arte notarial; por ello te pedimos que, en obsequio de nosotros y de los que nos sigan, emprendas esta labor; y así la caridad fraterna me movió a ello.’”³⁴

La *Summa* es, precisamente, un formulario práctico de Derecho notarial. Este formulario se divide en tres partes, divididas, a su vez, en diez libros, dentro de los cuales destacan aquellos destinados a diversos contratos, los que se relacionan con los testamentos —llamados “últimas voluntades”—, así como también el décimo y último libro relativo a las “copias y reproducciones de escrituras”.

Este primer formulario práctico del notario boloñés (y primer libro sobre el Derecho notarial) tuvo tanto éxito que fue traducido del latín al francés y al italiano.

El segundo libro de Rolandino, el *Flos Ultimarum Voluntatum*, está dedicado, como lo indica su título, exclusivamente a los testamentos. Es un complemento de la segunda parte de la *Summa* que recoge la doctrina sucesoria dominante de la época.

Así como en el *Flos Ultimarum Voluntatum* Rolandino se muestra preocupado por profundizar en la doctrina sucesoria, el *Tractatus Notularum* es un libro dedicado a la teoría general de los contratos.

De Officio Tabellionatus in Villis vel Castris es un manual práctico para el notario rural que también fungía como secretario judicial. No obstante, el autor español Núñez Lagos duda que tal obra sea efectivamente de Rolandino, pues en su último libro, la *Aurora*, en el cual hace referencia a todos sus trabajos anteriores no menciona el *De Officio Tabellionatus*. Sin embargo, esta obra se ubica claramente dentro de la línea seguida por Rolandino, de ahí que, en caso de no ser suya, debe de corresponder a alguno de sus discípulos.³⁵

³⁴ Passaggeri, Rolandino/De Unzola, Pedro, *Aurora*, Ilustre Colegio Notarial de Madrid/II Congreso Internacional del Notariado Latino, Madrid España.

³⁵ Cfr. Núñez Lagos, R., *El documento notarial y Rolandino*, en: Passaggeri, Rolandino/De Unzola, Pedro, *Aurora*, Ilustre Colegio Notarial de Madrid/II Congreso Internacional del Notariado Latino, Madrid, España, pp. XVI y ss.

Con esto hemos llegado a la última y, sin duda, más importante obra de Rolandino, la *Aurora*. Este libro corresponde a un Rolandino ya viejo y experimentado que se encontraba plenamente dedicado a la enseñanza del *ars notariae*.³⁶ Se trata de sus explicaciones en clase que versaban sobre la *Summa*. Esta glosa de la *Summa* constituye todo un *apparatus* de Derecho contractual enfocado a la práctica notarial. Por primera vez teoría y práctica se reúnen de manera ejemplar: “La *Aurora* fue (*sic*) el triunfo de la gran teoría enfocada hacia la práctica, el enlace entre una práctica rutinaria y a veces bastarda y los dogmas científicos de los doctores.”³⁷

Este *apparatus* fue complementado por uno de los principales alumnos de Rolandino, Pedro de Unzola. El grado de perfección que alcanza la *Aurora* gracias a los complementos de Unzola le ha dado el nombre de *Meridiana*. Pero de Unzola fue más allá, ya que escribió la parte que Rolandino no pudo terminar debido a su muerte. A esta parte se le llama *Aurora Novissima*.

Como ya dijimos, la *Aurora* es, *grosso modo*, un tratado teórico de contratos y negocios jurídicos complementado con consejos prácticos sobre la debida intervención notarial en los mismos; p.e., se introducen ejemplos de escrituras e instrumentos públicos en general. El método es el siguiente: *a*) se proporciona la escritura pública (un contrato redactado por el *tabellion* que cumple con todos los requisitos de fondo y forma); *b*) se glosa el documento, tanto en torno a la forma como al fondo, y *c*) este último paso corresponde a las adiciones hechas por Pedro de Unzola consistentes en comentarios sobre las glosas de Rolandino. Para poder proporcionar una idea concreta al lector sobre esta obra tan importante, citaremos el siguiente pasaje:

“*Venditio simplex. (summarium.)*”

Antonius DEDIT, VENDIDIT et TRADIDIT Corado unan donum positam in tali loco, infra tales confines, pro precio centum librarum bononiensium in summa. Quod precium dictus venditor contentus et confessus fuit ab ipso emptore habuisse et recepisse, et constituit se ipsam donum suo nomine possidere donec ipsius rei possessionem acceperit corporalem; promissit illam rem defendere ab omni persona sub certa POENA et obligatione omnium bonorum suorum”

Después de citar el documento, se lleva a cabo la glosa y explicación:

“‘Venta’ es la entrega (*datio*) de alguna cosa por precio cierto; de este modo ‘compra’ es aceptación (*acceptio*) de alguna cosa por cierto precio (...) de la definición puedes sacar dos consecuencias: una, por parte del vendedor, que es la entrega (*datio*) de la cosa vendida.”

³⁶ La *Aurora* fue publicada alrededor de 1280.

³⁷ Núñez Lagos, R., *op. cit.*, p. XVII.

Pedro de Unzola comenta al respecto: “Esto es la *traditio*.”

La glosa de Rolandino continúa: “Otra por parte del comprador, que es el pago del precio; porque ambos quedan obligados entre sí por la naturaleza de este contrato; el vendedor, en efecto, debe entregar (*praestare*) la cosa.”

Finalmente, de Unzola comenta: “O lo que es lo mismo, tradirla.”³⁸

Gracias a la labor sistematizadora de los juristas glosadores y, especialmente, de Rolandino Passaggeri, el Notariado se convierte en una institución clara y concreta, lo cual fomenta su regulación a lo largo del viejo continente. Son muchas las leyes que recogen tal institución, nosotros nos limitaremos a comentar únicamente las que más han contribuido a la evolución de la misma.

II.7. La recopilación española y las legislaciones europeas modernas

Una de las recopilaciones más importantes es la realizada por Alfonso X, El Sabio, en España. La obra más destacada y que más influencia ejerce sobre la regulación positiva del Notariado en nuestro país son las *Siete Partidas* (siglo XIII). En ellas se establecen dos clases de escribanos, aquel adscrito a la casa del rey, encargado de asentar los asuntos reales, y el *Escrivano publico*. Este último es el que nos interesa, pues es él quien debe escribir las *cartas de las vendidas, de las compras* y demás asuntos de los particulares. Dicha recopilación muestra varias semejanzas con las realizadas anteriormente por Justiniano y León VI, el Filósofo, así como también retoma la labor científica de los glosadores.

Otros avances legislativos los encontramos en Austria en el siglo XVI, con Maximiliano I, y, ya en la era moderna, después de la Revolución francesa con la Ley del 25 Ventoso del año II. No es sino hasta 1862, en España, en donde se expide la primera codificación sistemática del Notariado, la *Ley Orgánica del Notariado Español*, ordenamiento que mantiene su vigencia. En esta ley se sustituye en definitiva el término de escribano por el de notario, se determinan con claridad las funciones notariales y se regula todo lo relativo al instrumento público, así como a la organización notarial. Esta ley es la base de la legislación notarial contemporánea en nuestro país y en gran parte de los países que han adoptado el sistema del Notariado latino.

II.8. El Notariado en México

Así, en México, al proclamarse el Imperio, la Asamblea de Notables dicta el decreto de 1864 que regula las actividades del notario, veamos su primer artículo: “Los oficios públicos de escribanos que en la capital del Imperio existen

³⁸ Passaggeri, Rolandino/De Unzola, Pedro, *Aurora*, ..., p. 23.

hasta hoy legalmente con el nombre y el carácter de vendibles y renunciables, se denominarán en lo sucesivo notarías públicas; y en ellas solamente podrán existir y llevarse protocolos o registros, en que se extiendan los instrumentos públicos de cualquier clase. Los dueños y encargados de las notarías se llamarán notarios públicos del Imperio (...).”³⁹ Al año de dicho decreto se expide, bajo los auspicios de Maximiliano de Habsburgo, la *Ley Orgánica del Notariado y del Escribano de 1865*. En ella se define al notario público como un “(...) funcionario que el soberano inviste de fe pública para redactar y autorizar con su firma las escrituras de las últimas voluntades, actos y contratos que se celebran entre las partes, así como los autores y demás diligencias de los procedimientos judiciales”.⁴⁰

Sólo dos años después se publica la Ley Orgánica de Notarios y Actuarios del D.F., en su artículo 2º se define al notario como al “(...) funcionario establecido para reducir a instrumento público los actos, los contratos y últimas voluntades en los casos que las leyes lo prevengan o lo permitan”. La evolución legislativa del Notariado en nuestro país continúa hasta la actualidad, basta mencionar las *Leyes del Notariado del D.F.* de 1901, 1932, 1945 y, finalmente, la vigente de 1980.

Bien podría alegarse que se ha realizado un resumen muy elemental del Notariado en nuestro país, empero, nuestro propósito no es resaltar todos los datos relevantes y hacer un extenso análisis histórico, lo que se pretende en el presente trabajo es proporcionar al lector una idea concreta de lo que significa el Notariado latino y sus funciones, así como aclarar algunos conceptos fundamentales a través de la evolución que el mismo ha tenido en la historia del Derecho. En este sentido nos es útil la historia del Derecho, no para memorizar datos y demás, sino para comprender las instituciones jurídicas actuales y, finalmente, su razón de ser. Con esto, pues, esperamos haber dado las bases para el análisis de los diferentes tipos de Notariados que existen en la actualidad, así como para aclarar de manera más específica la función notarial en México y ver en qué medida el notario contemporáneo participa en la evolución del Derecho, es decir, en qué medida su rol profiláctico tradicional puede convertirse, a su vez, en propositivo.

III. LAS DIFERENTES CLASES DEL NOTARIADO CONTEMPORÁNEO

Existen tres diferentes clases de Notariado: el latino, el anglosajón y el totalitario. Aunque este último, como ya se había mencionado, ha desaparecido casi por completo debido a la caída de los regímenes socialistas, sobre todo en el este de Europa.

³⁹ Citado por: Ríos Hellig, Jorge, *La Práctica del Derecho Notarial...*, p. 19

⁴⁰ *Ibidem*.

III.1. El Notariado latino y la Unión Internacional del Notariado Latino

El primero de ellos, el latino, es el que predomina en la mayoría de los países y, en cierto modo, podemos decir que es este mismo el Notariado propiamente dicho. Esto parece algo radical, sin embargo, basta recordar la evolución del Notariado en la historia del Derecho para percatarnos de lo cierto de nuestra afirmación: el Notariado surge del *ius civile* romano, se ha forjado a partir de los juicios simulados en la República, a través de las *constitutiones princeps* y de la sistematización glosadora. Es, en definitiva, una institución romana y el hecho de denominarla “latina” sólo reitera su origen y nos recuerda de que estamos hablando del Notariado, repetimos, propiamente dicho. Por ello es que los rasgos más generales del Notariado latino ya se han mencionado; en este momento cabe recordar los más importantes, añadir los que nos faltaron y establecer las diferencias que sostienen con los rasgos fundamentales de los otros dos sistemas.

Resulta casi tautológico que son, precisamente, los países con sistemas jurídicos romanistas los que cuentan con el Notariado latino; esto en oposición al Notariado perteneciente a los *common law states* y, finalmente, al de los países socialistas. Entre las asociaciones notariales nacionales de los países de sistema romanista, ha surgido la idea de unirse con el fin de promover el desarrollo de la institución y resolver los retos a los que se enfrenta ésta a nivel internacional; estamos hablando de la *Unión Internacional del Notariado Latino* con sede en la ciudad en donde se dieron aquellos juicios simulados que dieron la primera idea de la fe pública notarial. Esta organización es única, no existe algo así para el *notary public* anglosajón y son sus notarios los que han participado en diversas sesiones de la Conferencia de La Haya de DIPr, especialmente en las que se elaboraron convenciones sobre testamentos, sucesiones y demás asuntos internacionales en los que interviene directamente el notario latino. Su participación en estas reuniones nos lleva a otro tema, propio de la última parte de esta exposición, sin embargo, también marca una diferencia sustancial con el *notary public* y su organización. A la Unión Internacional del Notariado Latino pertenece una gran parte de los países con sistemas jurídicos romanistas y romano-germánicos, en total son más de 68 países (de acuerdo a la *Notaires de France*). Pero no sólo estos países han adoptado el Notariado de tipo latino y se han adherido a dicha organización internacional, así también lo han hecho Japón, China, Sudáfrica, la provincia de Quebec en Canadá,⁴¹ el Estado de Luisiana en Estados Unidos,

⁴¹ En la provincia canadiense de British Columbia el *notary public*, sin ser propiamente de tipo latino, se asemeja mucho más a éste que al anglosajón, pues debe de ser profesional del Derecho, acreditar exámenes de oposición, se le atribuye una plaza y sus funciones son casi idénticas a las desempeñadas por el notario latino. Asimismo, existe un Colegio de Notarios, la *Society of Notaries Public of British Columbia*, cuyas atribuciones son más parecidas a nuestros colegios que a las *associations* de Estados Unidos.

varios países del este de Europa y las solicitudes para ingresar son cada vez más (de acuerdo al *Junta de Colegio de Notarios de España*). Esto nos indica la ventaja del Notariado latino frente a los otros, aun en los países de la *common law*. Otro dato interesante es que, en el contexto del Derecho comunitario, la Unión Europea ha elegido el sistema del Notariado latino.

Las características esenciales de este sistema (algunas ya mencionamos al analizar su evolución) son las siguientes:

a) el notario público debe ser licenciado en Derecho, también debe acreditar diversos exámenes de oposición ante las respectivas barras o colegios para obtener una plaza que le asigna el Estado; todo esto es para garantizar la seguridad jurídica que de él quieren obtener los clientes;

b) debe de asesorar a las partes de forma imparcial, este principio es acogido por la mayoría de las legislaciones internas (art. 35, F.I de la LNDF) y por el XVI Congreso del Notariado Latino, celebrado en Lima en 1982, en el cual se declaró "(...) la imparcialidad del notario como característica esencial de su función (...)";⁴² dicho principio obedece a los ideales de justicia, equidad y de seguridad jurídica, por ello muchos sostienen que el notario debe de prestar asistencia especial a las partes débiles del contrato o consumidores (así un criterio de la *Junta de Colegio de Notarios de España*, criterio que también encontramos en la doctrina mexicana: Pérez Fernández del Castillo, Francisco de P. Morales Díaz y otros);

c) debe de interpretar la voluntad de las partes conforme al Derecho positivo, lo cual sólo es posible tratándose de un perito en Derecho;

d) redacta, lee y explica el documento, este es su papel como artesano de la escritura que tiene desde las épocas más remotas;

e) autoriza el instrumento imprimiéndole al acto el reconocimiento del Estado; se trata de la fe pública que asegura la fecha como los hechos recogidos en el mismo por el notario y le da, así, un valor probatorio en los pleitos que puedan surgir (que por lo mismo son escasos), así como efectos ejecutivos; la fe pública es característica del Notariado latino y es el elemento que dota de eficacia al documento público, lo cual está íntimamente relacionado con el principio de seguridad jurídica;

f) el notario retiene los impuestos en los diversos negocios jurídicos e inscribe los contratos en el Registro Público, sea del Comercio o de la Propiedad, lo cual no sólo evita molestias al particular, sino que dota a los hechos contenidos en éstos de plena eficacia y seguridad jurídicas;

⁴² Pérez Fernández del Castillo, Bernardo, *Ética Notarial*, 4ª ed., Ed. Porrúa, México, 1993, p. 27.

g) conserva y reproduce el instrumento, con lo cual se cumple con el principio de matricidad, contemplado desde las Novelas justinianas, siendo la matriz el protocolo y las reproducciones los testimonios;

h) sus honorarios los cobra de acuerdo a un arancel controlado por el Estado, pues se trata de una función pública, y

i) su cargo es indefinido, pero puede perder la patente al incumplir diversos deberes; en general, se regulan diversas sanciones para controlar la actividad notarial y su debido cumplimiento.

III.2. El *notary public* anglosajón

Por su parte, las funciones y características del *notary public* son pocas, Ríos Hellig menciona incluso que “(...) puede ser considerado sólo como un testigo calificado”.⁴³ Esto es cierto, ya que sus funciones se limitan a dar fe sobre la autenticidad de las firmas. Ni siquiera redacta siempre los contratos en su totalidad. Las funciones de asesoría jurídica, conservación de protocolos, o bien, de matricidad, de interpretación y demás encaminadas a garantizar los principios de seguridad jurídica, justicia y equidad no pueden ser realizadas por los *notary public*, porque, además de no tener dichos deberes, no son juristas, es decir, el *notary public anglosajón* (típico, cabe añadir, pues ya vimos las excepciones, p.e, British Columbia) no tiene que satisfacer requisitos profesionales; no es necesario que sea licenciado en Derecho ni que acredite examen alguno. Es más, las “plazas” se ofrecen en periódicos y en internet bajo anuncios como: *How much does it cost to become a notary public?* El que desee ocupar dicho cargo únicamente debe llenar una solicitud (*application*), pagar una cantidad mínima de dinero por concepto de derechos sobre la comisión temporal (*fee*) y cubrir una fianza notarial (*bond*) muy baja.⁴⁴

III.3. Ventajas del Notariado latino frente al anglosajón

Para poder precisar las ventajas que guarda el sistema del Notariado latino frente al anglosajón, observemos el siguiente ejemplo:

En Estados Unidos, p.e., la transmisión de bienes, para ser segura, exige la intervención de un abogado por cada parte y de un seguro que garantice la

⁴³ Ríos Hellig, Jorge, *op. cit.*, p. 29.

⁴⁴ En el Estado de Texas, por ejemplo, la comisión se da por cuatro años, lo cual implica un pago de 71 USD por concepto de derechos, más una fianza notarial de 10 000 USD. Reuniendo esta cantidad y entregando la solicitud personalmente en la *Texas Notary Public Association* cualquier persona puede ser notario texano.

recuperación del dinero invertido en el caso de que el vendedor no sea propietario o sobre la finca haya cargas no conocidas, punto sobre el que no puede tenerse seguridad al no existir el Registro Público de la Propiedad. El costo oscila entre un cinco y seis por ciento del valor de la propiedad transmitida, sin contar con que es frecuente la existencia de pleitos, con el costo social que ellos conllevan.

Por su parte, en el sistema latino, el asesoramiento imparcial del notario, la redacción de los documentos por el mismo y la coordinación con el Registro Público de la Propiedad proporcionan un nivel mucho mayor de seguridad jurídica, hace innecesario el seguro y reduce los costos de manera significativa. Los pleitos en operaciones en las que ha redactado el documento el notario son muy escasos y el fraude en las transmisiones inmobiliarias es prácticamente inexistente.

III.4. El Notariado de tipo totalitario

En torno al último tipo de Notariado, el totalitario o socialista, podemos mencionar que debido a la fuerte injerencia del Estado en los asuntos particulares y a la escasa circulación de la propiedad privada, sus funciones son reducidas, limitándose a cuestiones registrales o de jurisdicción voluntaria (así en la ex-RDA). De hecho, la mayoría de los países que contaban con tal sistema tuvieron que cambiar y adecuarlo a sus nuevos regímenes económicos y jurídicos. La mayoría de dichos países, como ya dijimos, ha cambiado o está cambiando al Notariado de tipo latino. Cuba es uno de los pocos países que mantienen dicho sistema notarial, aunque, con sus propios matices que, por cierto, se asemejan al Notariado latino. El notario cubano es un jurista preparado y funcionario público que redacta, legaliza y custodia contrataciones.⁴⁵

IV. LA IMPORTANCIA DEL NOTARIADO EN LA VIDA JURÍDICA CONTEMPORÁNEA Y SU PARTICIPACIÓN EN LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO

A lo largo de este trabajo se ha mostrado lo que nombra la palabra “notario” o “Notariado”, asimismo se ha dado una idea de las funciones a cargo de esta institución jurídica. De este modo, han surgido varios criterios para comprender la importancia de la misma. Sin embargo, deseamos reiterar que el principio rector del Notariado es la seguridad jurídica que debe otorgar a los actos y negocios que ante él se realizan. Este principio es el que le da importancia dentro del mundo

⁴⁵ Cfr. Ríos Hellig, Jorge, *op. cit.*, p. 30.

jurídico y social, por lo mismo, es el que justifica su existencia y desarrollo a lo largo de su historia.

IV.1. El notario como órgano de seguridad jurídica

La *seguridad jurídica* puede definirse como “(...) la certeza que tiene el individuo de que su situación jurídica no será modificada más que por procedimientos regulares, establecidos previamente”.⁴⁶ Dicho de otro modo, la seguridad jurídica, como tal, representa la garantía que tiene el individuo en una comunidad jurídicamente organizada de que sus derechos subjetivos serán respetados por el soberano y la sociedad, de conformidad con las reglas jurídicamente válidas en dicha comunidad. Se trata, ultimadamente, de la garantía de la aplicación del orden jurídico, garantizada por el propio orden jurídico. Así, varios juristas, entre otros Kelsen, sostienen que la seguridad jurídica es la característica esencial de lo jurídico. De lo dicho se desprende que los encargados de proporcionar seguridad jurídica son los órganos del Estado creados para aplicar las normas jurídicas. Dentro de éstos encontramos, de manera por demás representativa, a los jueces, pero también a los notarios. El notario aplica de diversas maneras el Derecho. En primer lugar, es un perito en Derecho encargado de crear situaciones jurídicas correctas; para ello realiza operaciones silogísticas como los jueces: existe una premisa mayor, las *precepta iuris*, una premisa menor, la situación de hecho planteada por el particular, y una conclusión, el acto jurídico elaborado por el notario. Esto no es tan simple como parece, para aplicar el Derecho correctamente y otorgar, así, verdadera seguridad jurídica al solicitante, debe, al igual que los jueces, evaluar y apreciar distintos aspectos, tales como:⁴⁷

a) interpretar la voluntad de las partes, lo cual entraña una eminente valoración jurídica;

b) apreciar la capacidad de los otorgantes, teniendo en cuenta diversos factores, tales como la naturaleza del acto, el concepto en que intervienen los propios otorgantes y, por supuesto, las reglas sustantivas aplicables que, en ocasiones, pueden pertenecer a un Derecho extranjero, pues tratándose de personas físicas la capacidad se rige por la ley del domicilio y en caso de personas morales por la ley del lugar de la constitución de la misma;

c) apreciar la naturaleza jurídica del acto o contrato para calificarlo de acuerdo al Derecho positivo;

⁴⁶ Adame Goddard, Jorge, voz de “seguridad jurídica” en *Diccionario Jurídico Mexicano*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 8ª ed., Ed. Porrúa/UNAM, México, 1995, p. 2885.

⁴⁷ Cfr. Castán Tobeñas, José, *Función Notarial y Elaboración Notarial del Derecho...*, pp. 102 y 103.

- d) evaluar y calificar la validez del acto o contrato, para lo cual debe tomar en cuenta el Derecho sustantivo y conocerlo a profundidad;
- e) apreciar el orden de la formulación instrumental, para que ésta corresponda al legal contenido del acto, y
- f) evaluar su propia competencia, las formalidades legales y demás.

Para obtener una correcta evaluación de estos aspectos, el notario, en muchas ocasiones, tiene que dar un paso más allá en la aplicación del Derecho, pues así como el juez, en ciertas ocasiones, tiene que resolver casos duros (término proveniente del lenguaje jurídico anglosajón: *hard cases*), así el notario, en muchos casos, tiene que enfrentarse con lagunas o imperfecciones legales, lo cual, al ser un órgano aplicador del Derecho, lo conlleva forzosamente a la interpretación jurídica, lo hace un partícipe más de la *opinio iuris*. Este hecho es fundamental para entender en qué medida el Notariado participa en la evolución del Derecho, sin embargo, antes de emprender dicho tema queremos resaltar otro medio por el cual el notario cumple con su función principal: otorgar seguridad jurídica a los particulares.

IV.2. El notario y la prevención jurídica

El autor español Castán Tobeñas sostiene que “(...) en cierto sentido, el Notariado, como Magistratura de la paz, todavía tutela el orden jurídico con recursos más eficaces que la Magistratura judicial, ya que aplica las leyes y administra la justicia en la vida normal del Derecho, al tiempo de quedar constituidas las relaciones jurídicas, y no cuando éstas han sido desconocidas o perturbadas. El Notario, para realizar su cometido de órgano de la justicia, cuenta con medios persuasivos, como consejero de las partes y árbitro libremente elegido”.⁴⁸ A lo que se refiere el maestro Castán Tobeñas cuando alude a las ventajas del Notariado frente al Poder Judicial es a lo conocido como la *prevención jurídica*. La prevención jurídica es, sin duda, una de las maneras más importantes y eficientes de otorgar seguridad jurídica a los individuos. Conforme el Derecho evoluciona, la prevención jurídica adquiere más y más importancia y, debemos admitirlo, nuestro país se ha quedado algo rezagado al respecto. En otros países, como E.U.A. y Francia, las asesorías jurídicas son cada vez más frecuentes y eficaces, podemos hablar, incluso, de una verdadera cultura de la prevención jurídica, misma que en otro trabajo hemos definido como la serie de actos que realizan habitualmente los actores del Derecho, en especial los abogados y los notarios, en una determinada comunidad jurídica y que tienden a evitar las consecuencias de Derecho indesea-

⁴⁸ Castán Tobeñas, José, *op. cit.*, p. 141.

bles para el particular que acude ante ellos. Así, el notario a través de su función tradicional de asesoría a las partes se convierte en un *prevenitor jurídico* por definición. Estas labores de asesoría y asistencia social del notario moderno se asemejan mucho a la actividad de los grandes juristas romanos, de ahí que otro gran jurista, Rudolf Von Jhering, haya sostenido que “(...) el notario moderno es el heredero más directo del jurista romano”.⁴⁹ Finalmente, nos gustaría citar una jurisprudencia del Tribunal Supremo de España que destaca la importancia de la labor notarial: “El Notario no es sólo el fedatario, sino también el profesor de jurisprudencia para las clases humildes y el consejero prudente de los individuos y las familias” (Sentencia de la Sala 1ª, de 29 de diciembre de 1927).

IV.3. La *opinio iuris* notarial y la participación del Notariado en la evolución del Derecho

Ya hemos visto que el notario, al tener el imperativo de aplicar el Derecho, se ve forzado en determinadas situaciones a efectuar una labor interpretativa. Esto es lo mejor que le puede suceder a nuestra profesión, porque al interpretar el Derecho, a partir de los principios generales, éste se reconstruye, como dice el profesor Ronald Dworkin, en su libro, *El Imperio del Derecho (Laws Empire)*. Reconstrucción significa evolución y el Notariado participa, así, en la evolución del Derecho. Ahora bien, es cierto que no existe una jurisprudencia notarial como es el caso de la judicial, sin embargo, las reconstrucciones jurídicas que hace el notario pueden (como ya ha sido el caso) constituir costumbre, misma que indudablemente es fuente del Derecho. Pero la práctica notarial no sólo ha llegado a constituir costumbre, su actividad se refleja fuertemente en las llamadas fuentes históricas. El profesor Rolando Tamayo menciona en torno a estas fuentes lo siguiente: “(...) los juristas se refieren a la evidencia histórica (historiográfica, tradición) que permite el conocimiento del derecho o bien se aplica a los actos o eventos pasados que dieron origen a las normas y principios jurídicos existentes”.⁵⁰ Dentro de estos eventos que han dado origen a las normas jurídicas, encontramos varios pertenecientes a la vida práctica notarial. Así, por ejemplo, menciona Planiol que el sistema consensual de transmisión de la propiedad regulado por el *Code Napoleon* no fue una creación propia de aquellos legisladores, sino un producto histórico. Dentro de los actos que dieron origen a dicha figura regulada encontramos los textos romanos que brindan varios ejemplos de transmisiones

⁴⁹ Citado por: Castán Tobeñas, José, *op. cit.*, p. 143.

⁵⁰ Tamayo y Salmorán, Rolando, voz de “fuentes del derecho” en *Diccionario Jurídico Mexicano*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 8ª ed., Ed. Porrúa/UNAM, México, 1995, pp. 1478 y 1479.

de la propiedad sin tradición real y las antiguas prácticas notariales que, basadas en esos textos, reemplazan la tradición verdadera por cláusulas contractuales de *constitutio possessorio*, tales como retención de usufructo, arrendamiento o de depósito, etc. Así en España, la práctica notarial logró resolver la antinomia existente entre el artículo 4º del Código de Comercio y los antiguos preceptos del Código Civil, dando lugar el reconocimiento legal de la aptitud para el comercio de los menores emancipados, admitiendo la validez de las autorizaciones genéricas para disponer de los bienes, concedidas a los menores por sus padres o por el tutor, mediante escritura pública.⁵¹ En México, recientemente, el notario número 10 del Distrito Federal, Tomás Lozano Molina, empezó a realizar escisiones de sociedades, sin estar éstas reguladas por la Ley General de Sociedades Mercantiles. Gracias a dicha práctica vanguardista, en junio de 1992, la figura de la escisión es finalmente regulada por el artículo 228-bis de esa misma ley.

Existen más ejemplos de esto en todo el mundo, ejemplos que nos permiten afirmar que, partiendo del hecho de que el Derecho se integra por normas jurídicas, que un determinado orden jurídico existe y se identifica por las mismas, y de que las fuentes del Derecho son aquellos factores que producen, que crean estas normas (por ello también se les denomina fuentes de creación jurídica), es, entonces, en la medida que la práctica notarial constituye fuentes, sea la costumbre o de carácter histórico, lo que comprueba empíricamente la participación del Notariado en la evolución del Derecho positivo.

IV.4. El notario ante la globalización y los avances tecnológicos

Finalmente, debemos referirnos a las nuevas formas de actividad notarial, formas que ya están empezando a constituir fuentes del Derecho.

Lamentablemente México se integró plenamente al Derecho internacional privado moderno, nos referimos al bien llamado Derecho conflictual, hasta las reformas de 1988 (CCDF, CC, CPCDF y CFPC). Ésta es, sin duda, la razón por la cual en muchos aspectos, sobre todo prácticos, nuestro país no ha alcanzado la dinámica deseada. Piénsese solamente en la Unión Europea que cuenta con todo un sistema de Derecho uniforme, en donde las Convenciones bilaterales en materia sucesoria, societaria y demás abundan. En esta región el Derecho notarial ha cobrado nuevas dimensiones, se habla, incluso, del Derecho internacional privado notarial y la bibliografía es basta. Los notarios en aquellos países se ven diariamente confrontados a problemas conflictuales. Esto ha dado lugar a que sea, precisamente, el Notariado quien elabora diversos métodos para resolver conflictos sucesorios internacionales, dentro de los cuales destacan sofisticadas técnicas para

⁵¹ Cfr. Castán Tobeñas, José, *op. cit.*, pp. 154 y ss.

simplificar el reenvío, así como para determinar la ley aplicable en el caso de la famosa raqueta internacional.

En México el DIPr tiene un gran porvenir, pues con la entrada en vigor del TLCAN y demás acuerdos comerciales internacionales el intercambio de servicios y con ello el de profesionistas se está convirtiendo en el orden del día. El DIPr en la práctica notarial es ya una realidad.

Otro aspecto innovador es el llamado *cibernotario*. En la era de la internet, los contratos electrónicos son cada vez más frecuentes. El notario no puede quedarse atrás. Existe, por ello, ya un proyecto de ley para regular la *firma digital*, medio por el cual el notario certifica y dota de fe pública a estos actos de la era posmoderna. El mecanismo no es muy complicado, los contratantes y el notario cuentan con claves y contraseñas para poder acceder a los documentos que sólo ellos conocen y que se encuentran registrados en una base de datos que, a su vez, es la agencia certificadora. En realidad no se trata del registro de firmas digitales, sino de “claves públicas”, es toda una infraestructura de claves públicas que opera a base de algoritmos matemáticos en la intranet.

En fin, los retos a los que nos enfrentamos en esta era de globalización económica y comunicación electrónica son varios. El mundo jurídico cambia y la institución del Notariado participa en esta evolución.

BIBLIOGRAFÍA

- Adame Goddard, Jorge, voz de “Seguridad Jurídica”, en el *Diccionario Jurídico Mexicano*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 8ª ed., Ed. Porrúa/UNAM, México, 1995.
- Arredondo Galván, Francisco Xavier, “La Función Notarial ante las Influencias del Derecho Angloamericano”, en la *Revista de la Asociación Nacional del Notariado Mexicano*, México, 1998.
- Ávila Álvarez, Pedro, *Estudios de Derecho Notarial*, 5ª ed., Ed. Montecorvo, S. A., Madrid, España, 1982.
- Carral y de Teresa, Luis, *Derecho Notarial y Derecho Registral*, 15ª ed., Ed. Porrúa, México, 1998.
- Castán Tobeña, José, *Función Notarial y Elaboración Notarial del Derecho*, Instituto Editorial Reus, Centro de Enseñanza y Publicaciones, Madrid, España, 1946.
- De P. Morales Díaz, Francisco, *El Notariado, su evolución y principios rectores*, Ed. Asociación Nacional del Notariado Mexicano, A. C., México, 1994.
- Gómez Lara, Cipriano, *Derecho Procesal Civil*, 6ª ed., Ed. Oxford University Press, Harla, México, México, 1998.

- Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, 2ª ed., Ed. Clarendon Press Oxford, Oxford, Inglaterra, 1997.
- Margadant S., Guillermo Floris, *El Derecho Privado Romano, como Introducción a la Cultura Jurídica Contemporánea*, decimonovena ed., Ed. Esfringe, México, 1993.
- Ovalle Favela, José, voz de “Jurisdicción Voluntaria”, en *Diccionario Jurídico Mexicano*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 8ª ed., Ed. Porrúa/UNAM, México, 1995.
- Passaggeri, Rolandino/De Unzola, Pedro, *Aurora*, Ilustre Colegio Notarial de Madrid/II Congreso Internacional del Notariado Latino (basado en la publicación de Vicenza de 1485), Madrid, España.
- Pérez Fernández del Castillo, Bernardo, *Derecho Notarial*, 8ª ed., Ed. Porrúa, México, 1997.
- , *Ética Notarial*, 4ª ed., Ed. Porrúa, S. A., México, 1993.
- Ríos Hellig, Jorge, *La Práctica del Derecho Notarial*, 3ª ed., Ed. McGraw-Hill, México, 1998.
- Soberón Mainero, Miguel, voz de “Notariado”, en *Diccionario Jurídico Mexicano*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 8ª ed., Ed. Porrúa/UNAM, México, 1995.
- Sohm, Rudolf, *Instituciones de Derecho Privado Romano, Historia y Sistema*, traducción de Wenceslao Roces, 2ª ed., Ed. Gráfica Panamericana, S. de R. L., México, 1957.
- Tamayo y Salmorán, Rolando, voz de “Fuentes del Derecho”, en el *Diccionario Jurídico Mexicano*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 8ª ed., Ed. Porrúa/UNAM, México, 1995.
- Zamaro y Valencia, Miguel Ángel, *Contratos Civiles*, 7ª ed., Ed. Porrúa, México, 1998.

DICCIONARIOS Y FUENTES

- Diccionario de la Lengua Española*, Real Academia Española, 21ª ed., Madrid, España, 1992.
- Diccionario Crítico Etimológico Castellano e Hispánico*, Corominas, J./ Pascual, J. A., vol. IV, Ed. Gredos, Madrid, España, 1997.
- Diccionario Ilustrado Latino-Español, Español-Latino*, Vox, Ed. Bibliograf, S. A., Barcelona, España, 1998.
- El Notariado en los Países Miembros de la Comunidad Europea*, publicado por la Asociación Nacional del Notariado Mexicano, A.C., México, 1992.

186 PONCIANO LÓPEZ JUÁREZ

LEYES Y CÓDIGOS

Codificación Notarial, Ediciones Andrade, S. A., de C. V., México, 1999.

Ley General de Sociedades Mercantiles, Ediciones Andrade, S. A. de C. V., México, 1999.

Ley Orgánica del Notariado Español (www.jurisweb.com.es);

Reglamento Definitivo de Organización y Régimen del Notariado, decreto de 2 de junio de 1944 (www.jurisweb.com.es).