

## El derecho notarial \*

Tesis de Núñez Lagos.- Núñez Lagos presentó un estudio al Tercer Congreso Internacional del Notariado Latino celebrado en París, en el año de 1954.

Aquí no haremos más que andar el camino trazado por ese autor, usando inclusive sus mismas palabras, y aún insertando ciertos pasajes de su trabajo, ya que cualquier variación no haría más que nublar la claridad de su pensamiento y restarle vigor a la expresión de sus ideas. He aquí una breve síntesis de lo que Núñez Lagos expone en dicho estudio:

El Derecho Notarial como rama del Derecho. El Derecho es uno; lo que no quiere decir que sea simple, esto es, que carezca de partes diferenciables por su contenido. De ahí las divisiones tradicionales en Derecho Público y Privado y las subdivisiones de estas ramas en otras secundarias, Ahora bien, dentro de la unidad total del Derecho Positivo ¿cabe una rama notarial, como la comercial, la procesal, la penal, o la administrativa?

Hay tres hechos innegables:

- a). Existe una función pública notarial.
- b). Existe el instrumento público,
- c). Existe una legislación notarial, esto es, la que regula la función y los instrumentos públicos notariales.

a). Existencia de una función pública notarial.- Es sabido que el Derecho Administrativo comprende la organización de todos los servicios públicos del Estado. Sin embargo, hay dos de ellos que, históricamente al menos, han quedado fuera del

- Tomado del libro Derecho notarial y Derecho registra! de Luis Corral y de Teresa. Editorial Porrúa. Décima primera edición. 1989.

Derecho Administrativo, y son los servicios de "Justicia" y de "Fe Pública". El servicio de justicia pertenece al Derecho Procesal, y el segundo, a la Legislación Notarial. Aunque la organización de ambos servicios es de la competencia del Derecho Administrativo, los principios generales del Derecho Administrativo no son aplicables ni a la Justicia ni a la Fe Pública Notarial.

Hay un hecho incontestable; el acto notarial no es un acto administrativo, pues no está sujeto a ningún régimen de disciplina jerárquica, ni a recurso administrativo. Tiene un régimen especial (que es el de formación de la forma y preconstitución de la prueba), que queda fuera del Derecho Administrativo. El acto del gobierno que designa a un notario es indudablemente un acto administrativo, pero lo es, porque es acto del gobierno, no del

notario. Tenemos así un primer hecho incuestionable: la función pública notarial no se regula en el Derecho de la Administración.

b).- Existencia del Instrumento Público.- Desde el siglo XIII, los documentos públicos autorizados por notario, se llaman instrumentos públicos, y esto equivale a decir que cualquier Código es posterior a la Ley que regula el instrumento público. Los Códigos Civiles hablan excepcionalmente de la forma de los instrumentos, pero regulan la forma de los negocios jurídicos. Sí contienen, en cambio, ciertos preceptos de forma y prueba del negocio y de eficacia del instrumento; preceptos que por su naturaleza son estrictamente notariales.

c).- Existencia de una Legislación Notarial (Derecho objetivo notarial.- De lo dicho, se concluye que existe una Legislación notarial. Este es el hecho.

El conjunto de normas jurídicas se llama Derecho objetivo, y éste tiene varias fuentes: la ley, la costumbre, etc. Como la Legislación es una fuente formal del Derecho objetivo, hablar de una Legislación notarial, equivale a hablar de Derecho objetivo notarial. Hay que admitir, pues, cuando menos en este aspecto, la existencia de un "Derecho notarial".

La existencia de un Derecho notarial no depende de ningún código que lo formule. Algunos países tienen Códigos del Notariado, y no por eso en ellos existe el Derecho notarial y en otros no. La Legislación notarial, como Derecho Objetivo, constituye la materia del Derecho notarial, sea que conste en códigos, o en leyes dispersas. Queda así señalada la existencia del Derecho positivo, objetivo, y acusada la primera fuente formal del Derecho notarial: la legislación notarial.

Asignatura o disciplina académica.- Tradicionalmente las cátedras han sido llamadas por la legislación que se estudia en ellas. En Francia, se establecieron cátedras según los Códigos: cátedra de Código Civil, de Procedimiento Civil, etc. Gugnet decía: "Yo no conozco el Derecho civil; y no enseño más que el Código napoleónico". Por tanto, una cátedra en las Facultades de Derecho, que se titule "Derecho notarial", mejorará indudablemente la investigación y la técnica del Derecho notarial; pero éste no dejará de existir si desaparece la cátedra.

Madurez de la ciencia.- Núñez Lagos cita a Carnelutti (Metodología del Derecho), cuyas palabras yo retranscribo sin variación alguna:

No hay que confundir la ciencia con el progreso de la ciencia, esto es, su existencia con su madurez. La ciencia comienza niña, da los primeros pasos inciertos, se apodera poco a poco del lenguaje y tarda en adquirir conciencia de sí misma. Cualquier intento de describir las reglas de la vida, por grosero que sea el método y por incierto que sea el resultado, es obra de ciencia. Por eso, la comparación entre la ciencia del derecho y las matemáticas, la física y la biología, podrá llevar a la conclusión de que éstas son más maduras que la nuestra, pero no a la de que aquéllas sean ciencias y la nuestra no (págs. 8 y 9).

Cuando se hace la amarga comprobación de un notable desnivel entre la ciencia del Derecho, la matemática, la física o la biología, no se dice más que la verdad; pero la consecuencia que se obtiene no es que la ciencia del Derecho no sea tal, sino que no ha alcanzado el grado de tecnicismo que las otras, lo que significa su madurez. ¿Por qué? La ciencia del Derecho no ha nacido después que sus hermanas. No se trata de una mayor juventud, sino de un desenvolvimiento más lento (ibidem, págs. 18 y 19).

La unidad de la ciencia del Derecho, como la de todas las ciencias, se quiebra, necesariamente, en la pluralidad de los científicos. y porque la obra colectiva se desarrolla según el principio de la división del trabajo, la unidad de la institución se resuelve en la pluralidad de los institutos (ibidem, págs. 61).

Ocurre a los científicos del Derecho, que para poder estudiar ese formidable mecanismo, lo han de hacer a trozos. No de otro modo se comportan los médicos con el cuerpo humano y los ingenieros con las máquinas. En suma, hay que deshacer el Derecho para su estudio' (ibidem, págs. 61 y 62). [Hasta aquí Carnelutti.]

El Derecho notarial no es, pues, más que un trozo del "Derecho". Y ha de evolucionar igual que las otras ramas, aunque no se trata de imitar ni tampoco de inventar la ciencia del Derecho. Dice Núñez Lagos: "No hay por qué exigir al naciente Derecho notarial, desde el punto de vista científico, lo que no se exigió -sino muy recientemente- al Derecho civil, al administrativo, o al procesal".

Sistema notarial.- El Derecho civil moderno es un sistema de preceptos y conceptos y no un conjunto de leyes.

Puesto que existe una Legislación o Derecho objetivo notarial, el principal problema del Derecho notarial (científico), no es el de falta de materia, sino el de su organización en un sistema, entendiendo por éste, la solidaridad de los diversos elementos y partes de un todo (sistema solar, sistema de Copérnico, etcétera).

Dice Carnelutti que "el género es un parto de nuestra mente; su realidad, a diferencia de la especie, no es fenoménica, sino interior. Sólo la especie es fenómeno. El género es un concepto".

Debemos, pues, sistematizar, pero ¿en torno a qué principios? El principio rector del Derecho administrativo, fue la actividad del Estado; el del Derecho procesal, fue la actividad del juez, y en el Derecho notarial su principio rector tiene que ser la actividad del notario. El protagonista del Derecho administrativo, es la "administración pública"; el del Derecho procesal, es el juez; y el del Derecho notarial, es el notario; y frente a estos tres protagonistas, las personas privadas representan un papel, adquiriendo matices públicos. Provisionalmente podríamos afirmar -agrega Núñez Lagos- que el Derecho notarial tiene por contenido la "actividad del notario y de las partes en la formación del instrumento público".

Ubicación del Derecho notarial dentro del derecho de las formas.-Prescindiendo de las formas exclusivamente verbales (testamento abierto ante testigos, en peligro de muerte,

etcétera), son de innegable evidencia, en el derecho actual, ciertas manifestaciones de formalismo típico pero sin notario (testamento ológrafo, letra de cambio, etcétera). El Derecho notarial, pues, dentro de las formas, pertenece a aquellas formas escritas (documentales) intervenidas por el funcionario público "notario". El Derecho notarial se refiere, pues a las formas documentales y funcionaristas y es por tanto, todo un derecho documental, referido a una clase especial, a los documentos públicos, y dentro de éstos, a la categoría más típica y restringida: a los instrumentos públicos.

Quedan expulsadas, así, del Derecho notarial, las formas verbales u orales. Las escritas, que no constituyen documentos públicos y las públicas intervenidas por funcionarios que no sean notarios (jueces; funcionarios administrativos, etcétera).

Objeto del Derecho notarial.- Llegamos así a una primera afirmación incuestionable: el Derecho notarial es sólo una parte del Derecho de la forma aunque también sea mucho más que el Derecho de la forma. Tiene por objeto "aquella forma pública intervenida por notario, denominada, a partir del siglo XIII, instrumento público".

Lo anterior equivale a poner de manifiesto que hay dos columnas sobre las que se erige el Derecho notarial: el notario y el instrumento. Así como en el Derecho real existe una relación de persona a cosa, en el Derecho notarial la persona es el notario y la cosa el instrumento público. El documento sin la firma del notario no pertenece al Derecho notarial. La actividad del notario sin documento, en potencia o en acto, es extraña al Derecho notarial. Por lo mismo, el documento, como la cosa en el derecho real, es elemento esencial, principal y final del Derecho notarial.

Forma de la forma (procedimiento para la forma).- Repitamos que el Derecho notarial no comprende todo el Derecho de la Forma, pues quedan fuera de él las formas sin notario; pero en cambio, la parcela del "Derecho de la forma" que pertenece al Derecho notarial ha de ser objeto de una consideración directa y principal, y no accesoria. En Derecho civil pensamos directamente en el negocio jurídico y la forma se nos presenta como un ingrediente constitutivo (esencial, natural o accidentalmente), que acompaña al acto. En cambio en Derecho notarial hemos de contemplar ese ingrediente formal en su sentido inmanente y convertirlo en objeto directo de nuestro estudio científico. Estudiar exclusivamente lo que normalmente es mero medio no es la posición acostumbrada del civilista, pero tiene que ser la del investigador del Derecho notarial. El primer resultado de este punto de vista, es diferenciar dos cosas muy parecidas, pero no idénticas: el instrumento como forma (voluntaria o necesaria) del negocio jurídico, y el instrumento en sí mismo, como forma del acto -procedimiento-notarial. La ley exige, por ejemplo, para un contrato, la forma escrita, la notarial o la judicial; pero la exige como resultado (el resultado es la escritura o la resolución judicial) pero no como procedimiento. Será la ley procesal o la notarial la que regulará la forma (el procedimiento) para la forma (resultado). El Derecho notarial no regula la forma de los contratos, sino las formalidades o forma procesal (procedimiento para dar forma sustantiva a los contratos o negocios jurídicos). Para llegar a una resolución judicial (forma exigida por ejemplo para que los cónyuges puedan contratar entre sí) hace falta seguir un procedimiento, producir una serie de actos procesales de las partes y del juez. El "auto", aprobando el contrato propuesto,

es uno de los dos elementos integrales de la Forma pública (auto más escritura notarial), pero para el Derecho Procesal, el auto es uno de los tantos eslabones o actos procesales. De igual modo, el instrumento público es el resultado de aplicar una serie de actos y formalidades de normas de Derecho notarial (aspecto corporal del instrumento público: papel, escritura, redacción, lectura, consentimiento, firma, protocolización, numeración del instrumento, foliatura, copias, notas, etcétera). El notario no puede, con su sola intervención, producir el instrumento público: uno por uno, todos sus movimientos están reglados. Necesita sujetarse, antes y después de la firma, a una serie de normas adjetivas, formales, que en su conjunto definen el Derecho notarial como el Derecho formal; lo que antes que nada quiere decir: Derecho que en sí es todo, colección de formalidades, esto es, forma y procedimiento, forma de la forma, y no sólo forma de actos y contratos civiles. La forma de los actos notariales (contenente), se nos presenta más amplia y más compleja, que la forma del acto jurídico o contrato (contenido), que se contenga en el instrumento.

Desde otro punto de vista, substituido, como hemos dicho, el objeto del análisis lógico (suplantando el "negotium" por el "instrumentum" percibimos enseguida, que el mismo "negotium" se modifica necesariamente, colocándonos en la obligación de investigar cuáles son esas modificaciones morfológicas y su trascendencia en la escala de los valores jurídicos, lo que implica conocer, críticamente, el "negotium", antes y después de la forma notarial; su valor constitutivo, declarativo y reconocitivo; su fuerza de obligar y su fuerza de probar. La misma materia puede tener distintas cualidades, teñida de rojo o teñida de azul. El mismo pacto puede tener distinto valor, al pasar por el crisol de las solemnidades notariales: la misma materia civil se convierte, por la forma del molde, en materia auténticamente querida, otorgada y publicada.

El Derecho notarial es un derecho de la "Forma de las formas", formalidades en o para la forma.

Aunque el trabajo de Núñez Lagos continúa con estudios y exposiciones sumamente importantes sobre la materia, por el momento sólo vamos a señalar sus conclusiones. Habla Núñez Lagos también de los "Principios de Derecho notarial". Como parte del principio de forma, hace un examen de las relaciones jurídicas notariales, o sea, de "parte a notario"; de "parte a parte", y de "notario a instrumento público", examinando la naturaleza y alcances de dichas relaciones antes de la firma de la escritura, durante la "audiencia" (es decir la solemne lectura, consentimiento y firma del instrumento), y después de la firma; y termina con varias conclusiones que son las siguientes:

#### Conclusiones

**1°\_ La existencia del Derecho notarial, como Derecho objetivo (ordenamiento jurídico del notario y del instrumento público) no puede ser negada.**

2°\_ Este Derecho notarial objetivo puede ser objeto de métodos científicos, como lo han sido otras ramas del Derecho. El Derecho notarial no tiene incapacidad intrínseca para su

sistematización científica.

3°\_ El Derecho notarial como sistema científico, presenta al ahora actual una tardía evolución científica respecto de otras ramas jurídicas.

4°\_ El Derecho notarial científico debe tener como materia de estudio, la investigación y construcción lógico-jurídica, de los preceptos y conceptos sobre notario, función notarial e instrumento público (Derecho notarial puro) con exclusión de los negocios jurídicos, objeto del Derecho sustantivo.

5°\_ No obstante dicha exclusión global, deben ser objeto de estudio, dentro del Derecho notarial, aquellas normas singulares de la específica legislación notarial que se refieran a los requisitos de la redacción de los contratos y demás declaraciones de voluntad, lo mismo que aquellas modalidades, técnicas o usuales de aplicación por el notario, del Derecho sustantivo (Derecho notarial aplicado).

**Y como el trabajo de Núñez Lagos fue presentado al Tercer Congreso Internacional del Notariado Latino que se celebró en París, agrega dos conclusiones más, que entrañan un anhelo o ideal por alcanzar:**

6°\_ Las instituciones (Colegios, etcétera) del notariado deben favorecer la investigación de los principios y conceptos del Derecho Notarial, debiendo tenderse también a la depuración de una terminología notarial.

7°\_ Es aconsejable la formación de bibliografías nacionales sobre el notariado y el instrumento público.

Se observa al leer la conclusión quinta, que Núñez Lagos aconseja estudiar dentro del Derecho notarial, las normas de derecho sustantivo que son objeto de aplicación usual por el notario (Derecho notarial aplicado). Lo mismo propone Castán al decir que "Es necesario atender a la construcción del Puro Derecho notarial, pero sin abandonar por ello el cultivo del Derecho Privado Material que tanto espera y recoge siempre de la aportación de los miembros del notariado. Y será muy conveniente no olvidar tampoco la relación del Derecho notarial con el Derecho hipotecario o Registral inmobiliario".

Aconseja también Castán que con urgencia se establezcan cátedras de Derecho notarial, y que se tome en consideración muy seriamente la conveniencia de instaurar las escuelas de formación profesional del notariado.