

LUIS ARTURO AGUILAR BASURTO

LA FUNCIÓN NOTARIAL
Antecedentes, naturaleza
y nuevas tendencias

LUIS ARTURO AGUILAR BASURTO

LA FUNCIÓN NOTARIAL

Antecedentes, naturaleza
y nuevas tendencias



© Luis Arturo Aguilar Basurto

© Ubijus Editorial, S.A. de C.V.
Begonias 6-A, Col. Clavería, C.P. 02080
Del. Azcapotzalco, México, D.F.
www.ubijus.com
ubijus@gmail.com
(55) 44304427

ISBN: 978-607-9389-20-8

Reservados todos los derechos. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico ni mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación, sin permiso expreso del editor.

© UBIJUS Editorial

Contenido

<i>Abreviaturas</i>	15
<i>Introducción</i>	19
<i>Capítulo I. Antecedentes de la función notarial</i>	25
Antecedentes remotos. Babilonia, Pueblo Hebreo, Egipto, Grecia	25
Derecho Romano.....	29
Edad Media. Desarrollo del comercio. Escuela científica de Bolonia. Glosadores y comentadores	32
España. Antecedentes. Siglo XIII. Las siete partidas. Etapa posterior a las siete partidas hasta la ley orgánica del notariado de 28 de mayo de 1862	37
Francia. Ley del notariado del 25 ventoso del año 11 (marzo de 1803)	43
México precolombino.....	44
Época colonial. La Nueva España y el Derecho indiano	45
México independiente.....	50
Antecedentes Legislativos en el Distrito Federal.....	51
Antecedentes Legislativos en el Estado de México	52

<i>Capítulo II. Derecho y función notarial</i>	67
El Derecho Notarial como función de seguridad	
jurídica preventiva	67
Justicia y seguridad jurídica.....	72
La cuestión en Grecia.....	73
La cuestión en Roma.....	74
La cuestión en la Edad Media.....	77
La Edad Moderna. Nicolás Maquiavelo.	
Thomas Hobbes. El siglo XVIII, los filósofos	
de la ilustración y los enciclopedistas.	
La Revolución francesa	79
Radbruch y la teoría de la seguridad jurídica.	
Recasens Siches. Jusnaturalismo y positivismo.....	83
Seguridad jurídica y Estado de Derecho.	
Jellinek. Heller, La seguridad ¿principio	
o valor? Dworkin. Manuel Atienza	88
Mezquita del Cacho y el Sistema de Derecho Cautelar.	
Kelsen, Santi Romano, Hart y Bobbio	94
El Derecho y la seguridad jurídica	104
Seguridad jurídica estática y Seguridad dinámica	
o del tráfico	106
Seguridad jurídica reparadora	
y Seguridad jurídica preventiva o cautelar	109
Seguridad por el Derecho y Seguridad en el Derecho	110
Características de la función notarial.....	112
Garantir la seguridad preventiva.....	113
Carácter institucional.....	113
Carácter aplicativo	119
Carácter público y privado de manera inescindible	120
Carácter formal	129
Genera responsabilidad legal	
en caso de ejercicio indebido	137
Principios de la función notarial en su ejercicio	140
Conclusión	159

Contenido

<i>Capítulo III. Control de la legalidad y fe pública.....</i>	161
Fundamento constitucional. España, México.	
La función notarial y la fe pública.	
Los corredores públicos.....	161
Control notarial de la legalidad. La cuestión en España.	
Control notarial, control registral	
y control jurisdiccional	175
El control de la legalidad notarial en el Estado de México...	188
Estructura formal de la Escritura Pública	189
Valor del documento público; sus diferencias	
con el documento privado	203
<i>Capítulo IV. Nuevas tendencias de la función notarial.....</i>	213
Materia cautelar	213
Competencia notarial en el Estado de México	221
El notario y los medios alternativos de resolución	
de conflictos, como la mediación o el arbitraje.	
El arbitraje. Características. Ventajas. Antecedentes	224
El arbitraje en España	229
El arbitraje en México	231
Los notarios y el arbitraje o la mediación.	
El caso del Estado de México	235
Valor económico de la función notarial. El Sistema Jurídico	
Romano Germánico y el Sistema del <i>Common Law</i>	238
Los informes Doing Business	240
La visión economista del Derecho.	
El contrato de seguro y el notario latino.....	244
Titulación masiva	254
La intervención del notario en la lucha contra	
el lavado de dinero.....	270
El lavado de dinero	270
La Organización de las Naciones Unidas	
y la lucha contra el lavado de dinero	277
El Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI).....	283

Los notarios y su participación en la lucha contra el blanqueo de capitales. La normativa comunitaria Europea. La situación en los países de la ANME (<i>Association des Notaires des Métropoles Européennes</i>). La situación en España.....	291
La lucha contra el lavado de dinero en México	315
La función notarial en la sociedad de la información. Antecedentes. La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, CNUDMI (UNCITRAL por sus siglas en inglés)	331
La situación en España y en México.....	339
El notario ante los medios electrónicos.....	354
<i>Conclusiones</i>	363
<i>Bibliografía</i>	369

Estos consejeros desinteresados, estos redactores imparciales, esa especie de jueces voluntarios que obligan irrevocablemente a las partes contratantes son los Notarios: Esta institución es el Notariado...

*Ley del Notariado del 25 ventoso
del año 11 (marzo de 1803).*

Son los valores fríos — el ejercicio del voto, las garantías jurídicas formales, la observación de las leyes y de las reglas, los principios lógicos — los que les permitirán a los hombres de carne y hueso cultivar personalmente sus propios valores y sentimientos cálidos, los afectos, el amor, la amistad, las pasiones y las predilecciones de todo tipo.

Claudio Magris.

El número de sentencias ha de estar en razón inversa del número de escrituras: teóricamente, Notaria abierta, Juzgado cerrado.

Joaquín Costa.

Agradezco profundamente al Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey, Campus Estado de México y a la Universidad de Salamanca, España, por el esfuerzo realizado en el Programa de Doctorado “Las Nuevas Tendencias del Derecho Privado”, dentro del cual se elaboró el presente trabajo.

Asimismo, expreso mi agradecimiento a todos los profesores de la Universidad de Salamanca que en reiteradas ocasiones viajaron a la Ciudad de México para ofrecernos clases presenciales dentro de los estudios del doctorado.

En particular, agradezco al Dr. Eugenio Llamas Pombo, Director del Doctorado, por su dedicación para alcanzar los fines que lo motivaron y a la Dra. Esther Torrelles Torrea sin cuya dirección y asesoramiento no hubiese sido posible la culminación de este trabajo.

Abreviaturas

AAA	American Arbitration Association
ADR	Alternative Dispute Resolution
AMIPCI	Asociación Mexicana de Internet
ANME	Association des Notaires des Métropoles Européennes
ARPA	Advanced Research Project Agency
ARPAnet	Advanced Research Project Agency Network
BERI	Business Environment Risk Intelligence
B.O.E	Boletín Oficial del Estado
B.T.E	Bibliothékaí Tón Enktéseon
CC	Código Civil
CCEM	Código Civil para el Estado de México
CFF	Código Fiscal de la Federación
CFPC	Código Federal de Procedimientos Civiles
CNUDMI	Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional
COFOPRI	Organismo de Formalización de la Propiedad Informal
CPCEM	Código de Procedimientos Civiles para el Estado de México

CPF	Código Penal Federal
CRR	Country Risk Review
CTIF	Célula de Tratamiento de Información Financiera
DGRN	Dirección General de Registros y del Notariado (España)
DIP	Derecho Internacional Privado
EII	Euromoney Institutional Investor
EIU	The Economist Intelligence Unit
FONHAPO	Fideicomiso Fondo Nacional de Habitaciones Populares
FOVI	Fondo de Operación y Financiamiento Bancario a la Vivienda
FOVIMI	Fondo de la Vivienda Militar del Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas
FOVISSSTE	Fondo de la Vivienda del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales del Estado
GAFI	Grupo de Acción Financiera Internacional contra el lavado de dinero
GAFIC	Grupo de Acción Financiera del Caribe
GAFISUD	Grupo de Acción Financiera de Sudamérica
ICRG	Internacional Country Risk Guide
INFONAVIT	Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores
ISSFAM	Instituto de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas de México
ISSSTE	Instituto de Seguridad y Servicios Sociales para los Trabajadores del Estado
LAP	Ley de Arbitraje de Derecho Privado (España)
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil (España)
LFDO	Ley Federal contra la Delincuencia Organizada

Abreviaturas

LN	Ley del Notariado (España)
LNDF	Ley del Notariado del Distrito Federal
LNEM	Ley del Notariado del Estado de México
NCCT	Non-Cooperative Country or Territory
NSF	National Science Foundation
NSFNET	National Science Foundation's Network
OCDE	Organisation for Economic Co-operation and Development
OCP	Órgano Central de Prevención
OHADA	Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires
ONU	Organización de las Naciones Unidas
PIB	Producto Interno Bruto
PGR	Procuraduría General de la República
PTNC	Países y Territorios No Cooperantes
PwC	PricewaterhouseCoopers
RD	Real Decreto (España)
RN	Reglamento Notarial (España)
SHCP	Secretaría de Hacienda y Crédito Público
SEITS	Sistema Electrónico de Información, Trámites y Servicios del Estado de México
SEPBLAC	Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias (España)
SHF	Sociedad Hipotecaria Federal
SIEDO	Subprocuraduría de Investigación Especial de la Delincuencia Organizada
TLC	Tratado de Libre Comercio
TLCAN	Tratado de Libre Comercio América del Norte

TRACFIN	Tratamiento de la Información y Acción contra los Circuitos Financieros Clandestinos
TS	Tribunal Supremo (España)
TTP	Trust Third Party
UIF	Unidad de Inteligencia Financiera
UINL	Unión Internacional del Notariado Latino
UNCITRAL	United Nations Commission for the Unification of International Trade Law
UNIDROIT	Unificación del Derecho Privado
PO	Vivienda de Protección Oficial
www	World Wide Web

Introducción

El mundo globalizado moderno ha generado una gran tensión entre dos sistemas jurídicos incompatibles: el Sistema Jurídico Romano Germánico y el *common law*. En medio de esta tensión se encuentra el notario público. El *common law* o Sistema Anglosajón no conoce la figura del notario; el *notary* anglosajón sólo es un testigo de la firma de un documento que no requiere de conocimientos jurídicos. El notario público o notario latino, es un jurista que ejerce sobre los actos que autoriza un control de la legalidad, con la finalidad de garantizar la seguridad jurídica preventiva o cautelar en las relaciones *jusprivatistas*. El notario latino produce un documento público (categoría desconocida en el Derecho anglosajón), dotado de fe pública, que le confiere valor probatorio pleno.

Desde el Banco Mundial, a través de los llamados *informes Doing Business*, y otras instituciones de carácter privado, se pretende imponer un *colonialismo jurídico* y abolir instituciones propias del sistema latino, como el notario, argumentando que representan una carga económica inútil, que sólo obstruyen, retardan y encarecen la realización de negocios.

El notario, cuyas raíces se remontan al Derecho romano, se consolidó, finalmente, como un elemento *sine qua non*, del Sistema Jurídico Romano Germánico. Por ello, la permanencia del notario en nuestro sistema jurídico, es mucho más que solamente preservar una figura jurídica. Es, en realidad, preservar la existencia misma del sistema. La función del notario, en tanto que creador del documento público, es el *gozne* que articula las diversas maneras de producirse las relaciones de Derecho privado, en el sistema latino. Si

el notario desaparece, desaparece el documento público, lo que nos asimilaría al sistema anglosajón y, a la larga, llevaría a la desaparición del sistema latino. Defender la figura del notario es preservar la tradición jurídica-romano germánica que prevalece en la Europa Continental, América Latina y algunos países de África y Asia.

Analizar de manera integral la *función notarial* entendida como la actividad que realiza el notario latino, y señalar cuáles son las nuevas tendencias y retos que, de cara al siglo XXI enfrenta, es el propósito del presente trabajo, que aspira a poner en claro la relevancia y trascendencia que la función tiene como garante de la seguridad jurídica cautelar.

El trabajo se divide en cuatro capítulos:

En el capítulo primero se hace un seguimiento del camino que en su formación ha seguido la función notarial desde los primeros signos, marcas o señales que se usaron, en la antigua Babilonia, para dejar constancia de que se había transmitido un inmueble, hasta la moderna escritura pública, destacando en este *iter*, entre otros pasos, el formidable avance que aportó el Derecho romano y sus diversas figuras, como la *mancipatio* y la *in iure cessio*, así como la relevante intervención de personajes que, como los tabeliones, redactaban los contratos supliendo, de esta forma, las limitaciones de los que no sabían leer ni escribir; el gran hito que representó, para la cultura de occidente, el descubrimiento del *Corpus Iuris Civilis* (el libro, escribe Alessandro Passerin d'Entreves, que después de la Biblia, ha dejado la impronta más profunda en la historia de la humanidad);¹ la Europa medieval con sus primeras universidades, Bolonia principalmente, y el trabajo de los glosadores y de los comentaristas, con juristas destacadísimos como los notarios Raniero de Perugia y Rolandino dei Passaggeri; (notarios-poetas les llama Claudio Magris),² que son precursores del notario moderno; Bartolo de Sassoferrato, Baldo De Ubaldi y otros hasta llegar, en España, a la Ley Orgánica del Notariado de 28 de mayo de 1862, la cual tuvo gran influencia en América Latina; se refiere, por último, la situación que prevaleció en la Nueva España con el derecho indiano; los primeros movimientos legislativos en el México independiente,

¹ Magris, Claudio, *Literatura y Derecho Ante la Ley*, Editorial Sexto Piso, Madrid, España, 2009, p. 39.

² *Ibidem*, p. 61.

para concluir con los antecedentes legislativos notariales tanto del Distrito Federal, cuanto los del Estado de México.

El capítulo segundo se dedica al estudio de la naturaleza de la función notarial: se refieren las primeras tesis que trataron de asimilarla a categorías ya conocidas, como la relación jurídica procesal o el acto administrativo, para dar paso a los modernos enfoques funcionalistas que ven, en la función notarial, una función pública y privada de manera inescindible, que tiene como fin salvaguardar la *seguridad jurídica preventiva*, parte relevante de la *seguridad jurídica general* que debe garantizar el Estado. Llegar a esta conclusión requiere acercarse al desarrollo de las ideas políticas y ver como la idea original de *justicia*, exaltada como fin fundamental de la organización política, se fue imbricando con la de *seguridad*, hasta quedar ésta, según algunas opiniones, incardinada en aquella.

La dogmática jurídica tradicional considera sólo dos ámbitos generales del Derecho respecto de las relaciones *jusprivatistas*. El Derecho sustantivo que regula las relaciones de Derecho privado (Derecho civil, Derecho mercantil) y el Derecho adjetivo o procesal que tiene por objeto dirimir las controversias que pudieran derivarse de esas relaciones. Sin embargo, es incuestionable que entre ellos existe todo un entramado jurídico, perfectamente identificado, integrado por un conjunto de normas, formas, instituciones, personas públicas y privadas, que obedece a principios claramente establecidos, que tiene como función primigenia garantizar la seguridad preventiva o cautelar, en las relaciones *jusprivatistas*. La existencia de este ámbito normativo (un rescate del *cavere*, que dijera los romanos) identificado por José Luis Mezquita del Cacho, le permitió construir un *Sistema de Derecho Cautelar*, basándose principalmente en las ideas de Santi Romano, H.L.A Hart y Norberto Bobbio, a las que precede, con gran influencia, la *Teoría Pura del Derecho* de Hans Kelsen. En opinión de Mezquita del Cacho, el Derecho notarial es, de suyo, parte integrante de este sistema. El presente trabajo comparte plenamente la tesis de Mezquita del Cacho y en congruencia conceptualiza al Derecho notarial como un Derecho cautelar, con las características y principios que en el propio capítulo se precisan.

El tercer capítulo aborda el tema esencial del control de la legalidad que ejerce el notario: para ello se parte del análisis del problema del fundamento constitucional de la función notarial. Mientras en España parece estar claro su fundamento constitucional, que se

encuentra en el artículo 9.3 que establece la garantía de seguridad jurídica, la cual es entendida por el Alto Tribunal Constitucional como *suma de principios, equilibrada de tal suerte que permita promover, en el orden jurídico la justicia y la igualdad en libertad*, en México, en cambio, por tratarse de una República federal integrada por una federación, entidades federativas y un Distrito Federal con régimen especial, la respuesta a esta cuestión no puede ser dada de una manera general.

En España, con motivo de las sentencias de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo se desató una polémica respecto a si el notario ejerce o no un control de la legalidad de las relaciones de Derecho privado. El esclarecimiento de esta cuestión resulta de la mayor importancia para el notariado latino, pues si el notario no ejerce un control de la legalidad de los actos en que interviene, su participación en ellos sería simplemente testimonial. Con ese motivo se analizan las diferencias entre la *autorización* que hace el notario, la *calificación* que realiza el Registro Público y la *sentencia* que, cuando hay controversia, dicta el juez y se llega a la convicción de que siendo en esencia distintas, todas inciden en la legalidad del acto jurídico sobre el cual recaen, por lo que representan, cada una a su manera, una forma de control de la legalidad.

Como decíamos en un principio, la función notarial se enfrenta hoy a diversas voces que no sólo censuran el trabajo del notario, sino que de plano postulan su desaparición en la vida de los negocios, por lo que en el capítulo cuarto se hace un estudio de las nuevas tendencias y retos del notariado en el arranque del siglo XXI. La función notarial es una institución básica para la seguridad jurídica en el Estado de Derecho. Sin embargo, la actividad del notario va más allá que solamente generar un documento auténtico: en primer lugar, las nuevas tendencias de la función notarial incluyen la participación del notario en todos los actos que tradicionalmente son conocidos como *jurisdicción voluntaria*. Este tema conlleva el estudio de la importantísima cuestión de cuál debe ser la competencia propia de la función notarial. En el XX Congreso Internacional de la Unión Internacional del Notariado Latino, celebrado en Cartagena de Indias, Colombia, en 1992, se recomendó para referirse a la competencia notarial la expresión de *asuntos no contenciosos*. En el presente trabajo se propone, para tal efecto, el concepto de *materia cautelar* por considerarse que es el que mejor refleja lo que hace el notario; en segundo lugar, se estudia la participación del notario en

los llamados medios alternativos de resolución de conflictos, como la *mediación* o el *arbitraje*; en tercer lugar, se pone especial énfasis en la aportación del notario al desarrollo económico de la comunidad. Sobre este tema es necesario insistir que la seguridad jurídica que ofrece la función notarial es un factor básico para el desarrollo económico, pues como se ha dicho <<*no hay comercio sin inversión, no hay inversión sin financiación y no hay financiación sin garantías*>>³ pero además, el influjo del notario en la vida económica se hace sentir en acciones como la *titulación masiva* y el combate al lavado de activos o lavado de dinero, combate en el que el notariado participa con profunda convicción; en cuarto lugar, se apunta el proceso de inserción plena del notariado en la *sociedad de la información*, para ponerlo al día en el desarrollo tecnológico. Adecuarse a los cambios, sin perder su sustancia es, posiblemente, el reto mayor que enfrenta el notariado. En el cumplimiento de sus responsabilidades, el notario no debe perder nunca de vista que “no es simplemente *un hombre de leyes*, sino que es, ante todo *el hombre de la ley*”.⁴

El presente estudio tiene como marco jurídico de referencia, principalmente, la legislación del Estado de México, porque está centrado a la función notarial en esta entidad, y se ha basado tanto en la doctrina mexicana como en la doctrina española, por lo que en muchos casos se ha establecido la concordancia de preceptos entre la legislación del Estado de México y la española. Es, por tanto, un modesto ejercicio de Derecho comparado que guarda la esperanza de poder contribuir, primero, al reconocimiento del valor que la seguridad jurídica notarial del Sistema Romano Germánico representa en las relaciones de derecho privado y, en general, para la vida de los negocios; en segundo término, siguiendo a Mezquita del Cacho, a la construcción de un sistema de Derecho cautelar del que la función notarial es parte fundamental y, por último, sumado a otros esfuerzos, que con mejores luces que las aquí manifestadas se realicen, a encauzar la función notarial en el Estado de México, en este siglo que comienza, de manera que pueda realizar plenamente los grandes objetivos a que está llamada y que la sociedad espera y demanda.

³ Pérez de Madrid C, Valerio, *Introducción al Derecho Notarial*, Editorial Comares, Granada, 2006, p. 27.

⁴ Paz-Ares, Ignacio, “La intervención notarial en la lucha contra el blanqueo de dinero.” en *Revista Online del Colegio Notarial de Madrid. El Notario del siglo XXI*. Noviembre-Diciembre 2008, núm. 22.



*Hasta aquí un fragmento
gratuito de este libro.*

Si está interesado en adquirirlo, lo puede comprar en línea
con nuestro distribuidor exclusivo

www.dijuris.com

o bien ponerse en contacto vía telefónica

(0155) 5356 6888

(0155) 5356 6881

(0155) 5356 6891

Para recibir más información
sobre nuestras publicaciones regístrese a
contacto@dijuris.com



www.ubijus.com

Encuentre nuestras publicaciones en:

