

EL NOTARIO, LA CONSTITUCIÓN Y LA FE PÚBLICA

THE NOTARY, THE CONSTITUTION AND THE PUBLIC FAITH

Adalberto ORTEGA SOLÍS*

RESUMEN: En el siguiente artículo se analiza la naturaleza jurídica de la función del fedatario público. Aunque existe cierta uniformidad conceptual al tratar el tema de la naturaleza jurídica de la función notarial, el autor considera que el tema debe profundizarse, dadas sus características que trascienden modelos estatales e históricos. Para ello, se examina el artículo 121 constitucional, conceptos claves como fe pública y notario, para así vislumbrar la función notarial a la luz del sistema jurídico actual.

PALABRAS CLAVE: Derecho notarial; Fedatario Público; Función notarial; Fe pública; Notario.

ABSTRACT: The following article analyzes the legal nature of the role of the public notary. Although there is some conceptual uniformity in dealing with the issue of the legal nature of the notarial function, the author considers that the topic should be deepened, given its characteristics that transcend state and historical models. To do this, he examines the article 121 of the Mexican Constitution, key concepts such as public faith and notary, in order to glimpse the notarial function in light of the current legal system.

KEYWORDS: Clave: Notarial law; Public Notary; Notarial function; Public faith; Notary.

* Notario Público 20 de Guadalajara, Jalisco. Maestro Emérito de la Universidad de Guadalajara. Contacto: <adalbertoortega@ortegaabogados.com.mx>

Fecha de recepción 1 de septiembre de 2016, fecha de aprobación para su publicación 14 de enero de 2017.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Funciones estatales, burocracia y confianza*. III. *El artículo 121 Constitucional y sus precedentes*. IV. *La Fe pública y el Notario*. V. *La función notarial en el Derecho actual*.

Los deberes de un abogado son responder, defender y precaver a los que ocurren a su patrocinio; pero en cuanto a lo último, tienen por asociados a los escribanos, quienes deben instruir a los que han de celebrar un contrato, otorgar un testamento o tratar cualquier otro negocio civil, sobre el que deben tener presente para no ser engañados o que no sea nulo el acto. (Heyn. Rec. Del Derecho. Lib. I. Tit. I. XXIX (*El Escribano Instruido 1837*).

I. INTRODUCCIÓN

El presente texto ahonda en las reflexiones y consideraciones que he realizado, con especial énfasis a partir de los años noventa del siglo pasado, respecto a la naturaleza jurídica de la función del fedatario, en el seminario que impartí de Derecho Notarial en la Facultad de Derecho en la Universidad de Guadalajara. Si bien existe cierta uniformidad conceptual al tratar el tema de la naturaleza jurídica de la función notarial, considero que debe profundizarse en el tema, dadas sus características que trascienden modelos estatales e históricos, misma que justifican su pertinencia milenaria.

La escribanía es una actividad cuyo origen se pierde en el albor de los tiempos:¹ así como hay sociedad desde el momento

¹ Los escribanos se han titulado con muchos nombres significativos, honoríficos y correspondientes a la importancia de su empleo y en las cualidades de saber y virtudes que se han requerido siempre, para que puedan ejercer una profesión tan conveniente y aun necesaria al servicio público, tales como: Scribas, Tabelliones, que vale tanto como juris-peritos. Tabellarios, porque desde sus principios antes de la invención del papel, escribían sobre cierto género de tablas. Expectores, porque en los tiempos antiguos fueron llamados así, los que con cifras y abreviaturas escribían

que coexisten dos individuos, se tiene escribano desde que aparece la escritura. La necesidad de que alguien registre algo mediante signos es concurrente con la constancia de la verdad, aunque sean actividades diversas, la primera depende de que alguien sepa escribir y otro no tenga esa aptitud, la segunda de las necesidades de autenticidad en las relaciones humanas. Así, poner por escrito es diverso de dar fe de lo escrito, pero su conexión es muy vigorosa, casi inherente, desde que existen civilizaciones: más allá de la causalidad, el usuario de la escribanía suele requerir el documento para hacer constar algo, no solo como memoria, sino como dato veraz.

Y es que junto a la creación de la expresión, de la comunicación (que son anteriores a la escritura), nace la distinción entre verdad y falsedad (o no-verdad): la exageración del narrador de leyendas de caza en las cavernas no es solo el antecedente obvio de la propaganda, sino de la necesidad de distinguir las expresiones por su apego a la realidad o su distancia de ella. Esa es la principal razón por la que, ante la retirada del analfabetismo, la función del escribano permanece, ya no como un servicio para iletrados, sino como una herramienta fundamental para distinguir la información veraz de la falsa.

todo cuanto los jueces decretaban de palabra. Libelenses, porque así fueron llamados los relatores o notarios del Sacro serino, que era el cofre, o escritorio donde se guardaba en Roma lo más precioso. Librarios, que eran los fieles que examinaban y pesaban los tratos, comercio e intereses de la república. Memoriales, que eran unos oficiales de palacios sobre negocios, y papeles que cuidaba, archivándoles para que durasen para futura memoria. Logografos, porque así llamaban los atenienses a diez varones que diputaban para que tomasen residencia y averiguasen la vida y costumbres de los magistrados. Medo-gramateos, que eran los participantes de los negocios arcanos y los que escribían en las tablas públicas. Últimamente, los Escribanos han sido llamados: Fieles del secreto, y escritores fidedignos públicos de las cosas, por estar asegurada la verdad en su pluma, romanos del reino, fieles públicos de la república, custodios de la verdad. Cfr. Car. R. de Alvar. de la P., El Escribano Instruido, México, Imprenta de Galván a cargo de Mariano Arevalo.1837.

Se pueden utilizar infinidad de clasificaciones para explicar la evolución jurídica de las sociedades, pero existe una que trasciende criterios y es la de producción de actos jurídicos: las comunidades más primitivas tienen actos jurídicos principalmente en los de autoridad (la sentencia, el decreto, la regla, el acto solemne realizado por un ministro), las sociedades más avanzadas también tienen abundancia de actos jurídicos privados (principalmente los contratos). Ambos productos, tanto los públicos como los privados, son relevantes por su veracidad: obliga el decreto del que se sabe que verdaderamente fue expedido por el gobernante, vincula el acto de voluntad entre particulares con lo que auténticamente fue realizado.

Así como hay exigencia de veracidad desde que existe la palabra, también hay administración desde que existen detentadores del poder.² Como todo bien valioso, la calificación de la verdad es escasa: si todos pueden establecerla, deja de tener pertinencia. En las sociedades antiguas se vinculaba la declaración de verdad a elementos místicos (y, después, ministeriales y religiosos), para pasar a ser una actividad otorgada regiamente y, en los últimos dos siglos, conferida gubernamentalmente.

En suma, la actividad de hacer constar la verdad resulta inseparable de la vida y tráfico jurídico, por lo que la función notarial, concebida con antelación a la construcción de las instituciones del Estado moderno, debe ser analizada en sus orígenes y prevalencia por las eras, para establecer su pertinencia en las sociedades contemporáneas. Por ende, cualquier examen adecuado de la función notarial debe considerar el análisis histórico de la figura, que si bien no agota el tema, resulta de tratamiento indefectible. En este caso, además del examen evolutivo, se hará referencia a las figuras vigentes del Derecho administrativo, que dan explicación a la actividad del fedatario en nuestra realidad presente.

² La existencia de Administración no implica la del Derecho administrativo, cuestión que, si bien parece evidente, resulta necesario recalcar.

II. FUNCIONES ESTATALES, BUROCRACIA Y CONFIANZA

En un documento de gran valía,³ Max Weber explica que «una autoridad burocrática perdurable y pública, jurisdiccionalmente determinada, constituye normalmente una excepción y no una regla histórica»,⁴ el autor alemán explica que es una institución propia del Estado moderno. Vale la pena hacer un poco de memoria histórica y recordar que las funciones gubernativas, antes del Estado moderno, no solían disociar la actividad del agente de su vida privada: su oficina, documentos e ingresos eran patrimonio del oficial, circunstancia que difiere totalmente del modelo moderno.⁵ La profesionalización de la función pública (burocracia) implica que la división clara de la atribución pública y de la persona que la ejerce.

³ WEBER, Max, *¿Qué es la burocracia?* es una traducción de la obra *Was ist die bürokratie?* Existen versiones en Editorial Leviatán de Buenos Aires (traducida por Rufino Arar y con ISBN 950-516-164-8), y en editorial Coyoacán de México. Una versión electrónica es consultable en la dirección: <http://www.ucema.edu.ar/u/ame/Weber_burocracia.pdf>.

⁴ Weber, Max. *¿Qué es la burocracia?*, Buenos Aires, Leviatán, p. 10.

⁵ Esta situación es descrita por Weber señala que “la administración del cargo moderno se funda en documentos escritos (‘archivos’) que se conservan en forma original o como proyectos. Existe, así, un personal de subalternos y escribas de toda dase. El conjunto de los funcionarios ‘públicos’ estables, así como el correspondiente aparato de instrumentos y archivos, integran una ‘repartición’; esto mismo es lo que en la empresa privada se llama ‘oficina’. La organización moderna del servicio civil separa, en principio, la repartición del domicilio privado del funcionario y, generalmente, la burocracia considera a la actividad oficial como un ámbito independiente de la vida privada. Los fondos y equipos públicos están separados de la propiedad privada del funcionario: Este factor condicionante es, en todos los casos, el resultado de un largo proceso. En la actualidad se da tanto en las empresas públicas como en las privadas; en las privadas el principio alcanza incluso al empresario principal. La oficina del ejecutivo está, en principio, separada del hogar, y también lo están la correspondencia de negocios de la privada y el capital del negocio de las fortunas privadas. Estas separaciones son tanto más sólidas cuanto más arraigada se encuentra la práctica del tipo de administración empresarial moderna. Pero este proceso comienza a darse ya en la Edad Media”. Weber, Max, *op. cit.*, p. 11.

Esta falta de diferenciación resulta evidente en el Antiguo Régimen francés y en los modelos preliberales de la Nueva España y México independiente: la oligarquía francesa de togados (que incluso podía traspasar sus cargos, un ejemplo muy conocido es el de Montesquieu que vendió su magistratura) y los estancos mexicanos son casos claros de ese modelo.

No obstante, el absolutismo tiene evidencias claras de bienes reales que no entran en ese esquema de confusión público-privada, como es el sello real que estaba al cuidado del canciller inglés (o el sello privado real, que servía para autenticar documentos gubernamentales): en estos casos, los sellos son de la Corona y los Lores son meros guardianes de ellos. Estas excepciones, como son los grandes asuntos de Estado o gobierno, no invalidan la descripción weberiana: antes del advenimiento del Estado moderno, no existe una separación tajante entre las dimensiones públicas y privadas del agente que ejerce potestades de gobierno.

Esta situación, que corresponde a un régimen de privilegios, prebendas y canónjías, tiene su explicación en una sociedad estamental, en la que el principio de igualdad es inexistente: los cargos o potestades se dan por gracia del rey y esta designación («appointment»⁶ en el Derecho británico) trasciende familias jurídicas y se encuentra asentada en todo el mundo occidental del siglo XV. Así, el poder de señalar que algo es verdadero o auténtico se confiere por nombramiento, designación o patente (en la cuarta acepción que le da la Real Academia Española, como “título o despacho real para el goce de un empleo, honor o privilegio”)⁷.

⁶ “Appointment: the act of giving a particular job or position to someone/ the act of appointing someone/ a job or duty that is given to a person.” Cfr. Merriam-Websterthesaurus, consultado en: <<http://www.merriam-webster.com/dictionary/appointment>>

⁷ Cfr. *Diccionario de la lengua española*, Real Academia Española, voz «patente», consultado en: <<http://dle.rae.es/?id=S8Yrdza>>.

Así, el notario realiza una función oficial, dar fe pública, pero no es funcionario público en el sentido contemporáneo del término: el Estado no paga su oficina o archivos, no recibe un salario gubernamental por su actividad, sino que cobra un arancel a los usuarios que solicitan su servicio, pero sí ejerce una potestad pública (intransferible, por regla general, mediante contrato privado). Por ello no solo es un vocablo tradicional el de patente notarial, sino que el término corresponde a su naturaleza multacentenaria: es el título otorgado por el gobierno para una actividad exclusiva, la de establecer, con valor público, que algo es verdad.

La fe es, para estos efectos jurídicos, la “seguridad, aseveración de que algo es cierto”⁸. La Real Academia Española define a la fe pública como la “autoridad legítima atribuida a notarios, escribanos, agentes de cambio y bolsa, cónsules y secretarios de juzgados, tribunales y otros institutos oficiales, para que los documentos que autorizan en debida forma sean considerados como auténticos y lo contenido en ellos sea tenido por verdadero mientras no se haga prueba en contrario”.⁹ Esta noción no es distinta de la histórica, Escriche define (en su diccionario de 1837) al «fiat» como “la gracia que hace el consejo de la cámara para que uno pueda ser escribano”¹⁰ y a la «fe» como “la seguridad ó aseveración de que alguna cosa es cierta; y el testimonio ó certificación que se da de la certeza de alguna cosa, como fe de vida, que es la que da el escribano de que alguna persona

⁸ Cfr. *Diccionario de la lengua española*, Real Academia Española, voz «fe», consultado en: <<http://dle.rae.es/?id=HhQFq5H|HhR0WJY>>.

⁹ *Idem*.

¹⁰ ESCRICHE, Joaquín, *Diccionario razonado de legislación civil, penal, comercial y forense*. Con citas del derecho, notas y adiciones por el licenciado Juan Rodríguez de San Miguel, ed. e intro. de María del Refugio González, México, UNAM, 1993, p. 256. La definición de Escriche la recupera el Diccionario de la lengua española de la Real Academia Española, cfr. voz «fiat», consultable en la dirección electrónica <<http://dle.rae.es/?id=HqAurRQ>>.

vive”¹¹ y al «escribano» lo define como “el oficial ó secretario público destinado á redactar cuanto pasa en el juicio y autorizar las escrituras de los actos y contratos que se celebran entre particulares”.¹²

La gracia era la forma típica del derecho de la Administración (que no Derecho administrativo, ya que aún no existían propiamente derechos públicos subjetivos contra la Administración), la gracia es un “don o favor que se hace sin merecimiento particular, una concesión gratuita”:¹³ el rey, como dueño de todo lo público, concede las potestades públicas y, en una equiparación de las facultades divinas, el monarca también las retira, en una suerte de cosas en la que el súbdito hace el papel de un Job cotidiano. En eso radica el régimen de policía, en un modelo en el que “la Administración carece de derecho, porque aun cuando el príncipe haya dictado normas generales para la regulación de la actividad de sus agentes, llámense éstas normas, leyes, reglamentos u ordenanzas, puede derogarlas en todo instante, o tomar directamente a su cargo la resolución de los asuntos que esas normas entregan a estos”.¹⁴

Por tanto, la escribanía o notariado nacieron en una época en que aún no existía el Derecho administrativo, sino solo derecho privado y Derecho penal,¹⁵ con el advenimiento del Estado de Derecho, surge la burocracia y ciertos funcionarios públicos operan, bajo un régimen burocrático, las potestades de fe pública, es el caso de los secretarios judiciales y los empleados administrativos dotados de atribuciones para autenticar documentos

¹¹ *Ibidem*, p. 252.

¹² *Ibidem*, p. 236.

¹³ Cfr. *Diccionario de la lengua española*, Real Academia Española, voz «gracia», consultado en: <<http://dle.rae.es/?id=JOCFpLb>>.

¹⁴ CIMMA SILVA, Enrique, *Derecho Administrativo Chileno y Comparado. Introducción y fuentes*, 4ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1992, p. 22.

¹⁵ *Idem*.

expedidos por el gobierno. No obstante, el escribano o notario no fue sometido a la transformación burocrática radical que tuvieron el resto de las actividades públicas, su perfil, con modificaciones menores, ha permanecido casi sin cambios durante siglos.

La pregunta necesaria y evidente es por qué el notariado no sufrió reformas como el resto de las actividades jurídicas y la principal razón se encuentra en que, se reconozca o no, la configuración del Derecho administrativo clásico tuvo causas ideológicas: la desconfianza en los jueces del Antiguo Régimen propició que el Consejo de Estado (un órgano de la Administración) juzgara al mismo Ejecutivo al que pertenecía; esa misma suspicacia hizo que la interpretación de la ley se hiciera en sede legislativa a través de un «Tribunal de Casación» que terminó pasando al Poder Judicial como Corte de Casación hasta 1837¹⁶ (paradójicamente, como cúspide de la Judicatura francesa¹⁷); por esa mismo reconcomio revolucionario, la mayoría de las funciones gubernamentales conferidas por gracia fueron suprimidas y sustituidas por un sistema de funciones públicas ejercidas por empleados de gobierno. Aunque parezca obvio, debe subrayarse que los escribanos y notarios no padecían esa desconfianza pública, por ello no fueron tocados por el Nuevo Régimen.

Retomando a Weber, en *Economía y Sociedad* explica que,

después de la declinación del Imperio romano subsistieron en Italia los notarios como única capa dentro de la cual pervivían y podían modificarse las tradiciones de un derecho mercantil desarrollado (...) Los notarios constituían en Italia una de las capas de mayor influencia en el desarrollo del derecho. Sin duda, fue la que tuvo

¹⁶ Cfr. FIX-ZAMUDIO, Héctor y VALENCIA CARMONA, Salvador, *Derecho Constitucional Mexicano y Comparado*, 8ª ed., México, Porrúa, 2012, p. 154.

¹⁷ *Idem*. Al respecto, FIX-ZAMUDIO, Héctor y VALENCIA CARMONA, Salvador refieren a CALAMANDREI, Piero, *La casación civil*, trad. de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica, vol. 2, 1961, 126 y ss.

mayor importancia hasta que se desarrolló el estamento de los jueces doctos.¹⁸

Esta situación italiana fue común al resto de Europa y la América adscrita a la familia jurídica del Civil Law. En Nueva España y México independiente, la escribanía y notariado eran equivalente a sapiencia jurídica y confianza: los procesos de renacimiento independentista no impactaron a los fedatarios, de hecho, una de las pocas profesiones que mantuvieron esa consideración social, a pesar de las invasiones extranjeras y guerras civiles en México, fue la notarial. Con el advenimiento del régimen liberal, el presidente Benito Juárez promulgó la Ley Orgánica de Notarios y Actuarios del Distrito Federal, el 29 de noviembre de 1867, si bien la primera ley orgánica notarial en México fue expedida por el Emperador Maximiliano, el 10 de abril de 1864.¹⁹ Una de las evidencias de las escasas transformaciones del notariado, como resultado del Estado de Derecho, fue que ambas leyes “terminaron con la venta de notarías”,²⁰ una de las notas características de los modelos pre modernos de organización jurídica, como ya fue relatado en los anteriores párrafos.

¹⁸ Cfr. WEBER, Max. *Economía y Sociedad*, 9ª ed., ed. de Francisco Gil Villegas M. FCE, 2014, pp. 843-844.

¹⁹ Vid. PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Bernardo. “Evolución del notariado mexicano”, en SÁNCHEZ BARROSO, José Antonio (coord.), *Cien años de derecho civil en México 1910-2010*. Conferencias en homenaje a la Universidad Nacional Autónoma de México por su centenario, México, Colegio de profesores de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la UNAM, 2011, p. 217. Consultado en: <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3834/19.pdf>>.

²⁰ *Idem*.

III. EL ARTÍCULO 121 CONSTITUCIONAL Y SUS PRECEDENTES

Como dice el Maestro don Luis Carral y de Teresa:²¹ “En el caso de la fé pública no estamos en presencia de un acto subjetivo, sino de afirmaciones que objetivamente estamos obligados a aceptar como verdaderos los miembros de la sociedad civil”.

Pero es en la Constitución de 1917 donde se establece el reconocimiento de la Delegación por parte del Estado, al Notario Público de la fé pública, en su artículo 121, por lo que antes de ver el texto actual, transcribiremos los antecedentes históricos de éste artículo desde la primera constitución del México independiente hasta la vigente de 1917.²²

Primer antecedente

Artículo 145 de la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos, sancionada por el Congreso General Constituyente el 4 de octubre de 1824: “En cada uno de los Estados de la federación se prestará entera fe y crédito a los actos, registros y procedimientos de los jueces y demás autoridades de los otros Estados. El Congreso general uniformará las leyes, según las que deberán probarse dichos actos, registros y procedimientos”.

Segundo antecedente

Artículo 133 del Primer Proyecto de Constitución Política de la República Mexicana, fechado en la ciudad de México el 25 de agosto de 1842: “En cada uno de los Departamentos se prestará entera fé y crédito a los actos, registros y procedimientos de los jueces y autoridades de los otros Departamentos”.

²¹ CARRAL Y DE TERESA, Luis, *Derecho Notarial y Derecho Registral*, México, Editorial Libros de México, 1965, p. 52.

²² *Los derechos del pueblo mexicano*, Manuel Porrúa, 1978, t. VIII, *passim*

Tercer antecedente

Artículo 25, fracción IV, del Voto Particular de la Minoría de la Comisión Constituyente de 1842, fechado en la misma ciudad de México el 26 de agosto del mismo año: “Son obligaciones de los Estados: IV. Observar estrictamente el principio de que en cada Estado de prestarse entera fé y crédito a todos los actos públicos de las autoridades de los demás (...)”

Cuarto antecedente

Artículo 100 del Segundo Proyecto de Constitución Política de la República Mexicana, fechado en la ciudad de México el 2 de noviembre de 1842: “Son obligaciones comunes a cada uno de los Departamentos (...) observar estrictamente el principio de que en cada Departamento debe presentarse entera fé y crédito a todos los actos públicos de las autoridades de los demás”.

Quinto antecedente

Artículo 115 del Proyecto de Constitución Política de la República Mexicana, fechado en la ciudad de México el 16 de junio de 1856: “En cada Estado de la Federación se dará entera fé y crédito a los actos públicos, registros y procedimientos judiciales de todos los otros. El congreso puede, por medio de leyes generales, prescribir la manera de probar dichos actos, registros y procedimientos, y el efecto de ellos”.

Sexto antecedente

Mensaje y Proyecto de Constitución de Venustiano Carranza, fechados en la ciudad de Querétaro el 1º de diciembre de 1916: Artículo 121 del Proyecto:

En cada Estado de la Federación se dará entera fé y crédito a los actos públicos, registros y procedimientos judiciales de todos los otros. El

Congreso de la Unión, por medio de leyes generales, prescribirá la manera de probar dichos actos, registros y procedimientos judiciales de todos los otros. El Congreso de la Unión, por medio de leyes generales, prescribirá la manera de probar dichos actos, registros y procedimientos y el efecto de ellos, sujetándose a las bases siguientes:

I. Las leyes de un Estado sólo tendrán efecto en su propio territorio y, por consiguiente, no podrán ser obligatorias fuera de él;

II. Los bienes muebles e inmuebles se regirán por la ley del lugar de su ubicación;

III. Las sentencias pronunciadas por los tribunales de un Estado sobre derechos reales o bienes inmuebles ubicados en otro Estado, sólo tendrán fuerza ejecutoria en éste, cuando así lo dispongan sus propias leyes.

Las sentencias sobre derechos personales sólo serán ejecutadas en otro Estado cuando la persona condenada se haya sometido expresamente o por razón de domicilio a la justicia que las pronunció, y siempre que haya sido citada personalmente para ocurrir al juicio;

IV. Los actos del estado civil ajustados a las leyes de un Estado, tendrán validez en los otros;

V. Los títulos profesionales expedidos por las autoridades de un Estado con sujeción a sus leyes, serán respetados en los otros.²³

Séptimo antecedente

Artículo 115 de la Constitución Política de la República Mexicana, sancionada por el Congreso General Constituyente el 5 de febrero de 1857: Este artículo adoptó en su integridad el texto del 115 del Proyecto de Constitución Política de la República Mexicana de 1856.

Como podemos ver, desde la primera Constitución hasta la vigente, el texto del ahora artículo 121 ha sido casi idéntico desde la primera Constitución hasta la que nos rige en México Independiente.

²³ *Los derechos del pueblo mexicano*, Manuel Porrúa, 1978, t. VIII, passim.

IV. LA FE PÚBLICA Y EL NOTARIO

Encontramos así que la raíz jurídica de la fé pública está en los artículos 121 y 124 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917,²⁴ mismos de donde se deduce que la materia notarial es del ámbito estatal, es decir, que se regulará por los estados la fé pública en base a su propia legislación como en la actualidad existen leyes del notariado en cada uno de los estados que integran la federación y en donde cada uno de ellos le otorga validez y eficacia a los actos jurídicos en ellos otorgados y que tienen validez en las demás entidades federativas.

Así pues, la expresión fé pública no es más que una especificación adjetiva del sustantivo fé, el cual tiene varios sentidos que corresponden a esos mismos en que puede entenderse la fé, dice por ejemplo Fernández Casado en su tratado,²⁵ “que el que tiene fé, tiene una creencia, una convicción, una persuasión, una certeza, una seguridad o una confianza”. Entre todas estas fórmulas no carentes de matices diferenciales hay una virtual sinonimia: “Relación de verdad entre el hecho y el dicho”,²⁶ así Don Froylán Bañuelos Sánchez dice: “más la fé —creencia, seguridad, confianza— puede considerarse de un modo individual, por lo tanto referido al hombre aislado o puede entenderse en un aspecto o punto de vista social o colectivo referido a la totalidad o a la mayoría de los súbditos en un determinado grupo social. La fé individual depende de cada sujeto, se forma en nosotros mismos y llegamos a ella o bien, por un proceso intelectual fundado en hechos relacionados por nuestra razón, o bien por este mismo método racional apoyado y robustecido por la gracia so-

²⁴ Artículo 124. “Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios Federales, se entienden reservadas a los Estados”.

²⁵ FERNÁNDEZ CASADO, Miguel, *Tratado de Derecho Notarial*, t. 1, p. 142.

²⁶ *Idem.*

brenatural, conocida como fe religiosa”.²⁷

Pero al referirnos al punto de vista social o colectivo, hablamos de la fe pública, no puede llegarse a una convicción o creencia común por una suma de procesos intelectuales; entonces ese sentimiento o creer colectivo o social que no necesariamente debe ser unánime, da lugar a la excepción común de la fe pública y siguiendo al mismo autor de Derecho notarial don Froylán Bañuelos Sánchez, se dice de una sociedad que cree o no cree en un sistema orgánico-político, hablándose sin metáfora de la fe en los destinos de un país en el triunfo de un ejército o en las virtudes de un héroe o de un santo, y estoy de acuerdo con el autor al decir que ésta acepción de la idea de fe pública no coincide con el sentido jurídico que la expresión tiene, ya que 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 o coacción que nos obliga a tener por ciertos determinados hechos o acontecimientos sin que podamos decidir autónomamente, sobre su objetiva verdad cada uno de los que formamos el ente social.²⁸

Pero veamos definiciones de algunos tratadistas de Derecho notarial que consigna el propio Froylán Bañuelos Sánchez. Gonzalo de las Casas dice que la fe pública es: “presunción legal de veracidad respecto a ciertos funcionarios a quienes la ley reconoce como probos y verdaderos, facultándoles para darle a los hechos y convenciones que pasan entre los ciudadanos”; Morón Liminiana señala: “como ideas que forman el concepto puramente intelectual de la fe pública las de testimonio, solemnidad y presunción legal de veracidad”. Y añade: “la fe pública se llama también al efecto de estas causas producidas en la mente de los

²⁷ BAÑUELOS SÁNCHEZ, Froylán, *Derecho Notarial*, México, Cárdenas Editor y Distribuidor, 1977, passim.

²⁸ Cfr. *Idem*.

que creen en virtud de ellas”. Así pues el concepto jurídico de fe pública no será la condición o creencia del espíritu en lo que no se ve, sino la necesidad de carácter jurídico que nos obliga a estimar como auténticos e indiscutibles los hechos o actos sometidos a su amparo, queramos o no queramos creer en ellos. Y siguiendo al autor, la potestad de atestiguar solemnemente no puede encomendarse de modo habitual a cualquier persona privada, sin una especial investidura previa, debe ser exclusiva de los funcionarios o autoridades a quienes el estado le encomienda. Mengual dice que la fe pública: “Es el sentimiento que con carácter de verdad y certeza, prestamos a lo que manifestando por aquellos a quienes el poder público revista de autoridad asignándoles una función”. Afirmando también que “El fundamento de la fe pública se halla en la necesidad que tiene la sociedad para su estabilidad y armonía, 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 todo y contra todos cuando aquellas relaciones jurídicas entran de la vida del derecho en su estado normal”.²⁹

Por ser la realización del derecho uno de los fines fundamentales del estado, es precisamente al estado a quien compete la reglamentación de las diversas funciones que pueden distinguirse en el amplio concepto de la fe pública, así existe la fe pública administrativa, la fe pública judicial, la fe pública extrajudicial, o sea la fe pública notarial, puesto que como todos sabemos hay un sinnúmero de actos humanos cuya finalidad es la constitución, modificación o extinción de relaciones jurídicas y por ende derechos patrimoniales de carácter privado, así la fe pública notarial está legitimada a través de la amplia legislación notarial, existiendo también la fe pública registral. Debemos entender que la fe pública notarial cumple una labor preventiva que

²⁹ MENGUAL, Tratado, México, Imprenta De Galván a cargo de Mariano Arévalo, t. II, vol. II, 1837, p. 106.

ayuda a la profilaxis jurídica, por eso la frase de Costa: “notaría abierta, juzgado cerrado, en otras palabras el número de sentencias ha de estar en razón inversa al número de escrituras”.

Siguiendo al Escribano Instruido,³⁰ en donde en su Tomo I nos define al Escribano: “Tanto quiere decir, como oficial o secretario público destinado a redactar cuanto pasa en el juicio, y autorizar las escrituras de los actos y contratos que celebran entre particulares”, y según la Ley de Partida³¹, el Escribano es: “home, que es sabidor de escribir”; y el señor Gregorio López³² añade: “y que tiene autoridad pública porque está constituido por el que tiene potestad”. Su origen entre los griegos, latinos y hebreos es tan antiguo que de ellos hacen mención Plutarco, Cicerón y Esdras en sus escritos, diciendo que los Escribanos tenían el segundo lugar después de las personas de los reyes y se vestían de sus colores, lo que no era permitido a otro alguno.

Sigue el texto del Escribano Instruido; “el Escribano cumple con dar fe de que así lo otorgan, y ellos han de ver lo que hacen, o aconsejarse del letrado que los dirijan y se entiende por fe en este arte, la interposición que hace el Escribano por autoridad de su oficio para que el acto en que se asienta y que ha intervenido se tenga por cierto, firme, verdadero y constante, así en juicio, como fuera de él”.³³

La Fe pública es la garantía que otorga el Estado de que determinados hechos que interesan al Derecho son ciertos. Estos son de varias clases:

Primero.- Las normas jurídicas o actos creadores del Derecho.

Segundo.- Las resoluciones mediante las cuales el Poder público somete un hecho determinado a la norma jurídica general.

³⁰ *Idem.*

³¹ Ley I, Tit. 19. Part. 3.

³² LÓPEZ, Gregorio, cap. II, *passim*.

³³ Glosa I, car. R. Sit., part. I, cap. I, *passim*.

Tercero.- Los actos de ejecución del Derecho estatuido en las normas o declarado en las resoluciones, y

Cuarto.- Los hechos previstos en la norma jurídica general y de los cuales derivan derechos, obligaciones y sanciones.

Los hechos a que se hace referencia en 1º, 2º, y 3º lugar —actos de normación, jurisdicción y ejecución— son objeto en su caso de la fe pública legislativa, judicial y administrativa. Los indicados en 4º lugar, en los casos que se examinarán, lo son de la fe pública notarial.³⁴

Mediante la fe pública se impone coactivamente a todos la certidumbre de los hechos objeto de la misma.

Ello se consigue dotando a los documentos donde constan, de determinados requisitos que aseguren su autenticidad y que vienen a constituir como el sello de la autoridad pública. Así, el contraste realizado por el Estado asegura para siempre, con exclusión de ulterior comprobación, con la misma eficacia que el cuño a la moneda, la veracidad de los hechos que se sujetan a la fe pública en cualquiera de sus manifestaciones. El resultado práctico más trascendente de la fe pública en este sentido consiste en facilitar y garantizar el comercio jurídico.

La fe pública en su histórico y lógico desenvolvimiento, no sólo constituye una garantía de certeza de los hechos, sí no también de su valor legal. Al llegar a este estadio se ofrece como una institución de carácter adjetivo mediante la cual se asegura la regularidad en el proceso de producción y aplicación del Derecho.

Los actos públicos llevan generalmente consigo la garantía de su propia certidumbre y legalidad, cosa que no ocurre en asuntos privados. De ahí que adquiera mayor amplitud la fe pública en los actos privados, los cuales constituyen la zona de actuación más apropiada a la fe notarial. Por ello, la fe pública por antonomasia es la notarial; y es también la que ha llegado a

³⁴ Cfr. SANAHUJA Y SOLER, José Ma., t. I., cap. I.

un grado de desarrollo suficiente para constituir una disciplina especial.³⁵

La fe notarial se halla vinculada a la estructura lógica que adoptan determinados preceptos jurídicos: aquéllos que confieren derechos.

La fe notarial obedece, pues, a la necesidad general de toda prueba. Si el Derecho objetivo se formula de una manera abstracta y condicional, forzosamente la aplicación del propio Derecho requiere la prueba del hecho presupuesto como antecedente de la consecuencia prevista.

Ahora bien, la fe notarial satisface de una manera especialmente eficaz dicha necesidad, porque se halla a cargo de profesionales del derecho que actúan en el instante en que el hecho se produce y pueden constituir un equivalente sensible que sea trasunto fiel del mismo, a diferencia de la prueba en general que trata de comprobar el hecho, naturalmente una vez realizado.

Queda con esto acotado el campo de la fe pública notarial, más que por razones de orden normativo, de orden general humano. En primer término, la función notarial no opera en principio sobre el Derecho (derecho objetivo), sino sobre el hecho. En segundo lugar, no opera sobre cualquiera especie de hechos, sino sobre aquéllos que originan derechos subjetivos, no sobre aquéllos que engendran principalmente sanciones u obligaciones.

Lo primero constituye la línea divisoria entre la fe notarial, de un lado, y la restante fe pública, de otro, en cuanto ésta se dirige a autenticar disposiciones, acuerdos y resoluciones de las respectivas autoridades y actuaciones encaminadas a que se dicten.³⁶

Lo segundo traza otra línea divisoria: separa la prueba pre-

³⁵ Cfr. *Idem.*

³⁶ Cfr. *Idem.*

constituída notarial de la prueba judicial y de las operaciones de documentación y registro de los organismos administrativos.

Toda relación jurídica es inescindible, y si se la dota de fuerza auténtica, ésta irradia por natural a los dos aspectos de aquélla. Sería inconcebible que el notario no pudiera dar fe de haberse otorgado un testamento y sí únicamente de que un individuo le ha hecho una manifestaciones que por de pronto quedarían sin sentido. Lo que hay es que desde el momento en que la fe notarial, la función de autenticar, se extiende al nexo jurídico ya no es simplemente autenticación, porque ésta hace referencia a algo que realmente existe, y en el caso en cuestión se afirma, se certifica, que ese algo tiene validez en Derecho. Se emite, pues, un juicio de valor, que no encaja en el puro concepto de autenticidad, sino que es un aditamento, sin duda ineludible del mismo. Autenticar un contrato no es autenticar un hecho cualquiera del mundo exterior, sino que es declarar por modo oficial y público la validez de ese contrato (un contrato es válido o no es), es decir, es subsumirlo dentro de la proposición general establecida en la norma jurídica.³⁷

La fe notarial en los distintos grados de su desenvolvimiento tiene una clara finalidad: se encamina a evitar cuestiones litigiosas.

Los particulares acuden al notario para que les arregle bien sus asuntos y no surjan dudas ni dificultades en la interpretación y aplicación de los negocios jurídicos. Las cuestiones sobre incertidumbre del hecho quedan eliminadas dotando al documento de tal fuerza probatoria que permita rechazar sin riesgo cualquier ataque a su autenticidad.

La función notarial viene a ser, en este sentido, una función preventiva o de higiene jurídica que persigue la invulnerabilidad de los derechos, es decir, su desenvolvimiento normal.

³⁷ Cfr. *Idem*.

Los diferentes aspectos de la función notarial poseen una cierta independencia, y su estudio sería muy deficiente sino se trataran separadamente como otras tantas ideas fundamentales del Derecho notarial.

V. LA FUNCIÓN NOTARIAL EN EL DERECHO ACTUAL

Si la escribanía no fue modificada en su sustancia con el advenimiento del Estado de Derecho y el Derecho administrativo, ¿en qué figura jurídica se le puede encuadrar actualmente? No basta con señalar que, históricamente, mantiene la mayoría de los rasgos de los últimos tres mil años de occidente, resulta necesario observarla a la luz del sistema de competencias administrativas.

Si se acepta la clásica división tripartita de la actividad estatal (policía como control del ejercicio de derechos individuales, servicio como prestación de actividades propias del Estado y fomento como construcción de incentivos que orientan la actividad particular), resulta claro que dar autenticidad a actos y hechos no es policía ni fomento, ya que ni restringe el ejercicio de derechos por razones de orden público ni motiva acciones particulares mediante alicientes. De hecho, decir que algo es verdadero es una función del poder público y, en el caso de prestarse para dar certeza a actos de particulares, es un servicio. Dado que el notario no es burócrata, ya que no recibe sueldo público ni sus insumos y oficinas son costeados por el Estado, estamos en presencia de un particular que presta un servicio público, por lo que su fiat es, a la luz del Derecho administrativo, una forma especial de concesión de servicio público, asignado como consecuencia de un concurso de competencia, experiencias y aptitudes en una actividad jurídica especializada.

Esta actividad administrativa certificatoria no excluye las directamente prestadas por empleados públicos, como son las de

carácter registral, catastral o de constancia en juicios, pero que son competencias diversas a la clásica de autorizar las escrituras de los actos y contratos que se celebran entre particulares, al dar fe de lo celebrado y así autenticarlos.

El tránsito de la concesión de la gracia a la del servicio concesionado de certificación es una evidencia puntual de que la patente notarial, regulada bajo criterios arbitrarios en el régimen de policía, se adaptó propiamente al Estado de Derecho y ahora cuenta con requisitos de estabilidad y profesionalismo que no dependen de la buena fe o intención de los gobernantes, sino de un modelo jurídico que ha conciliado el principio de legalidad administrativa con la tradición milenaria de un gremio de letrados que otorgan confianza a las transacciones jurídicas.

Al tenor de lo expresado en los párrafos previos, el notariado es un tesoro de la tradición jurídica occidental, una institución cuyos orígenes se remontan a las primeras manifestaciones de escritura, que ha transitado por imperios antiguos, la Edad Media, la Edad Moderna, las revoluciones liberales y el Estado de Derecho de la Edad Contemporánea y que, con garbo y gallardía, ha logrado adaptarse a los principios de un modelo que ya no depende de la gracia arbitraria del gobernante, sino del Imperio de la Ley al que debe someterse toda autoridad.

Desde el punto de vista de la Historia del Derecho, las adaptaciones de la función notarial revelan que las grandes transformaciones jurídicas no deben necesariamente hacerse desde la tabla rasa, sino que es posible mantener lo más valioso de cada era jurídica y darle su espacio en el modelo vigente. Ante la burocratización creciente que describe Max Weber, el notariado confirma el principio de subsidiariedad que informa a las mejores tradiciones liberales, aquellas que no confunden estatización con progreso y que valoran la confianza como eje de la prosperidad de las naciones. De ahí que otra de las finalidades de la fe notarial y por tanto de su propia función, consiste no ya sola-

mente en asegurar la vida sana y robusta de los derechos, sino en darles vida mediante la forma, esto pues, prestarles previamente condiciones de existencia aplicando aquel viejo principio aristotélico: *forma dat esse rei*.³⁸

La esencia de la función notarial es sin duda la facultad de autenticar o dar fe,³⁹ y siguiéndola transcribiremos la opinión de un antiguo Tratadista de Derecho Notarial, el Escribano del Colegio de Valencia, España, Don Juan José Sánchez, que en 1794 escribía: “La principal cualidad o acto que constituye a este empleo (el de oficio de Escribano público) es la autoridad que interpone la persona que le ejerce a favor de cualquiera instrumento o documento que pasa ante él, para que haga y conste en todo de su certeza”.

³⁸ Cfr. SANAHUJA Y SOLER, José Ma., t. I., cap. I.

³⁹ Cfr. CASTAN TOBEÑAS, José, *La Función Notarial y elaboración notarial del Derecho*, Madrid, Instituto Editorial Reus, 1946, p. 41.

