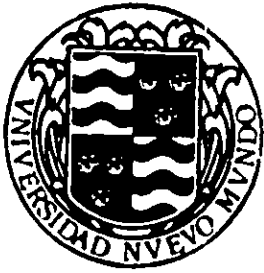


878509

8



UNIVERSIDAD NUEVO MUNDO

ESCUELA DE DERECHO

**CON ESTUDIOS INCORPORADOS A LA
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO**

**MODIFICACION AL ARTICULO 790 DEL
CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES
PARA EL DISTRITO FEDERAL, EN CUANTO
A LA OBLIGACION DE TRAMITAR ANTE
NOTARIO LA RADICACION DEL
TESTAMENTO PUBLICO ABIERTO**

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A

CRISTEL AMPARO LOPEZ SANTOS

DIRECTOR DE TESIS:

LIC. ARMANDO SANCHEZ ROSALES

MEXICO, D. F.

2000

20564



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

Gracias a DIOS por haberme dado la oportunidad de vivir y permitirme realizar este sueño, concluyendo de esta manera una etapa mas en mi vida.

Gracias a mis PADRES, ya que han sido y seguirán siendo un apoyo muy importante en mi vida. A ti Papi, por demostrarme con tu ejemplo, que si uno quiere todo se puede lograr, lo único que se necesita son ganas de querer hacerlo. Y a ti Mami, por estar siempre a mi lado y ser además de mamá, una amiga y consejera. Le doy gracias a Dios porque no pudo darme mejores padres que ustedes, los quiero mucho.

A mi hermano, a quien quiero con todo mi corazón, y quien con su fuerza, amor, ejemplo y palabras me enseñó a afrontar la vida y a apreciar las cosas bellas de la misma. Espero que siempre estés orgulloso de mi, aunque ya no estés físicamente a mi lado, pero siempre lo estarás en mi corazón.

A mis hermanas; quienes siempre han estado a mi lado, y a las cuales quiero, admiro y respeto, ya que siempre me han apoyado en todos los aspectos de mi vida. Gracias por todos los consejos que me han dado, y por todos los logros que han alcanzado en su vida, ya que me motivan a luchar para poder conseguir los míos.

INDICE

INDICE

INTRODUCCIÓN.....	1
CAPITULO 1. ANTECEDENTES HISTORICOS DEL TESTAMENTO Y DEL NOTARIADO.....	3
1.1 El testamento en Derecho Romano.....	3
1.1.1 Formas del testamento.....	5
1.2 El testamento en el Derecho Civil Español.....	7
1.3 El Notariado en el Derecho Romano.....	9
1.4 Evolución del Notariado.....	13
1.4.1 El Notariado Latino y el Notariado Sajón.....	13
1.4.2 El Notariado en España.....	15
1.5 Evolución del Notariado en México.....	17
1.5.1 Epoca Precolonial. (los Tlacuilos).....	17
1.5.2 Epoca Colonial.....	18
1.5.3 Epoca Independiente.....	19
1.5.4 Epoca Contemporánea (Leyes del Notariado para el Distrito Federal de 1901, 1932, 1945 y 1980).....	21
CAPITULO 2. EL TESTAMENTO Y LOS LEGADOS.....	25
2.1 Concepto y elementos fundamentales del testamento.....	25
2.2 De la capacidad para hacer testamento y para heredar.....	28
2.3 Clasificación de los testamentos.....	31
2.3.1 Testamento Público Abierto.....	32
2.3.2 Testamento Público Cerrado.....	35
2.3.3 Testamento Ológrafo.....	37
2.3.4 Testamento Público Simplificado.....	39
2.3.5 Testamento Privado.....	41
2.3.6 Testamento Militar.....	42
2.3.7 Testamento Marítimo.....	43
2.3.8 Testamento Hecho en País Extranjero.....	44
2.4 La revocación del testamento.....	45

2.5	La nulidad del testamento.	46
2.6	La caducidad de los testamentos.	48
2.7	De los Legados.	49
	2.7.1 Definición y concepto de heredero y legatario.	49
	2.7.2 Elementos del legado.	52
	2.7.3 Derechos y obligaciones de los legatarios.	53
	2.7.4 Aceptación, renuncia y entrega del legado.	54
	2.7.5 Clases de legados.	56
	2.7.5.1 Clasificación de los legados desde el punto de vista de sus modalidades.	62
 CAPITULO 3. EL NOTARIO PUBLICO.		65
3.1	Concepto legal y doctrinal del Notario.	65
3.2	Naturaleza Jurídica de la función Notarial.	67
3.3	Obligaciones y derechos del Notario.	74
	3.3.1 Obligaciones del Notario.	74
	3.3.2 Derechos del Notario.	80
3.4	El Instrumento Notarial.	83
	3.4.1 Documento Público.	84
	3.4.2 Instrumento Notarial.	85
	3.4.2.1 Escritura Pública.	88
	3.4.2.2 Acta Notarial.	90
	3.4.2.3 Nulidad de escrituras y actas.	91
3.5	La Responsabilidad Notarial.	92
	3.5.1 Responsabilidad disciplinaria y administrativa.	92
	3.5.2 Responsabilidad civil.	94
	3.5.3 Responsabilidad fiscal.	96
	3.5.4 Responsabilidad penal.	97
	3.5.5 Responsabilidad gremial o corporativa.	99
3.6	Fe Pública.	100
	3.6.1 Definición y requisitos de la Fe Pública.	100
	3.6.2 Fundamento constitucional de la Fe Pública en el Derecho Positivo Mexicano.	103
	3.6.3 Notas, tipos y clases de Fe Pública.	105
	3.6.3.1 Notas de la Fe Pública.	105
	3.6.3.2 Tipos de Fe Pública.	106
	3.6.3.3 Clases de Fe Pública.	106

CAPITULO 4. EL PROCEDIMIENTO SUCESORIO TESTAMENTARIO.	110
4.1 De los Albaceas.	112
4.2 La Tramitación del Testamento Público Abierto ante Juez.	116
4.3 La Tramitación del Testamento Público Abierto ante Notario.	119
4.4 Modificación al artículo 790 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, en cuanto a la obligación de tramitar ante Notario la Radicación del Testamento Público Abierto.	120
 CONCLUSIONES.	 126
 BIBLIOGRAFIA.	 129

INTRODUCCION

INTRODUCCION

El papel que desempeña el Notario Público en la sociedad es de gran trascendencia, no es un simple funcionario investido de fe pública, sino que es todo un profesional del derecho que realiza importantes funciones de interés social.

Los actos que se llevan a cabo ante los notarios públicos gozan de legalidad y certeza jurídica, proporcionando de ese modo seguridad en todas sus actuaciones, por lo que contribuyen de ese modo, con el orden público y la paz social.

Los cambios constantes que se producen en la sociedad, reafirman la razón de que exista la Institución del Notariado, sin embargo como consecuencia de dichos cambios, surgen necesidades sociales por lo que el Notario debe de transformarse paralelamente con ellas para cumplir con las nuevas expectativas.

De igual forma se ha visto la importancia que tiene el testamento, y sobretodo la influencia que ha tenido actualmente, ya que es una forma de transmitir los bienes y derechos de la persona que realiza el testamento, determinando en favor de quien o quienes él desea que pase a formar parte su patrimonio; es decir, es la manifestación de la voluntad libre del testador; éste testamento se hace en presencia del Notario Público, de aquí surge la Sucesión Testamentaria, la cual siempre que haya testamento, todos los herederos y legatarios sean mayores de edad y no exista controversia entre los mismos, se lleva ante Notario Público, pudiendo llevarse también ante Juez, analizando en la presente tesis, que se omita el tramite ante éste último, ya que toda sucesión al termino de su tramitación ante Juez se debe llevar ante Notario para la correspondiente protocolización del juicio, por lo cual si se puede tramitar desde un principio ante Notario para que realizarla primero ante Juez y después ante Notario, si lo único que ocasionaría seria que el trámite sea más largo y menos económico.

Esta tesis se compone de cinco capítulos en los cuales se van a exponer los antecedentes tanto del Notario como del testamento, así como su evolución hasta la actualidad, también la tramitación de la Sucesión por la vía Testamentaria, y el estudio de los elementos fundamentales que se deben conocer y analizar para poder llegar a la propuesta que se hace.

Asimismo, se habla de la conveniencia por la cual es necesario que cuando se cumpla con los requisitos estipulados por la ley, las sucesiones se tramiten extrajudicialmente, ya que esto permite desahogar los juzgados, al mismo tiempo que el procedimiento ante Notario es más ágil. No obstante, que en el momento que se presentaren controversias que exigieran la resolución judicial, el Notario se abstuviera de actuar y el procedimiento, que ya es contencioso, se trasladará al juzgado correspondiente.

Se podrá pensar que esta propuesta está motivada por un interés pecuniario y que se trata de beneficiar a los notarios con más negocios y por consecuencia con más ingresos, pero no es así. El motivo que se tiene es el de simplificar éste trámite para que con la intervención de los notarios aporte celeridad y sobretodo economía procesal, lo cual será de gran ayuda tanto para los interesados como para los juzgados.

De tal manera, esperamos que la presente tesis, sea de interés para el lector y cumpla con el objetivo de demostrar porque es importante tanto para las personas como para el Estado que éste tipo de sucesión se tramite únicamente con la intervención del Notario Público.

CAPITULO 1

ANTECEDENTES HISTORICOS DEL TESTAMENTO Y DEL NOTARIADO

CAPITULO 1. ANTECEDENTES HISTORICOS DEL TESTAMENTO Y DEL NOTARIADO.

1.1 El Testamento en el Derecho Romano.

El patrimonio en el Derecho Romano comprende dos partes: los bienes y las deudas. Surge la figura del heredero el cual al quedar como dueño del patrimonio del *de cuius* queda obligado a pagar todas las deudas del mismo como si las hubiese contraído respondiendo tanto con su patrimonio como con el del difunto.

La institución de heredero legítimo se manifestaba en un testamento, de manera que la esencia de este acto jurídico consiste en establecer a un continuador de la personalidad del difunto, que correspondía a la libre elección de este. A consecuencia de esta función y para tener más seguridad de que el heredero aceptaba desinteresadamente, el *de cuius* mostraba tendencia a privar al heredero de las ventajas materiales que podría producirle la aceptación de la herencia, repartiendo gran parte de los bienes entre los legatarios: la función del heredero era la de actuar no la de poseer.

El patrimonio recogido por el heredero toma el nombre de herencia o sucesión, y como sanción de su derecho posee una acción civil in rem, la *petitio hereditatis*. "La partición de herencia sanciona el derecho del heredero civil, y por ella el demandante quiere hacer reconocer en justicia su cualidad de heredero. Es, pues, una acción que tiende a obtener una sucesión, es decir, el conjunto de un patrimonio, y no de las cosas consideradas a título particular". (1)

El heredero era designado de dos modos: por el difunto o por la ley. Los romanos admitieron con razón preeminencia de la voluntad del difunto sobre la del legislador para la elección del heredero, y la ley de las XII Tablas sanciona para el padre de familia el derecho de elegir él mismo quien deba continuar su personalidad. Manifiesta su voluntad en un acto llamado testamento. Cuando un heredero testamentario es nombrado regularmente,

(1) FERNANDEZ GONZALEZ, José: Tratado Elemental de Derecho Romano, Ed. Nacional, México, 1963, p. 659.

aceptado por este, a nadie más pertenece la sucesión. Pero el padre de familia puede morir *intestato*, es decir, sin haber hecho testamento válido, entonces, solamente en este caso, la ley designa heredero, llamado *ab intestato*. Es la ley de las XII Tablas quien hace esta designación, eligiendo el heredero en la familia civil, sin preocuparse del lazo de la sangre. De manera que, según el Derecho Civil, hay dos clases de sucesiones: una regulada por la voluntad del difunto o sucesión testamentaria, y la otra por la ley, o sea sucesión *ab intestato*.

Los romanos aunque tuvieron en gran consideración el derecho de testar, es exagerado decir que en Roma se tenía como un deshonor morir intestado. Lo más deshonoroso era no dejar heredero alguno, ya que esto significaba, tanto un indicio de mala sucesión como el presagio de infamia. Por esta razón se encuentra justificada la preferencia de los romanos por la sucesión testamentaria, ya que el que testa y elige un heredero está más seguro de tener uno; demuestra previsión y deseo de conservar intacto su honor.

La importancia de la sucesión testamentaria conducía a este principio sancionado por la ley de las XII Tablas: los herederos *ab intestato* solo pueden tener la sucesión no habiendo heredero testamentario. Los juriconsultos en la práctica, deducían una regla lógica, pero rigurosa que estaba formulada de la siguiente manera en las instituciones de Justiniano: no puede haber para una misma sucesión un heredero testamentario y un heredero *ab intestato*. Bien se presentasen junto, o bien uno después de otro, queda sin efecto la pretensión del heredero *ab intestato*.

Por lo anterior, el testamento en el derecho romano "es un acto solemne por el cual una persona instituye a su heredero o a sus herederos". Es una manifestación de última voluntad, es decir, un acto esencialmente revocable. Esta última circunstancia no causa graves problemas jurídicos, ya que se trata al mismo tiempo, de un acto unilateral". (2)

La institución de uno o más herederos era un elemento indispensable del testamento romano, la cabeza y la base del testamento. Si la institución de heredero faltaba, o tenía un defecto jurídico o no era eficaz, todas las demás disposiciones del testamento romano quedaban igualmente sin eficacia.

(2) MARGADANT S., Guillermo Floris: El Derecho Privado Romano, Ed. Esfinge, México, 1989, p. 462.

1.1.1 Formas del Testamento.

La forma de los testamentos en Roma varió según las épocas y diferentes maneras de testar fueron admitidas sucesivamente por el Derecho Civil Antiguo, por el Derecho Pretoriano y por las Constituciones Imperiales.

En el Derecho Civil las formas más antiguas del testamento fueron la *calatis comitiis* (en tiempo de paz) y la *in procinctu* (durante la guerra). La primera se hacía delante de los comicios por curias convocadas a este efecto, y en presencia de los pontífices, pues a la evolución de la sucesión no sólo interesa la transmisión del patrimonio, sino también la del culto privado. El jefe de familia declaraba delante de los comicios reunidos a quién elegía por heredero, dando los comicios su aprobación a esta elección, lo cual hacía del testamento una verdadera ley. Este testamento se hacía dos veces al año. El segundo se hacía delante del ejército equipado y delante las armas. El jefe de familia soldado que quería testar antes de marchar al combate declaraba su voluntad delante de sus compañeros de armas, que representaban la asamblea del pueblo. Este testamento sólo se practicaba en tiempo de guerra.

Al lado de éstos testamentos que sólo podían hacerse dos veces al año o al iniciarse una batalla, los romanos buscaron otras formas testamentarias, que pudieran utilizarse en cualquier momento, y así se introdujo el testamento *mancipatorio* o el testamento en forma de contrato. En este caso el testador celebraba una compraventa ficticia con el *familiae emptor*, el cual era el adquirente del patrimonio y jugaba el papel de un heredero. La explicación del testamento *mancipatorio* la encontramos en las XII Tablas en donde una *mancipatio* podía combinarse con toda clase de cláusulas, las cuales permitían convertir este acto, originalmente utilizado para compraventas en un sólido fundamento para el reparto de un patrimonio, después de la muerte del vendedor. Este testamento tenía la ventaja de poder hacerse en cualquier momento, pero sus inconvenientes eran que el jefe de familia no podía usarlo a favor del hijo que tenía bajo su autoridad, porque la *mancipatio* no era posible entre ellos, además la enajenación debía producir un efecto inmediato, y al parecer, el testador no tenía ningún medio jurídico de revocarla, como acto bilateral; ya que no podía anularse por la voluntad unilateral de una de las partes; y debía ir acompañado de una amplia publicidad.

Por eso hacia el final del siglo VI este testamento fue perfeccionado y el *familiae emptor* en lugar de ser tratado como heredero, no era más que una persona complaciente en quien el testador tiene su confianza y que está encargada de entregar la sucesión al verdadero heredero. El nombre de este se escribía sobre tablillas que quedaban en manos del testador. Así se introdujeron dos nuevos elementos en la práctica testamentaria la discreción y la idea de que el testamento es una declaración unilateral.

Además de las formas anteriores encontramos en el Derecho Civil otro testamento, que es el *nuncupativo* en el cual un ciudadano podía testar oralmente declarando en voz alta el nombre del heredero y sus últimas voluntades, delante de siete testigos. Este testamento ofrecía menos garantía que el *mancipatio* pero tenía la ventaja de hacerse más rápidamente y de no exigir ningún escrito.

En cambio, en el Derecho Pretorio, siempre se inclinaba a la simplicidad de las formas, en donde el *pretor* se declaraba dispuesto a conceder la *bonorum possessio* (herencia) al heredero instituido en un testamento regularmente hecho, según el Derecho Civil; pero en tiempo de Cicerón para entregar la *bonorum possessio*, bastaba con que el testamento estuviese escrito en tablillas y llevando el sello y nombre del testador y los siete testigos. Sin embargo, los herederos legítimos, según el *ius civile*, podían reclamar sus derechos alegando que el testamento aludido era inválido, por faltar la *mancipatio*. Pero en el reinado de Antonio Pío, se permitió al pretor rechazar dichas reclamaciones de los herederos del *ius civile* (*ab intestato*) oponiendo la excepción de dolo a la petición de herencia concedida a los herederos indicados en el testamento pretorio.

En el Derecho del Bajo Imperio se simplifica la legislación sobre los testamentos, y de la fusión de las reglas de Derecho Pretoriano y del Derecho Civil nació una nueva forma de testar *La Tripertitum*, la cual recibe este nombre porque toma sus reglas del Derecho Civil, del Derecho Pretoriano y de las Constituciones Imperiales; quedando este testamento en una Constitución de Teodosio II y entrando en vigor con Justiniano. Este testamento consistía en que el testador de antemano escribía su testamento sobre tablillas presentándoselas a los siete testigos, y cada uno de los testigos al igual que el testador ponía su *subscriptio* debajo del testamento (declaración expresa de que habían intervenido con carácter de testigo), cerrándose después las tablillas y poniendo cada testigo su sello y

escribiendo su nombre cerca del sello. Estas formalidades debían hacerse en un solo acto y sin interrupciones.

Este testamento ofrece gran analogía de formas con nuestro testamento actual, debido a que Justiniano decidió que el ciego pudiese testar dictando sus voluntades en presencia de siete testigos ante un *tabularius* que poco después hacía el papel de notario de nuestra época.

1.2 El testamento en el Derecho Civil Español.

El origen del testamento se encuentra en el Derecho Romano; así, la mayor parte de las solemnidades y requisitos que exigía la Ley de Partidas, tiene como antecedentes los diferentes periodos del Derecho Romano.

Así, los testamentos podían ser divididos en dos grandes grupos: en comunes y en privilegiados. Los testamentos comunes, eran aquellos por virtud de los cuales se cubrían todos y cada uno de los requisitos que establecía la ley.

Por el contrario, se llamaban testamentos privilegiados, aquellos que por virtud de los cuales, por alguna circunstancia externa, no se podía cumplir con algún requisito. O por el contrario, exigían algún requisito especial diferente al de los comunes.

Los testamentos comunes a su vez se dividían en dos grupos, a saber: los primeros llamados *nuncupativos* o también abiertos, y los segundos llamados cerrados o *in scriptis*.

Los testamentos abiertos, eran aquellos por virtud de los cuales, tanto el Notario como los testigos, en general, podían conocer el contenido del mismo, teniendo el testador, la facultad de poder elegir de entre varias formas, como fueron las siguientes:

Primero.- Que el testador acudiera ante Notario y tres testigos vecinos del lugar a otorgar su testamento.

Segundo.- Que lo otorgara ante cinco testigos, pero en ausencia del Notario.

Tercero.- Aquel que se contemplaba para los tiempos de peste, el cual solo requería de tres testigos vecinos del lugar.

Cuarto.- Aquel testamento que se podía otorgar para el caso de que los testigos no fueren vecinos del lugar, requiriéndose que fueran siete los mencionados.

Los testamentos de forma cerrada, eran aquellos que por virtud de los cuales el testador redactaba su última voluntad sin que los testigos ni el Notario la supiese, ya que a estos últimos, sólo concurrían, los primeros a firmar y el segundo a dar autenticidad (es decir, a firmar y sellar) sobre la cubierta del mismo.

Hecho el testamento de la manera anteriormente citada, se necesitaba que el mismo fuera llevado ante un proceso de adveración; es decir, se tenía la obligación de llevar el testamento al Alcalde (autoridad Judicial) dentro del siguiente mes de fallecido el autor de la sucesión, para que este lo certificara y posteriormente se pasara a su protocolización.

Ya desde entonces, según la Ley 24 de la Sexta Partida, el testamento podía ser declarado nulo, para el caso de que el testador hubiere roto la cubierta del mismo, o tachado la firma o el sello del Notario.

Otras clases de testamentos conocidos por la Ley de Partidas, fueron principalmente: los llamados testamentos *Mancomunales*, los *Ad Cautelam*, y los hechos por *Comisario*.

Se llamaban testamentos *Mancomunales*, aquellos por virtud de los cuales dos personas se instituían recíprocamente herederos, o instituían heredero a un tercero. Dentro del primer supuesto, casi siempre era otorgado por el marido y la mujer.

Los testamento *Ad Cautelam*, eran aquellos por virtud de los cuales, el testador hacía mención dentro del otorgamiento de este, que cualquier otro testamento otorgado posteriormente por él, no valdría salvo que se mencionara dentro de una cláusula especial, y de una manera clara y determinante la revocación del anterior.

El testamento hecho por *Comisario*, era aquel otorgado por una persona a nombre de otra y en virtud del poder que se le confería.

1.3 El Notariado en el Derecho Romano.

En las sociedades primitivas no se conoce ni se necesita Notariado ni instrumentos de autenticación, entre otras razones, porque los actos jurídicos tienen una existencia pública, que es una garantía de que serán respetados.

Pero estas funciones notariales, aunque estaban bastante delimitadas, no se prestaban con la independencia que requiere toda función por falta de crear al funcionario, pues o van adscritas a uno determinado de éstos, que se halla al servicio de determinada autoridad, o bien están relacionados con los medios de prueba, que cuando era documental tomaba los nombres de *Tabula*, *Documenta*, *Instrumenta* y *Scripturae*. Por ello en el cuerpo del Derecho Civil Romano, se encuentra enunciada aquella función dando al funcionario distintos nombres.

En Roma hubo multitud de escribanos con nombres diversos, cuya posición varía según sus funciones; *Scriba*, *Librarius*, *Exceptor*, *Actuarius*, *Tabularius*, *Notaarius* y *Tabello*.

La primera manifestación de estas funciones, siguiendo las inspiraciones de Momsen y de Mayns, se cree encontrarlas en una tabla de bronce encontrada en Roma, en el siglo XVI, la cual contiene un fragmento de una ley cuyo objeto era reglamentar el servicio de los que se hallaban a las órdenes de los Magistrados Romanos, y cuyos empleados tomaron los nombres de *Scribae*, *Viatores* y *Proecone*. Esta ley tomó el nombre de *Lex Scribis, Viatoribus Et Proeconibus*.

Todos estos descubrimientos indican que la función notarial existió desde los primeros tiempos, aunque no estuviera creado el funcionario competente. Por ello, a este funcionario se le ve multiforme y representado, unas veces por los lugartenientes de los Tribunos de la Plebe, cuyos lugartenientes tenían especialmente a su cargo la custodia de los archivos del Estado que estaban depositados en el Templo de Ceres; otras en los Aparitores del tiempo de la República, empleados asalariados encargados de la redacción de las escrituras y otros servicios subalternos, y entre cuyos funcionarios merecen citarse los *Scribas* o *Librarii*; o bien también en el *Premiscerius Notariorum*, director de la Schola

Notiarum, de cuyo organismo salían los Notarios (*Notarii*) encargados de la formación de los procesos verbales y redacción de escrituras.

Los *Scribae* eran los encargados de redactar las escrituras formando parte, aunque en forma preeminente, del grupo de funcionarios conocidos con el nombre de *Apparitores*, que se hallaban al servicio de las autoridades públicas, con retribución de sus funciones. Después de Justiniano se confunden los vocablos *Tabularii* y *Tabelliones* y en los reinados bárbaros, los prácticos se ocupaban de la redacción de los actos jurídicos se designaban todavía con los nombres de *Scribae*, *Cancellarii* y *Notarii*. Después en la Edad Media, prevalece esta última denominación. Al decir de Justo, los *Scribas* anotaban en las tablas los actos jurídicos, y tomaban el nombre del Magistrado a quien auxiliaban. Así se llamaban *Scriba Pretonis*.

"La palabra *Notarii* se deriva de la voz "nota", porque para designar al funcionario se tuvo en cuenta más que la naturaleza de la función, la forma gráfica o material de prestarla, los *Notarii* tomaron esta denominación a causa de su manera particular de escribir por notas o signos" (3).

Los Notarios tenían, como atribuciones inherentes a su cargo, las de recoger las discusiones de las Asambleas, las sesiones públicas, las sentencias y mandatos de los Magistrados y Tribunales militares, y alguna vez se les autorizaba para formular escritos de carácter jurídico privado. Adquirieron tanta importancia en la vida social y privada, que no vaciló el Cristianismo, desde sus primeros tiempos, en utilizar los servicios notariales, haciendo que los notarios entrasen a formar parte del personal auxiliar del Consejo Superior de la comunidad cristiana, dignificándoles con la ampliación de sus atribuciones.

En tiempo de los Emperadores Cristianos, y después de la célebre constitución de Caracalla, las escrituras, para el público, se extendían por los escribientes que reemplazaron, en los pueblos, a los prudentes. Y estos escribientes desde entonces principiaron a llamarse *Pracmatici* o *Tabelliones*, según ha quedado expresado anteriormente. Estos *Tabelliones*, al principio, no tuvieron ningún carácter oficial, pero la intervención de testigos en los documentos que redactaban, rodeó a dichos documentos de

(3) BAÑUELOS S., Froylan, Fundamentos del Derecho Notarial, Ed. Sista, México, 1994, p. 17.

cierta confianza y garantía, hasta el extremo de llegar a considerarse como *Instrumenta Publica* o *Publice Confecta*, haciendo las declaraciones que contenían plena fe, con tal que el *Tabellión*, bajo juramento afirmase la exactitud de su contenido.

Los documentos públicos, llamados también *Publica Monumenta*, eran los expedidos por un Magistrado o Tribunal competente por razón de la materia, o del territorio, y que redactaba de oficio un funcionario adecuado. Estos actos tenían fuerza y fe pública, porque no había necesidad de testigos; y además eran de un valor irrefragable porque no podían ser impugnados, ni por testigos, ni por documentos privados.

“Los actos privados eran aquellos que se redactaban privadamente. Tales eran las cartas, las escrituras y apuntes privados, los quirográficos de los deudores, el *Apochae* de los acreedores, y el *Antapochae* de los deudores. Su valor era muy distinto de los públicos. A una categoría de éstos la ley, les negaba, expresamente, la fe, es decir, a los actos privados que estaban escritos de mano o por mandado de cualquiera que los presentaba o que eran de hechos privados”. (4)

Para completar aquellos actos públicos que no tenían eficacia o para suplir la influencia de los actos privados, se fue formando una nueva clase de documentos que participaban de unos y de otros; y sin llegar a la categoría de un documento público, adquirían mayor eficacia jurídica que el simple documento privado.

Estos actos fueron aquellos que las Constituciones Imperiales calificaron de actos públicos confeccionados por *Tabularios*, o por *Tabelliones*, porque eran redactados por unos o por otros.

Estos actos (*instrumenta publice confecta*), eran redactados ordinariamente, en el foro público, y muy especialmente en los despachos de los *Tabularios* para comodidad del público que deseaba se le escribiesen los documentos.

(4) *Ibidem*. p. 23.

Para la validez de estos documentos, se requerían tres requisitos; unos relativos a la cualidad del redactor, otros a la forma del documento y otros a la presencia de los testigos.

Tres eran, como se ha dicho los escritores de los documentos en la época romana: Los *Tabularios* o *Tabeliones*, los *Exceptores* y los *Notarios*.

Los *tabularios* eran, como ya sabemos, oficiales del Censo; su posición social era bastante elevada, pues entraban en la categoría de ciudadanos siendo la Magistratura más elevada de la ciudad; y era tal la confianza y simpatía que llegaron a inspirar, que se les encargaba hasta de la custodia de los testamentos. Mas esta confianza pública fue desapareciendo al llegar el periodo de la decadencia económica, en cuyo periodo fueron víctimas de la más desenfrenada presión por parte del Fisco. Desde entonces, para la custodia de los testamentos y para la redacción de los documentos privados, fue preferida otra clase de escritores conocida con el nombre de *Tabeliones*.

También los *Tabeliones* eran ciudadanos de clases elevadas, siendo el *Tabelionato* título suficiente para pertenecer a la Curia, es decir, al mayor Consejo ciudadano, formando, como todas las artes y profesiones reunidas, un Colegio.

También los *Notarios* y los *Exceptores*, fueron redactores de documentos. Los *Notarii*, escribían por medio de notas breves, empleando una gran rapidez. Los ciudadanos ricos tenían en sus casas varios esclavos encargados de ocupaciones profesionales distintas. Uno de estos esclavos llamado *Gramaticus*, enseñaba a leer a los niños. Otro ejercía la Medicina y la Cirugía y se le denominaba *Medicus Chirurgus*. Otra era el *Mercator* porque a su cargo estaba cuanto concernía a las subsistencias y vestuario de la casa. A quien enseñaba religión y los principios científicos y se le conocía con el nombre de *Philosophus*. Y existía también el poeta y el escribano a cuyos últimos empleados domésticos se les estaba confiado, principalmente, el registro doméstico, en el cual todo padre de familia anotaba diariamente los gastos de la casa, los convenios y las obligaciones contraídas. Los *Tabularios* con carácter de escribanos públicos, podían tomarse, igualmente, de entre los esclavos, y a los cuales podían dirigirse todos los ciudadanos.

En un principio esta especie de escritores pertenecieron a la clase servil: Mas por la obra o función que prestaron, comenzaron a actuar como redactores oficiales, elevándose, insensiblemente su posición social, hasta tal punto que los Notarios formaron un cuerpo de escritores de elevada categoría en el mismo Palacio Imperial.

Sin embargo, precisa reconocer que la ley jamás exigió, o al menos hasta muy avanzada la civilización romana, para la redacción de los documentos, la presencia de un funcionario especial, siendo libres los particulares para redactar por sí, y escribir sus documentos; o hacerlos mediante la intervención de un *Tabellión* o de un *Tabulario*, a quienes se les daba preferencia, porque los *Tabularios* ostentaban un oficio público que imprimían garantía de veracidad y los *Tableiones* poseían conocimiento del derecho, que daba al documento indiscutible garantía de legalidad.

"Más Justiniano imprimió a toda esta materia mayor orden y seriedad, legislando sobre ella en el Código y en las Nueva Constituciones y Auténticas. En donde legisla sobre las siguientes materias: la seguridad y la fe de los instrumentos, y en primer lugar del depósito, del mutuo y de otros documentos escritos privadamente, con o sin intervención de testigos; de los cotejos de escrituras de propia mano; de los documentos expuestos por personas que no saben o saben poco de letras; de oro; de los que se hacen en los campos y de que la ley tenga aplicación en los documentos y contratos futuros". (5)

1.4 Evolución del Notariado.

1.4.1 El Notariado Latino y el Notariado Sajón.

Existen criterios diversos para la clasificación del Notariado Latino y el Notariado Sajón, en la legislación comparada. En realidad, como el Notariado Germánico no tiene carácter uniforme y no supone una manera distinta de concebir la fe pública, se pueden reducir a dos los sistemas de regulación del Notariado: el latino y el sajón, cuya diferencia primordial es la de que en el primero, el Notariado representa al Estado y, en el segundo no.

(5) *Ibidem*, p. 25.

Sin embargo, aún el Notariado sajón realiza una cierta función pública al autenticar firmas. De manera que, ampliando las notas características de cada uno de estos tipos, podemos dar las siguientes:

a) El Notariado Sajón:

1. Es un profesional y no un funcionario público, excepcionalmente presta autenticidad en los actos en que el Derecho internacional lo exige.

2. Su intervención no hace al documento solemne ni auténtico, ya que se limita a las firmas del documento.

3. Su competencia no es exclusiva, ya que pueden concurrir con él otros profesionales del Derecho: como abogados y procuradores, salvo en materia de protestos y legalizaciones internacionales. El Notario puede actuar ante los Tribunales.

4. La colegiación no es forzosa, aunque existen corporaciones voluntarias de Notarios.

Este tipo de Notariado existe en Inglaterra y en la generalidad de los Estados Unidos de Norteamérica, con algunas excepciones.

b) El Notariado Latino:

1. Es un funcionario público y profesional del Derecho.

2. El documento que autoriza es solemne y auténtico.

3. Su competencia se mueve dentro del campo extrajudicial, aunque se relaciona con la jurisdicción voluntaria.

4. Hay una organización corporativa y una sumisión a la autoridad del Estado a través de los órganos administrativos correspondientes.

Este tipo es el existente en los países latinos y germánicos, europeos y americanos.

1.4.2 El Notariado en España.

Se distinguen varios periodos que van desde la independencia española de Roma hasta la época contemporánea.

Primer Periodo.- Comprende desde la independencia de Roma hasta el siglo XIII. Consiste en distinguir el papel de los jueces del papel de los notarios, afirmando que los primeros sólo fallan contiendas, en tanto los segundos tienen por misión él prevenirlas. De este primer periodo forman parte también las famosas 46 fórmulas visigóticas (año 600), según las cuales, los órganos necesarios para la formación de los instrumentos públicos, son: los otorgantes y los testigos presenciales.

Segundo Periodo.- Comprende del siglo XII al siglo XV. Se caracteriza porque en él se determina la función como pública. Le dan su sello básico las Leyes de Don Alfonso X, El Sabio, o sea, el Fuero Real y las Siete Partidas.

a) El Fuero Real, (año 1255), habla de escribanos públicos, jurados, para que no haya duda y para evitar las contiendas. Era obligatorio otorgar testamento ante escribano. Los escribanos eran auxiliares de los deseos de los particulares y se acostumbraba que tomaran notas de los documentos que redactaban o en que intervenían. Estas "notas primeras" servían para el caso de que la carta se perdiera o surgiera respecto de ella alguna duda.

b) El Código de las Siete Partidas, en las partidas se obliga a que "las notas" de los escribanos, se inscriban en el libro que se llama registro o minutarario. Las cartas deben ser hechas por escribanos públicos.

Este segundo periodo se caracteriza porque se reconoce la función instrumental, como de interés social, imponiéndose en inmuebles y testamento. El escribano tenía que procurar conocer directamente a los otorgantes; intervenían tres testigos, como mínimo en las cartas públicas. Los escribanos debían llevar su registro o minutarario, por año, y al final ponían su seña o signo, debiendo conservar el registro. La redacción tenía que hacerse sin abreviaturas y manuscrito por el notario, o por otro escribano. Las cartas podían ser reproducidas, previa autorización del Alcalde. A la muerte del escribano, sus archivos eran

recogidos por el Alcalde ante testigos, para ser entregados al sucesor. En las partidas se determinan los requisitos generales para todas las escrituras sobre los actos y contratos más usuales.

En cuanto a la eficacia de las cartas o escrituras, en juicio el interesado tenía que probar que realmente habían sido autorizadas por un escribano público en esa fecha, si el escribano lo negaba la carta sería falsa, la declaración de testigos no valía en contra de la del escribano, sólo era válida en los casos en que no existiera la nota en el registro.

c) Ordenamiento de Alcalá (año de 1348). Se proponía coordinar las leyes y conciliar los sistemas de ritos y costumbres jurídicas. Contiene dos leyes que interesan al notariado en forma importante: La Ley Unica del Título 16avo; que establece que aquel que se hubiese obligado a algo, no podría aducir falta de forma o solemnidad ni falta de intervención de escribano público, pues la obligación contraída y el contrato aceptado valía y debía ser otorgado en cualquier manera que parezca que uno se quiso obligar a otro. Esta ley permite que cualquier forma o modo empleado para manifestar la voluntad sea válido, sin que valieran disculpas o pretextos.

La otra Ley es la del Título 19avo. Del Ordenamiento de Alcalá. Establece que el testamento debe hacerse ante escribano público, con presencia de 3 testigos a lo menos, vecinos del lugar; se impone la unidad del acto para el testamento y se reconoce como válido morir parte testado y parte intestado.

Tercer Periodo.- Denominado de Reforma de los Reyes Católicos, comprende dos épocas:

La primera, que se inicia poco antes del descubrimiento de América y no pasa del siglo XV. Las capitulaciones matrimoniales de los Reyes Católicos. Esta época se distingue por lo siguiente:

- a) Se restringió el nombramiento de los escribanos,
- b) Se restringió el comercio con los oficios,
- c) Se exigió el examen así como otros requisitos para que los escribanos pudieran despachar su nombramiento,

- d) Los escribanos reales y los públicos de número fueron los únicos capacitados para intervenir en asuntos extrajudiciales, y relacionados con bienes raíces,
- e) El valor probatorio de las cartas de los escribanos era relativo e inseguro.

En la segunda época, las disposiciones son todas del siglo XVI:

- a) En 1501 los escribanos provistos en oficios renunciados presentarían los títulos en los Ayuntamientos dentro de los 60 días.
- b) En 1502 se dispuso que los registros de escrituras se entregasen al escribano sucesor del muerto o privado del oficio. Esta disposición es muy importante, porque reconoce que el fondo de la función instrumental no tiene carácter patrimonial.
- c) En 1503 se prohibió nombrar escribanos en los pueblos donde los hubiera de número.
- d) También en 1503 se dispuso que los escribanos asentaran los derechos que llevan a las partes, tanto en el registro como en las cartas que dieran.
- e) En el mismo año 1503 se dieron 5 leyes sobre la formación del protocolo y otras disposiciones relativas.

1.5 Evolución del Notariado en México.

1.5.1 Época Precolonial (*los Tlacuilos*).

Antes del descubrimiento de América, en Tenochtitlán no existieron notarios en el sentido que lo entendemos en la actualidad. Existía un personaje llamado *Tlacuilo*, quien a manera del escriba egipcio era hábil para escribir y redactar documentos, es decir, era el artesano azteca que dejaba constancia de los acontecimientos por medio de signos ideográficos y pinturas, con lo que se guardaba memoria de ellos.

Los códices que se elaboraron por los *Tlacuilos* son aproximadamente quinientos, de los cuales solo dieciséis pertenecen a la época prehispánica.

Para la historia del notariado latinoamericano es importante señalar lo siguiente:

a) La intervención de la Bula Inter Coetera (la bula Inter Coetera del Papa Alejandro VI, Rodrigo de Borja, del 4 de mayo de 1493, señaló a la Corona Española como propietaria de las tierras descubiertas) cuando dispuso:

"...Queremos que a sus asuntos firmados de mano de notario público, para ello requerido, y corroborados con sello de alguna persona constituida en dignidad eclesiástica, o de algún cabildo eclesiástico, se les dé la misma fe en juicio, y fuera de él, y en cualquier otra parte..."

b) Entre los integrantes de la expedición realizada por Cristóbal Colón, se encontraba Don Rodrigo de Escobedo, escribano del Consulado del Mar, quien redactaba el diario de la expedición en nombre de los Reyes Católicos. La historia lo considera el primer escribano que ejerció en América sobre todo dando fe de los actos de ocupación de la Corona Española en tierras americanas.

c) Durante la conquista, los escribanos, como fedatarios dejaron constancia escrita de la fundación de ciudades, creación de instituciones, de asuntos que se trataron en los cabildos y de otros hechos relevantes sobre la historia de esa época.

d) Es relevante la figura de Hernán Cortés, porque fue un jurista con profundo conocimiento de las leyes, y que obtuvo esta formación a través del trabajo que desempeñó como ayudante de escribano en Extremadura y Sevilla.

1.5.2 Epoca Colonial.

Durante la colonia el rey tenía la facultad de designar a los escribanos por ser una de las actividades del Estado; así lo estableció Alfonso X, el Sabio, en Las Siete Partidas.

La función fedataria se ejerció en un principio por escribanos peninsulares, que después fueron sustituidos por criollos. Una de las formas de ingreso a la escribanía era la compra del oficio.

Las Leyes de las Indias las declararon vendibles y renunciables, es decir, susceptibles de ser propiedad privada.

De acuerdo con Las Siete Partidas, Novísima Recopilación y Leyes de Indias, además de la compra del oficio, había otros tres requisitos para el ejercicio, ser mayor de 25 años, lego, de buena fama, cristiano, reservado, de buen entendimiento, conocedor del escribir y vecino del lugar. Debía realizar sus escrituras en papel sellado, con letra clara y en castellano, sin abreviaturas ni guarismos y actuar personalmente; también tenían la obligación de leerlos íntegramente, dando fe del conocimiento y de la firma de los otorgantes. Los instrumentos tenían valor probatorio pleno.

La escribanía era una actividad probada, el escribano era retribuido por sus clientes de acuerdo con un arancel de aplicación obligatoria. El rey señalaba el signo (similar al sello de autorizar actual) que debía usar cada escribano.

En los siglos XVI y XVII los protocolos se constituían por cuadernos sueltos que posteriormente los escribanos cosían y encuadernaban, por lo general, en forma semestral.

En el siglo XVI, en 1573, cuando había terminado la Conquista, se creó la primera organización de escribanos de la Nueva España con el nombre de Cofradía de los Cuatro Santos Evangelistas. Fue hasta 1792 cuando se erigió el Real Colegio de Escribanos de México. Al año siguiente se creó la Academia de Pasantes y Aspirantes de Escribanos. Y es por medio de cédulas, leyes y decretos como se logró una evolución de la actividad notarial en esa época.

Este Colegio, junto con el de Abogados, constituyen las instituciones de profesionistas más antiguas de América.

1.5.3 Época Independiente.

En el México Independiente aún se siguió la costumbre de los oficios públicos vendibles y renunciables entre los cuales se encontraba la escribanía.

El 23 de mayo de 1837 se dictó la Ley para el Arreglo Provisional de la Administración de Justicia en los Tribunales y Juzgados del Fuero Común, la cual en sus artículos 21 y 22 establecía la aprobación de un examen teórico-práctico como una forma de regreso a la escribanía. En esta época el notario formaba parte de la Judicatura.

En 1843 fueron aprobadas las Bases Orgánicas de la República Mexicana y se expidieron varios decretos sobre la organización de los Juzgados del Ramo Civil y Criminal del Distrito Federal; en el del 30 de noviembre de 1846 se hizo referencia a los escribanos públicos y de diligencia en materia civil, se les integra o adscribe a los Juzgados como señala la Ley para el Arreglo de la Administración de Justicia en los Tribunales y Juzgados del Fuero Común de 1853. Debían recibirse y matricularse en el Colegio de Escribanos de México. Recibirse significaba que debían aprobar dos exámenes y, posteriormente, el supremo gobierno extendía el título y debían incorporarse al Colegio de Escribanos; su número lo fijaba el supremo tribunal

En 1854 se les impuso la obligación de avisar a las autoridades políticas de los testamentos, una vez fenecido el testador, cuando se promoviera ante ellos un juicio sucesorio o los inventarios se presentaran para su protocolización.

En la Constitución de 1857 se estableció el sistema federal como organización política, pero al entrar el ejército francés y proclamarse el Imperio, se creó una Junta Superior de Gobierno, dentro de ella un Poder Ejecutivo y una Asamblea de Notables, la cual acordó que el Poder Ejecutivo se denominara Regencia, la cual en el ejercicio de sus facultades, dictó el decreto de 1864, que regulaba las actividades del notariado y, por primera vez, se habló de notario para referirse al escribano.

En el Segundo Imperio, Maximiliano de Habsburgo expidió la Ley Orgánica del Notariado y del Oficio de Escribano en 1865 y definió al notario público como funcionario para redactar y autorizar con su firma las escrituras de las últimas voluntades, actos y contratos que se celebraran entre las partes, así como los autores, y demás diligencias de los procedimientos judiciales, que poseía funciones vitalicias, pero podía privársele de ellas temporalmente o de manera perpetua por causa justa y calificada.

El nombramiento de notarios públicos era conferido por el Tribunal Superior de cada capital, a propuesta de los jueces de lo civil, quienes señalaban a dos, de los cuales el Tribunal debía elegir.

En la Ley Orgánica de Notarios y Actuarios del Distrito Federal de 1867, uno de los avances que trajo, fue la confirmación del término de la venta de las notarías, reconociendo, sin embargo, las ya adquiridas, la separación de los actos de notario y del secretario del juzgado y la sustitución del signo por el sello notarial.

Esta ley definió al notario como "el 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".

De acuerdo con el Reglamento del Colegio Nacional de Escribanos, del 14 de noviembre de 1870, el Colegio se integraba por los escribanos con matrícula, que era obligatoria para ejercer en el Distrito Federal.

1.5.4 Epoca Contemporánea. (Leyes del Notariado para el Distrito Federal de 1901, 1932, 1945 y 1980)

A principios del siglo XX se estructuró y organizó el notariado en forma definitiva, existe ya una regularización sistemática.

Porfirio Díaz promulgó el 19 de diciembre de 1901 la Ley del Notariado para el Distrito Federal y Territorios Federales; en esta ley la función notarial se consideró de orden público y se debía conferir por el Ejecutivo de la Unión; su dirección estaba a cargo de la Secretaría de Justicia, y posteriormente se encomendó al gobierno del Distrito Federal. Cuando no hubiese notario en el lugar, los jueces de primera instancia podían desempeñar las funciones del notario por receptoría.

Los instrumentos debían constar en forma original en el protocolo; con el cual se llevaba una carpeta llamada apéndice, en donde se depositaban los documentos relacionados con los actos notariales. Existía un Libro de Poderes, en el cual se asentaban

los contratos de mandato, además existía el Libro de Extractos para anotar un resumen del instrumento con mención de su número. Tenía el deber de confirmar un índice general de los instrumentos que hubiese autorizado.

Esta ley preveía la expedición de uno o varios testimonios, le daba valor probatorio al documento notarial. El Consejo de Notarios tenía como finalidad auxiliar, a la Secretaría de Justicia en la vigilancia del cumplimiento de la Ley del Notariado, establecía la responsabilidad de los notarios por delitos y faltas que cometieron durante el ejercicio de sus funciones.

La Ley del Notariado para el Distrito Federal y Territorios Federales del 20 de enero de 1932, abrogó a la de 1901. Aunque siguió su método y estructura, evolucionó en los siguientes aspectos: excluyó a los testigos de la actuación notarial y por disposición del Código Civil sólo subsisten los testigos instrumentales en el testamento, estableció el examen de aspirante a notario con un jurado integrado por cuatro notarios y un representante del Departamento del Distrito Federal, y dio al Consejo de Notarios el carácter de órgano consultivo del Departamento del Distrito Federal. Contemplaba la figura de la descripción, esto es, admitía que un notario fuera suplido por alguien quien asumía esa función sólo durante ausencia temporal o definitiva de éste.

Por decreto del 6 de enero de 1944 se reformó la Ley del Notariado para el Distrito Federal y se implantó un nuevo sistema protocolar integral de carácter abierto y obligatorio, esto es, dejaron de usar libros que se empastaran previamente y se sustituyen por folios encuadernables; se cambió de denominación al protocolo abierto especial y se le llamó protocolo especial, se creó el Libro de Registro de Cotejos, y se dio una serie de reglas aplicables a los nuevos formalismos.

La Ley del Notariado para el Distrito Federal y Territorios de 1945, vigente a partir de marzo de 1946, se componía de 194 artículos, que se dividían en dos títulos. Regía al notariado como una función de orden público a cargo del Ejecutivo de la Unión, quien a través del Departamento del Distrito Federal la encomendaba a profesionales del derecho que obtuvieron la patente de notario; le correspondía al Ejecutivo discutir todos los reglamentos necesarios para regular la actividad notarial.

Se refería al notario como: "La persona, varón o mujer, investida de fe pública, para hacer constar los actos y hechos jurídicos a los que los interesados deban o quieran dar autenticidad conforme a las leyes y autorizado para intervenir en la formación de tales actos o hechos, jurídicos revistiéndolos de solemnidades y formas legales". Reconocía al notario como un funcionario público y un profesional del derecho, que debía ilustrar a las partes en materia jurídica y que tenía el deber de explicarles el valor y consecuencias legales de los actos que fueran a otorgarse. Reconocía la posibilidad del ingreso de las mujeres al notariado, lo que antes de ésta ley, era discutible.

El notario sólo podía actuar en el Distrito Federal, aunque los actos que autorizara podían referirse a cualquier otro lugar. (según el principio de *Locus regit actum*)

El avance más importante de esta ley consistió, en que se confirmó el examen de oposición para obtener la patente de notario; sólo podían participar los que tuvieran la categoría de aspirante a notario, es decir, que hubieran aprobado el examen teórico-práctico correspondiente. Una vez que obtenían la categoría de aspirante, era necesaria una vacante, ya fuera por fallecimiento, renuncia o destitución de un notario. Al amparo de esta ley llegaron a existir hasta 150 notarías; además se terminó con el sistema de adscripción.

La ley establecía la colegiación obligatoria para los notarios. El Colegio actuaba mediante un Consejo; entre las atribuciones del Consejo estaba la de ser un auxiliar del Gobierno del Distrito Federal en la vigilancia del cumplimiento de la ley, reglamentos y otras disposiciones que se dictaran en materia de notariado; asimismo, resolvía las consultas hechas por los notarios del Distrito Federal y estudiaba los asuntos que se le encomendaban.

La Ley Federal del Notariado para el Distrito Federal de 1980. Esta Ley se publica en el Diario Oficial de la Federación el 8 de enero de 1980 e inició su vigencia sesenta días después. Dentro de sus principales cambios, contempla la creación de 50 notarías para el Distrito Federal que se ubicaron dentro de una delegación política (para entonces las notarías del Distrito Federal se elevaron a 200). Esta ley siguió principalmente la mayoría de los aspectos formales e institucionales que se previeron en la Ley de 1945.

Por el decreto del 27 de diciembre de 1985, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 13 de enero de 1986, entrando en vigor al día siguiente a su publicación, se reformaron, adicionaron y derogaron diversas disposiciones de la Ley del Notariado para el Distrito Federal. Es importante destacar, entre otros; la reforma al artículo 10, que a la letra dice:

"Notario es un licenciado en Derecho investido de fe pública, facultado para autenticar y dar forma en los términos de ley a los instrumentos en que se consignan los actos y hechos jurídicos. La formulación de los instrumentos se hará a petición de parte" (este artículo se reformó también el 6 de enero de 1994, pero continuó conservando el carácter de particular que tiene el notario)

Con esta reforma el notario ya no se considera funcionario o servidor público.

Asimismo, se adiciona la sección quinta que contenía los artículos 59-A al 59-O, en la cual se preveía el protocolo abierto especial para los actos y contratos en que interviniera el Departamento del Distrito Federal, y las dependencias y entidades de la administración pública federal cuando actuaran para el fomento de la vivienda o con motivo de programas para la regularización de la propiedad inmueble. (Se vuelve a utilizar el sistema de protocolo encuadernable, mismo que estuvo vigente hasta antes de que entrara en vigor la Ley de 1901)

El arancel del notario para el Distrito Federal, que aún se encuentra vigente, se publicó en el Diario Oficial de la Federación del 25 de julio de 1988, el cual abrogó al del 31 de diciembre de 1947.

Por decreto del 16 de julio de 1993, se acordó ampliar el número de notarios en el Distrito Federal, por lo que se crearon 50 más y se elevaron su número a 250.

CAPITULO 2

EL TESTAMENTO Y LOS LEGADOS

CAPITULO 2. EL TESTAMENTO Y LOS LEGADOS.

2.1 Concepto y elementos fundamentales del testamento.

La palabra testamento proviene de la palabra "testis", que significa testigo, y también de "testas" que significa atestiguar.

El concepto de testamento es, según De Pina Vara Rafael:

"Un acto jurídico unilateral, individual, personalísimo, libre, solemne y revocable, mediante el cual quien lo realiza dispone, para después de su muerte de lo que haya de hacerse de sus bienes y derechos transmisibles, y expresa su voluntad sobre todo aquello que, sin tener carácter patrimonial, pueda ordenar, de acuerdo con la ley". (6)

Otro concepto es el que nos da Rafael Rojina Villegas, citando a Rodolfo Sohm, y que es el siguiente:

"Testamento es un acto jurídico unilateral, personalísimo, revocable y libre, por el cual una persona capaz transmite sus bienes, derechos y obligaciones que no se extinguen por la muerte a sus herederos o legatarios, o declara y cumple deberes para después de la misma". (7)

Nuestro Código Civil actual en su artículo 1295, define al testamento de la siguiente manera:

"Testamento es un acto personalísimo, revocable y libre, por el cual una persona capaz, dispone de sus bienes y derechos y declara o cumple deberes para después de su muerte".

(6) DE PINA V., Rafael: Diccionario de Derecho. Ed. Porrúa, México, 1994, p. 477.

(7) ROJINA VILLEGAS, Rafael: Compendio de Derecho Civil, Tomo II, Ed. Porrúa, México, 1990, p. 385.

De las definiciones anteriormente transcritas, podemos deducir los siguientes elementos:

- a) El testamento es un acto jurídico, es decir, una manifestación de la voluntad humana con la intención de producir efectos jurídicos, y no un hecho jurídico, que es: todo acontecimiento fuera de la voluntad humana capaz de producir efectos en el ámbito jurídico.
- b) Es un acto unilateral, esto es, que solo genera obligaciones para una de las partes y derechos para la otra. En contraposición, es bilateral aquel acto en el cual se generan obligaciones para ambas partes.
- c) Es un acto personalísimo, no pueden testar en el mismo acto dos o más personas, la voluntad del testador no puede realizarse por representante alguno, ni tampoco el testador puede nombrar un tercero para que este haga la designación de heredero o legatario de bienes o cantidades.
- d) Es un acto solemne, cuyo propósito es dar a conocer la voluntad del testador para después de su muerte. El artículo 1491 del Código Civil establece que el testamento es nulo cuando se otorga en contravención a las normas prescritas por la ley. En este caso, la inobservancia de la forma, no produce la nulidad relativa, ya que no cabe la confirmación o ratificación del acto.
- e) Es un acto revocable y libre, el testador de acuerdo a lo que establece el artículo 1493 del Código Civil; es nula la renuncia a la facultad de revocar el testamento, por lo que el testador puede dejar sin efecto el testamento, las veces que él quiera con el otorgamiento de uno nuevo. Asimismo, el testamento es un acto libre, ya que el testador puede designar en las condiciones que quiera, a los herederos, legatarios; bienes, derechos y obligaciones.
- f) Es un *actio mortis causa*, es decir, que surtirá sus efectos hasta la muerte del testador, sin importar el tiempo que haya transcurrido entre su otorgamiento y el fallecimiento.

En cuanto a los elementos fundamentales del testamento, tenemos los siguientes:

- a) Manifestación de la voluntad.- debe hacerse por el testador en forma clara y expresa, es decir, no se acepta una manifestación de voluntad tácita que se pretenda

deducir de hechos, ni tampoco puede el testador manifestar su voluntad mediante señas o monosílabos contestando a las preguntas que se le hagan. (artículo 1489 del Código Civil)

b) Interpretación.- a pesar de que se exige que en todo testamento se manifieste en una forma clara y expresa la voluntad del testador, pueden presentarse problemas de interpretación que la ley resuelve fijando normas generales. Cuando del texto claro del testamento se desprenda en una forma también manifiesta la intención del testador, no existe problema de interpretación, es decir, coinciden la letra con la intención en la manifestación de la voluntad. El problema se presenta cuando el texto resulta distinto o contrario a la voluntad del testador, es decir, cuando se emplean palabras que inducen a error o duda y que aparecen contrarias con lo que el testador ha querido significar. En este caso se cita como regla de interpretación el Código vigente: debe prevalecer la intención sobre el texto del documento.

c) Objeto.- para el testamento el objeto puede consistir en la institución de herederos y legatarios o en la declaración y cumplimiento de ciertos deberes o ejecución de determinados actos jurídicos. El testamento existe por la simple institución de herederos o legatarios o bien puede faltar ésta, si el testador ejecuta otros actos jurídicos, como reconocimiento de hijos, designación de tutor o, finalmente, puede existir el testamento para el reconocimiento de ciertos deberes a efectos de que se ejecuten después de la muerte. El artículo 1378 del Código Civil, nos dice: El testamento otorgado legalmente será válido, aunque no contenga institución de heredero y aunque el nombrado no acepte la herencia o sea incapaz de heredar. De manera que puede no existir institución de heredero o el nombrado ser incapaz o bien pueda renunciar; en estos tres casos existe el testamento. (artículo 1379 del Código Civil)

d) Institución de herederos y legatarios.- cuando la transmisión es a título universal, existe la institución de herederos; y cuando la transmisión es a título particular, entonces se instituyen legatarios. En tal virtud, por institución de heredero debe entenderse al acto por virtud de la cual el testador transmite a una persona la totalidad de su patrimonio o una parte alicuota del mismo, y por institución de legatario el acto por el cual el testador transmite a una persona un bien determinado o determinable, corporal o incorporal, es decir, una cosa o un derecho. La institución de herederos no impide que exista al mismo tiempo la institución de legatarios.

e) Posibilidad del objeto.- en los actos jurídicos debe ser posible; si es imposible, el acto jurídico es inexistente, justamente porque la imposibilidad puede ser física o jurídica,

de manera que el objeto debe ser posible tanto desde el punto de vista físico como jurídico. No basta que los bienes existan en la naturaleza. Es necesario que estén en el comercio, que sean determinados o determinables, para que puedan considerarse como objetos indirectos del acto jurídico.

2.2 De la capacidad para hacer testamento y para heredar.

El artículo 1305 del Código Civil establece que pueden testar todas aquellas personas a quienes la ley no les prohíbe expresamente el ejercicio de ese derecho.

En nuestro derecho sólo hay dos casos de incapacidad para testar:

1. Los que no han cumplido 16 años, y
2. Los que habitual o accidentalmente no disfruten de su cabal juicio.

En el caso de los menores de 16 años la incapacidad es absoluta.

La incapacidad por los que habitual o accidentalmente no disfrutan de su cabal juicio es relativa, esto en virtud de que el testamento hecho por un demente en un intervalo de lucidez se toma como válido, siempre y cuando, el tutor o su familia presente por escrito una solicitud al juez que corresponda, el cual nombrará a dos médicos, de preferencia especialistas en la materia, para que examinen al enfermo y dictaminen su estado mental. El juez deberá estar presente y hará cuantas preguntas estime convenientes para determinar la capacidad para testar de la persona.

Una vez terminado el examen, se levantará un acta y si el resultado fuera favorable, se procederá al otorgamiento del Testamento Público Abierto ante Notario Público con todas las solemnidades que se requieren. Además de la firma del Notario y de los testigos en el acta, lo harán también el juez y los médicos que intervinieron en el reconocimiento de lucidez del testador.

El Notario, deberá asentar al pie del testamento, que durante todo el acto el testador conservó perfecta lucidez de juicio. A falta de este requisito el testamento será nulo.

Asimismo, el artículo 1312 del Código Civil, establece que, para juzgar la capacidad del testador, se atenderá especialmente al estado en que se halle al hacer el testamento.

En cuanto a la capacidad para heredar, como en el caso anterior el Código Civil para el Distrito Federal en su artículo 1313 establece que toda persona tiene capacidad para heredar, bien sea testamentaria o legítima, y no pueden ser privadas de ella de un modo absoluto; pero con relación a ciertas personas, y a determinados bienes, pueden perderla por alguna de las siguientes causas:

a) Por falta de personalidad. Los que no hayan sido concebidos a la muerte del testador, o los concebidos que no nazcan viables. Será válida la capacidad de heredar de las personas que nazcan después de otorgado el testamento durante la vida del testador. (artículos 1314 y 1315 del Código Civil)

b) Por delito. El que haya cometido delito, acto inmoral, intentado dar muerte, conducta reprobable en contra del autor de la herencia, sus ascendientes, descendientes, cónyuge o hermanos; el que haya cometido adulterio, o haya acusado de algún delito al autor de la herencia; por dolo o fraude, violencia física o moral para que haga, deje de hacer o revoque testamento; también en el caso de supresión, substitución o suposición de infante. (artículos 1316 al 1320 del Código Civil)

c) Presunción de influencia contraria a la libertad del testador o a la verdad o integridad del testamento. Por presunción de influjo contrario a la libertad son incapaces de adquirir por testamento los tutores y curadores del menor, a no ser que sean instituidos antes de ser nombrados para el cargo o después de la mayoría de edad de aquél, estando ya aprobadas las cuentas de la tutela; el médico que haya asistido al testador durante su última enfermedad, si entonces hizo su disposición testamentaria así como el cónyuge, ascendientes, descendientes y hermanos del médico a no ser que los herederos instituidos sean también herederos legítimos. (artículos 1321 al 1323 del Código Civil)

Por presunción de influjo contrario a la verdad e integridad del testamento son incapaces para heredar el Notario y testigos que intervinieron en él, ministros del mismo culto o de un particular con quien no tengan parentesco dentro del cuarto grado, directores

espirituales, de todos ellos además sus cónyuges, ascendientes, descendientes o hermanos. (artículos 1324 al 1326 del Código Civil)

d) Falta de reciprocidad internacional. Son incapaces de heredar los extranjeros, cuando según las leyes de su país no puedan heredar a los mexicanos. (artículos 1327 y 1328 del Código Civil)

e) Utilidad Pública. Dentro de esta incapacidad quedan comprendidas las Iglesias, los extranjeros en lo que toca a la zona prohibida (100 km. en frontera y 50 km. en playa), las sociedades extranjeras para adquirir bienes raíces en la República Mexicana (y las demás enumeradas en el artículo 27 de la Constitución), las sociedades comerciales por acciones, no pueden adquirir por herencia fincas rústicas que se destinen a la agricultura. (artículos 1329 y 1330 del Código Civil)

f) Por renuncia o remoción de algún cargo conferido en el testamento. Son incapaces de adquirir por testamentos los que se rehúsen a aceptar sin justa causa cargos de tutor, curador, o albacea, o hayan sido removidos de los mismos por mala conducta. (artículo 1331 al 1333 del Código Civil)

De acuerdo a lo que establece el Código Civil para el Distrito Federal, Rafael Rojina Villegas nos dice que para juzgar de la capacidad o incapacidad para heredar, se toma en cuenta el momento de la muerte del autor de la herencia. Si la causa de incapacidad sobreviene después, no origina la imposibilidad de adquirir bienes por herencia testamentaria o legítima, a no ser en el caso de remoción del cargo conferido por testamento, cuando se comprueba la mala conducta del albacea, tutor o curador. Cuando la institución sea condicional se requiere, además, capacidad en el momento en que se realiza la condición.

Estas capacidades pueden ser prescriptibles o imprescriptibles.

Cuando la incapacidad se impone por motivos de orden público, en cualquier tiempo puede ejercitarse la acción, que es imprescriptible. Se requiere para que alguien sea privado de la herencia que se le ha dejado por testamento, o por sucesión legítima, que exista una declaración judicial admitiendo la causa de incapacidad.

Las incapacidades impuestas por motivos de interés privado son prescriptibles. Si no se ejercita la acción por aquél que tenga interés en la herencia en un término de tres años, prescribe la causa.

Una vez declarada la incapacidad por sentencia, el heredero aparente o sea, el heredero incapaz, debe devolver los bienes que se le han transmitido por herencia o legado. Sin embargo, en protección de los terceros de buena fe, no se acepta la nulidad de todos los contratos, enajenaciones o gravámenes llevados a cabo por el heredero incapaz que haya contratado con dichos terceros, siempre y cuando se trate de actos a título oneroso. En este caso el heredero legítimo no podrá proceder en contra del tercero adquirente y sólo tendrá una acción personal de indemnización en contra del heredero aparente y, naturalmente, el resultado efectivo de esta acción dependerá de la solvencia del heredero incapaz. (artículo 1343 del Código Civil)

2.3 Clasificación de los testamentos.

Según el Código Civil para el Distrito Federal en su artículo 1499, nos dice que por su forma, se pueden encontrar dos tipos de testamentos: los ordinarios y los especiales.

Los ordinarios pueden ser:

- Testamento Público Abierto.
- Testamento Público Cerrado.
- Testamento Público Simplificado.
- Testamento Ológrafo.

Los especiales pueden ser:

- Testamento Privado.
- Testamento Militar.
- Testamento Marítimo
- Testamento Hecho en País Extranjero.

“Los testamentos especiales son aquellos que se hacen tomando en cuenta determinadas circunstancias y sólo en atención a las mismas, se permite recurrir a esa forma privilegiada, no siendo eficaz en los casos ordinarios”. (8)

Asimismo el artículo 1502 del Código Civil para el Distrito Federal, señala que no pueden ser testigos las siguientes personas:

1. Los amanuenses del Notario que lo autorice.
2. Los menores de 16 años.
3. Los que no estén en su sano juicio.
4. Los ciegos, sordos o mudos.
5. Los que no entiendan el idioma que habla el testador.
6. Los herederos o legatarios, sus descendientes, ascendientes, cónyuges o hermanos. Para el caso de que alguna de estas personas llegare a ser testigo, producirá la nulidad respecto a la disposición que le beneficie, a ella misma o a sus parientes antes mencionados.
7. Los que hayan sido condenados por delito de falsedad.

Las formalidades generales para los testamentos son:

1. Continuidad en el acto.- no puede llevarse a cabo un testamento interrumpiendo el acto para continuarlo en la misma fecha o en otra distinta.
2. Presencia de testigos y/o del Notario en los casos de los testamentos en los que sea requisito.
3. Identidad del testador y su capacidad, que debe ser conocida y apreciada por los testigos y/o el Notario.

2.3.1 Testamento Público Abierto.

Es aquél que se otorga de conformidad con lo estipulado en el artículo 1511 y siguientes del Código Civil para el Distrito Federal.

(8) *Ibidem*. P. 406

Esta forma de testar es, desde luego, la más solemne, habiéndose calificado su denominación de testamento público abierto como equívoca, puesto que en cierto sentido también es público (es cuanto a que la autoriza un funcionario de ésta clase y tiene, por tanto, plena autenticidad) el testamento cerrado, pero en realidad la denominación de público hace referencia a su publicidad más que a la calidad de la función del notario que lo autoriza, aunque esta influye también en ella.

El notario actúa como fedatario, para dar fe del acto en que consiste el otorgamiento del testamento.

El Testamento Público Abierto, es el que se otorga ante notario. El testador expresará de modo claro y terminante su voluntad al notario, quien redactará por escrito el testamento, sujetándose estrictamente a la voluntad del testador, y las leerá en voz alta para que éste manifieste si esta conforme.

En caso de que el testador estuviere conforme firmarán la escritura el testador, el notario y los testigos en caso de que los hubiere, y en su caso el intérprete; asentándose el lugar, año, mes, día y hora en que se otorgue (artículos 1511 y 1512 del Código Civil).

Para los casos que a continuación señalaremos y que se encuentran previstos en el Código Civil, así como cuando el testador o el notario lo solicitan, dos testigos deberán concurrir al acto de otorgamiento y firmar el testamento testigos instrumentales quienes podrán intervenir, además como testigos de conocimiento:

a) Cuando el testador declare que, no sabe o no puede firmar el documento, uno de los testigos firmará a ruego del testador, y éste imprimirá su huella digital.

b) Cuando el testador fuere enteramente sordo, pero que sepa leer, deberá dar lectura a su testamento; si no supiere o no pudiere hacerlo, designará a una persona que lo lea a su nombre.

c) Cuando el testador sea ciego o no pueda o no sepa leer, se dará lectura al testamento dos veces; uno por el notario y otra por uno de los testigos u otra persona que el testador designe (artículos 1513 al 1517 del Código Civil).

El artículo 1518 del Código Civil establece los casos para el testador que ignore el idioma del país, y que a la letra dice:

“Cuando el testador ignore el idioma del país, si puede, escribirá su testamento que será traducido al español por el intérprete al que se refiere el artículo 1503. La traducción se transcribirá como testamento en el respectivo protocolo y el original, firmado por el testador, el intérprete y el notario, se archivará, en el apéndice correspondiente del notario que intervenga en el acto.

Si el testador no puede o no sabe escribir, el intérprete escribirá el testamento que dicte aquél y leído y aprobado por el testador, se traducirá al español por el intérprete que debe concurrir al acto hecha la traducción se procederá como se dispone en el párrafo anterior.

Si el testador no puede o no sabe leer, dictará en su idioma el testamento al intérprete. Traducido éste, se procederá como dispone el párrafo primero de este artículo.

En este caso el intérprete podrá intervenir, además, como testigo de conocimiento.”

El Código Civil para el Distrito Federal, al disponer (artículo 1519) que las formalidades del testamento abierto se practiquen acto continuo, está aludiendo a la unidad del acto, requisito que tradicionalmente viene exigido como garantía de que durante su otorgamiento no se intercalen asuntos ajenos que puedan quitarle seriedad y poner en entredicho la espontaneidad y libertad del testador.

Ahora bien, la función que el notario cumple en el otorgamiento de un testamento no se concreta a dar fe del acto, sino que constituye también una garantía de la corrección del mismo, dado el carácter de técnico del derecho que tiene, como titular de una profesión jurídica reglamentada por el Estado.

Faltando alguna de las referidas solemnidades, quedará el testamento sin efecto, y el notario será responsable de los daños y perjuicios en que se incurra, además, en la pena de pérdida de oficio.

2.3.2 Testamento Público Cerrado.

Es aquél testamento que es redactado por el mismo testador o por otra persona a su ruego, y además puede ser escrito en papel común.

Este testamento conlleva varios requisitos sin los cuales, éste no será válido.

Una vez que el testador haya redactado su testamento público cerrado, deberá rubricar todas y cada una de las hojas y firmar al calce del testamento.

En caso de que otra persona lo haya escrito a su ruego, éste será quien deberá firmar, rubricar y concurrir junto con el testador con el pliego cerrado ante el Notario, en donde el testador declarará que fue la otra persona quien rubricó y firmó a su nombre y éste firmará en la cubierta con los testigos y el Notario.

El papel en el que esté escrito el testamento o el que le sirva de cubierta, deberá estar cerrado y sellado, o el testador lo hará cerrar y sellar al momento del otorgamiento; el testador declarará en presencia del Notario y de tres testigos, que en el pliego que presenta se encuentra su última voluntad.

A continuación el Notario dará fe del otorgamiento, constancia que deberá extenderse en la cubierta del testamento, el cual llevará las estampillas del timbre correspondiente, deberá ser firmada por el testador, los testigos y el Notario, quien además estampará su sello.

Si al momento de hacer la presentación del testamento el testador no pudiere firmar lo hará otra persona en su nombre y en su presencia, no debiendo hacerlo ninguno de los testigos.

Sólo en los casos de suma urgencia, ya sea porque alguno de los testigos no pudiese hacerlo, o porque el testador sea el que no puede; en ese caso el Notario lo hará constar expresamente, bajo pena de suspensión de su cargo por tres años.

Son inhábiles para hacer Testamento Público Cerrado, los que no saben o no pueden leer.

En el caso del sordomudo, éste podrá hacer Testamento Público Cerrado siempre que este escrito, fechado y firmado por él, y que al presentarlo ante el Notario sea con cinco testigos y escriba y firme en presencia de todos que en el pliego se encuentra su última voluntad y va escrita y firmada por él.

Si quien otorga testamento es sólo mudo o sólo sordo, puede hacer éste testamento con tal de que esté escrito de su puño y letra, o si ha sido escrito por otra persona en su nombre lo anote así el testador en su testamento y firme la nota de su puño y letra cumpliendo con las demás solemnidades de este tipo de testamento.

Una vez otorgado el testamento el Notario lo entregará al testador y lo pondrá razón en el protocolo del lugar, hora día, mes y año en que el testamento fue autorizado y entregado . El testador podrá conservar el testamento, depositarlo en el Archivo Judicial o darlo en guarda a una persona de su confianza.

Cuando el juez reciba un testamento cerrado, hará comparecer al notario y a los testigos que concurrieron a su otorgamiento. Para que un juez pueda decretar la publicación y protocolización del testamento, este debe de hacer comparecer a los testigos instrumentales, a la persona que haya firmado a su ruego en su caso, y también al Notario, para que reconozcan ante éste, las firmas respectivas, y si el sobre se encontraba en las mismas condiciones a como estaba al momento de su entrega, ya que en caso de que el sobre estuviere abierto, o que llegarán a existir raspaduras, o enmendaduras, éste quedará sin efecto.

Para el caso de que alguno o algunos de los testigos no pudieran presentarse ya sea por enfermedad, muerte o ausencia, el reconocimiento se hará por mayoría de éstos y el Notario.

2.3.3 Testamento Ológrafo.

Es aquel testamento que es escrito de puño y letra del testador, mayor de edad, y que únicamente podrá surtir sus efectos, si se deposita en el Archivo General de Notarias.

Los artículos 1550 y 1551 del Código Civil, establecen que para que el testamento sea válido, además de que es necesario que este escrito de puño y letra del testador, se requiere su firma, con la expresión del día, mes y año en que se otorgó. Los extranjeros lo podrán otorgar en su propio idioma.

Para el caso de que éste testamento tuviere tachaduras, enmendaduras o enterrrenglones, estas podrán ser salvadas por el testador, bajo su firma, y en caso de omisión, sólo afectará la validez de las palabras con las deficiencias antes señaladas.

El procedimiento para depositar el testamento ológrafo es el siguiente, según los artículos 1553 y siguientes del Código Civil: Una vez que el testador haya hecho su testamento por duplicado, debe de imprimir en cada ejemplar su huella digital.

El depósito se debe hacer de manera personal, y en caso de que el encargado del Archivo General de Notarias no conozca al testador, este deberá hacerse acompañar de dos testigos que lo identifiquen.

El original, dentro de un sobre cerrado y lacrado, debe ser depositado en el Archivo General de Notarias, el cual es requisito que contenga la nota: "Dentro de este sobre se contiene mi testamento.", expresándose a continuación el lugar y la fecha en donde se hace el depósito, siendo la nota firmada por el encargado del Archivo, el testador, y en su caso los dos testigos que lo identificaron cuando intervenga.

El duplicado, también cerrado en un sobre lacrado deberá llevar la nota "Recibí el pliego cerrado que el señor..... afirma contiene original de su testamento ológrafo, del cual, según afirmación del mismo señor, existe dentro de este sobre un duplicado".

El Código Civil contempla la posibilidad, de que para el caso de que el testador se encontrase imposibilitado para hacer entrega de su testamento ológrafo, el encargado del Archivo General de Notarías deberá ir al lugar en donde se encuentre el testador, para cumplir con las formalidades requeridas.

Los artículos 1557, 1558 y 1559 del Código Civil establecen que una vez hecho el depósito respectivo, el encargado del Archivo General de Notarías, deberá tomar razón en el libro respectivo a fin de que pueda ser identificado y también quede este, bajo su responsabilidad. Para que una vez que el juez promueva juicio sucesorio, el Archivo General de Notarías informe sobre el depósito del testamento, y así sea remitido a este.

Cabe señalar que el testador en todo momento puede retirar del Archivo General de Notarías su testamento, ya sea personalmente o por medio de un mandatario con poder especial otorgado en escritura pública. En cuyo caso se hará constar en acta que para el efecto se levante, y la cual deberán firmar el encargado del Archivo, el testador o el mandatario en su caso.

Sólo en caso de que el original depositado en el Archivo General de Notarías haya sido destruido o robado, se tendrá como formal el testamento duplicado; así lo establece el artículo 1562 del Código Civil. Y en su caso, el original o el duplicado quedarán sin efectos, cuando el sobre estuviere abierto, roto, o las firmas aparecieren con borraduras, raspaduras o enmendaduras aún cuando el contenido no sea vicioso.

Por último, el encargado del Archivo General de Notarías tiene la obligación de no proporcionar ningún tipo de informe sobre el Testamento Ológrafo sino solo al mismo testador, a los jueces competentes, y a los Notarios cuando tramiten la sucesión respectiva.

2.3.4 Testamento Público Simplificado.

Según el artículo 1549-bis del Código Civil para el Distrito Federal en su primera parte, define este tipo de testamento como:

“Aquel que se otorga ante notario respecto de un inmueble destinado o que vaya a destinarse a vivienda por el adquirente en la misma escritura en que consigne su adquisición o en la que se consigne la regularización de un inmueble que lleven a cabo las autoridades del Distrito Federal o de cualquier dependencia o entidad de la Administración Pública Federal, o en acto posterior de conformidad con lo siguiente...”

De la definición anteriormente transcrita, se deducen las siguientes características:

Primera.- Que al otorgar este tipo de testamento, es necesario siempre, la intervención de Notario Público.

Segunda.- Son materia del presente, los bienes inmuebles destinados o que vayan a destinarse a vivienda.

Tercera.- Las posibilidades que tiene el testador para poder otorgarlo, son en principio, por medio de la escritura en que se consigne su adquisición, o aquella en que el objeto sea la regularización hecha por las autoridades del Distrito Federal, o de cualquier dependencia o entidad de la Administración Pública Federal.

Cuarta.- El precio del inmueble o su valor de avalúo, no tratándose de regularización, no debe de exceder del equivalente de veinticinco veces el salario mínimo general vigente en el Distrito Federal elevado al año, al momento de su adquisición.

Según el Diario de los Debates de fecha 11 y 13 de diciembre de 1993 la iniciativa responde a la necesidad de regularizar la tenencia de la tierra y la seguridad en la posesión del suelo de la Ciudad de México. Para lo cual se estableció una figura jurídica que facilite el otorgamiento de la última voluntad, (llámese testamento) en relación con la vivienda que este adquiere (compraventa), mediante un procedimiento de titulación ágil y simplificado.

Esto con la intención de evitar las restricciones en la traslación de dominio de los bienes inmuebles cuando el titular de los derechos fallece y sus herederos legítimos

carecen de medios económicos para garantizar la continuidad de los derechos que tienen estos sobre los bienes inmuebles que les corresponden.

Los requisitos del Testamento Público Simplificado, se encuadran dentro de las seis fracciones del mismo artículo 1549-bis del Código Civil. Los cuales se transcriben de la siguiente forma:

- I. Que el precio del inmueble o su valor de avalúo no exceda del equivalente de veinticinco veces el salario mínimo general vigente en el Distrito Federal elevado al año, al momento de la adquisición. En los casos de regularización de inmuebles que llevan a cabo las dependencias y entidades, a que se refiere el párrafo anterior, no importará su monto.
- II. El testador instituirá uno o más legatarios con derecho de acrecer, salvo designación de sustitutos. Para el caso de que cuando se llevare a cabo la protocolización notarial de la adquisición en favor de los legatarios, estos fueren incapaces, y no estuvieren sujetos a patria potestad o tutela, el testador también podrá designarles un representante especial que firma el instrumento notarial correspondiente por cuenta de incapaces.
- III. Si hubiere pluralidad de adquirentes del inmueble, cada copropietario podrá instituir uno o más legatarios respecto de su porción. Cuando el testador estuviere casado bajo el régimen de sociedad conyugal, su cónyuge podrá instituir uno o más legatarios en el mismo instrumento, por la porción que le corresponda. En los supuestos a los que se refiere este artículo, no se aplicara lo dispuesto por el artículo 1296 de este Código.
- IV. Los legatarios recibirán el legado con la obligación de dar alimentos a los acreedores alimentarios, si los hubiere, en la proporción que el valor del legado represente en la totalidad del acervo hereditario de los bienes del autor de la sucesión.
- V. Los legatarios podrán reclamar directamente la entrega del inmueble, y no le serán aplicables las disposiciones de los artículos 1713, 1770 y demás relativos a este Código.
- VI. Fallecido el autor de la sucesión, la titulación notarial de la adquisición por los legatarios, se hará en los términos del artículo 876-bis del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

2.3.5 Testamento Privado.

Es aquel que se otorga cuando el testador no puede otorgar testamento ológrafo bajo determinadas circunstancias y requisitos:

- a) Que el testador sea atacado por una enfermedad tan violenta y grave que no dé tiempo de concurrir al Notario.
- b) Que en la población no exista Notario o juez que actúe por receptoría.
- c) Cuando aunque exista juez o Notario sea imposible que concurren a su otorgamiento.
- d) Cuando se trate de militares o asimilados del ejército, y estos entren en campaña o sean prisioneros de guerra.

Para otorgarse el testamento privado se requiere la presencia de cinco testigos, ante los cuales el testador deberá manifestar su voluntad.

El testador redactará el testamento, o si no lo puede hacer, lo hará cualquiera de los cinco testigos. Y en caso de extrema urgencia o en caso de que ninguno de los testigos sepa leer o escribir, se podrá prescindir de la forma escrita y además, el número de testigos se podrá reducir a tres.

Para que la declaración del testador sea válida como testamento privado, es necesario que el testador fallezca de la enfermedad o del peligro en que se hallaba o dentro de un mes de desaparecida la causa que lo autorizó.

Para el caso de que el testador muera dentro del mes siguiente, los interesados acudirán inmediatamente después de saber sobre la muerte del testador ante el juez de lo familiar, quien deberá citar al ministerio público y a los testigos, quienes deberán declarar: (artículo 1574 del Código Civil)

- I. El lugar, la hora, el día, el mes y el año en que se otorgó el testamento.
- II. Si reconocieron, vieron, y oyeron claramente al testador.
- III. El tenor de la disposición.

IV. Si el testador estaba en su cabal juicio y libre de toda coacción.

V. El motivo por el que otorgo el testamento privado.

VI. Si saben que el testador falleció o no de la enfermedad o en el peligro en que se hallaba.

Cabe mencionar que el Código Civil señala que los testigos deberán ser manifiestamente contestes, es decir, que sus declaraciones que rindan ante el juez, deberán coincidir en lo absoluto, con las de los otros testigos. Además de que deberán ser todos mayores de edad, y en caso de que no se encuentren en el mismo lugar, estos serán examinados por exhorto.

Si el juez considera que las declaraciones de los testigos fueron idóneas, y estuvieron conforme a la última voluntad del testador, declarará formal el testamento, y este surtirá todos sus efectos.

2.3.6 Testamento Militar.

Es aquel testamento que sólo lo pueden otorgar tres tipos de personas y bajo determinadas circunstancias.

Estos son: Los prisioneros de guerra, y los militares o asimilados al ejército al tiempo de entrar en acción de guerra o estando heridos en el campo de batalla.

El testamento militar se puede otorgar ya sea por escrito o de manera oral ante dos testigos únicamente.

El procedimiento de este testamento es el siguiente:

Habiendo los testigos recibido el pliego, el cual contiene la última disposición del testador, y estando este cerrado y firmado del puño y la letra del testador, hará entrega de este al jefe de la corporación quien lo deberá remitir a la Secretaría de la Defensa Nacional, y ésta a su vez lo deberá remitir a la autoridad judicial competente.

En caso de que el testador haya dispuesto de su última voluntad de manera oral, los testigos lo harán saber así al jefe de la corporación, y este lo informará a la Secretaría de la Defensa Nacional, y este a la autoridad judicial competente.

El artículo 1582 del Código Civil, nos remite a los artículos 1571 al 1578.

2.3.7 Testamento Marítimo.

Es aquel testamento que se otorga estando el testador en alta mar, a bordo de navíos de la marina nacional, sea de guerra o en una de tipo mercante.

Este testamento debe de constar siempre por escrito. No puede otorgarse de forma oral. Y se requiere necesariamente que sea ante dos testigos y el capitán, los cuales tienen la obligación de firmarlo.

En caso de que sea el capitán quien requiera hacer el testamento, el artículo 1585, establece que quien desempeñará sus veces, será el que lo suceda en el mando.

El testamento marítimo se debe redactar por duplicado, conservándose entre los documentos más importantes del navío, tomándose razón en el diario de navegación, incluyéndose fecha y hora del mismo.

Si el buque arribare a un puerto en donde existe un funcionario consular mexicano, agente diplomático o vicecónsul mexicano, depositará un ejemplar del testamento, fechado y sellado, con una copia que deberá constar en el diario del navío.

Si arriba a territorio mexicano, el capitán entregará uno o los dos ejemplares del testamento, en caso de que no haya dejado alguno en otro lugar, a la autoridad marítima del lugar.

Una vez que el capitán haya entregado él o los ejemplares a los funcionarios diplomáticos o a las autoridades portuarias, deberá exigir recibo de la entrega y tomar nota en el diario.

Cuando se llegue a territorio mexicano se entregará el otro ejemplar o los dos, si no se dejó en alguna otra parte, en la misma forma antes mencionada.

Los agentes diplomáticos, cónsules o las autoridades marítimas levantarán, luego que reciban los ejemplares requeridos, un acta de la entrega, y la remitirán con los citados ejemplares, a la posible brevedad, al Ministerio de Relaciones Exteriores, el cual hará publicar en los diarios la noticia de la muerte del testador, y así los interesados puedan proceder a tramitar la apertura ante el juez de lo familiar competente.

También el testamento marítimo, al igual que el militar y el privado, sólo producirá efectos legales si quien lo otorgó fallece dentro del mes de haberse otorgado o desde su desembarque en algún lugar donde conforme a la ley mexicana o a la extranjera, el testador haya podido ratificar u otorgar de nuevo su testamento.

Y si el testador, desembarca en un lugar en donde no haya agente diplomático o consular y no se sabe si ha muerto, ni la fecha del fallecimiento, el artículo 1592 del Código Civil, establece que se deberá proceder conforme al capítulo de los ausentes e ignorados.

2.3.8 Testamento Hecho en País Extranjero.

Es aquel que realizan los ciudadanos mexicanos que se encuentran fuera de su país, ante funcionarios mexicanos. Ya que como se sabe, tanto los consulados como las embajadas, específicamente, los secretarios de legación, los cónsules, y vicecónsules mexicanos, tienen determinadas funciones notariales.

Cuando un testamento se otorga en el extranjero, éste debe de ajustarse a las leyes mexicanas (Códigos Civiles) para que surta sus efectos dentro del territorio nacional.

En cuanto a la forma, puede ser la aceptada por la legislación del país en que se otorga según el principio universal "locus regit actum", es decir; la ley del lugar rige al acto.

En general, lo único que el Código Civil exige, es que en cuanto al fondo se ajuste a las leyes mexicanas y en cuanto a la forma, se someta a las formalidades que requiera según el país de que se trate.

Los funcionarios mencionados remitirán copia autorizada de los testamentos al Ministerio de Relaciones Exteriores, para que estos publiquen la muerte del testador y los interesados promuevan la apertura del testamento.

Si el testamento fuere otógrafo, el funcionario que intervenga lo remitirá a través de la Secretaría de Relaciones Exteriores en un término de diez días al encargado del Archivo General de Notarias.

Si el testamento fuere confiado a la guarda del secretario de legación, cónsul o vicecónsul, hará mención de esta circunstancia y dará recibo de la entrega.

El papel en el que se entienden los testamentos otorgados ante los agentes diplomáticos o consulares llevará el sello de la legación o consulado respectivo.

2.4 La Revocación del Testamento.

El testamento es un acto especial revocable. Es decir, un acto de tipo unilateral por medio del cual la persona se retracta del otorgado con la finalidad de dejarlo sin efecto.

Así, el artículo 1493 del Código Civil para el Distrito Federal establece que la renuncia de la facultad de revocar el testamento es nula.

Del Código Civil para el Distrito Federal, se desprende que la revocación del testamento puede ser total o parcial, tácita o expresa.

Estas disposiciones testamentarias, tienen su fundamento principalmente en el artículo 1494 del Código Civil, el cual establece que: el testamento anterior queda revocado de pleno derecho por el posterior perfecto, si el testador no expresa en este su voluntad de que aquél subsista en todo o en parte.

Por el contrario, se habla de revocación parcial cuando el testador sí expresó su voluntad de una manera expresa de que en el testamento anteriormente otorgado, subsistieren determinadas disposiciones.

El artículo 1496 del Código Civil establece que un testamento puede recobrar su fuerza, en caso de que el testador revoque el posterior y declare que el primero subsista. Es decir, que será voluntad del testador, que el segundo testamento otorgado sea el que quede sin efecto, mientras que el primero sea el que surta todos sus efectos legales.

2.5 La Nulidad del Testamento.

La nulidad para el maestro De Pina Vara consiste en:

"Ineficacia de un acto jurídico como consecuencia de la ilicitud de su objeto o de su fin, de la carencia de los requisitos esenciales exigidos para su realización o de la concurrencia de algún vicio de la voluntad en el momento de su celebración. La Nulidad puede ser absoluta o relativa". (9)

La nulidad según Antonio Ibarrola es:

"El testamento carece de valor desde el día en que fue hecho, y sea cual fuere la fecha de la muerte del testador, no producirá efecto alguno. En cambio la revocación y la caducidad suponen un testamento válido en su origen y susceptible de producir todos sus efectos, y que cae en virtud de una causa posterior. Si esta causa proviene de la voluntad del testador, habrá revocación; si es extraña, como el previo fallecimiento de un legatario, habrá caducidad". (10).

(9) DE PINA V., Rafael: Diccionario de Derecho, Ed. Porrúa, México, 1994, p. 382.

(10) DE IBARROLA, Antonio: Cosas y Sucesiones, Ed. Porrúa, México, p. 1964

Así, el artículo 8 del Código Civil, establece que los actos ejecutados contra el tenor de las leyes prohibitivas o de interés público serán nulos, excepto en los casos en que la ley ordene lo contrario.

De acuerdo al artículo 2225 del Código Civil, la nulidad absoluta es producida normalmente por la ilicitud en el objeto, fin o condición.

La nulidad absoluta, dice el artículo 2226 del Código Civil, por regla general no impide que el acto produzca provisionalmente sus efectos, los cuales serán destruidos retroactivamente cuando se pronuncie por un juez la nulidad. De ella puede prevalecerse todo interesado, y no desaparece por confirmación o prescripción.

La nulidad será relativa (artículo 2227 del Código Civil) cuando no reúne los caracteres de la nulidad absoluta. Siempre permite que el acto produzca provisionalmente sus efectos. Como causas de esta nulidad relativa el Código Civil menciona el error, el dolo, la violencia, la lesión, la incapacidad y la falta de forma.

La nulidad de los testamentos la encontramos regulada en los artículos 1484 al 1492 del Código Civil para el Distrito Federal, los cuales establecen lo siguiente:

El testamento hecho por mediante la influencia de amenazas contra la persona del testador o sus bienes, o contra la persona o bienes de su cónyuge, o de sus parientes será nulo, pudiendo el testador al momento en que se encuentre libre de violencia revalidar su testamento con las formalidades requeridas, de lo contrario será nula la revalidación.

De igual forma la institución de heredero o legatario hecha en memorias o comunicados secretos será nula.

El artículo 1487 del Código Civil, establece que es nulo el testamento captado por dolo o por fraude.

El juez al tener noticia de que una persona es impedida por otra a testar, el juez se presentará en la casa del que desea testar para que éste pueda ejercer su derecho, levantando acta del hecho por el cual fue motivada la presencia del juez, la persona o personas que impiden el derecho de testar, y si una vez teniendo la libertad se ejerció ese derecho.

Cuando el testador exprese su voluntad sólo por señales o monosílabos en respuesta a las preguntas que se le hagan será nulo.

El testador no puede prohibir que se impugne el testamento en los casos en que éste deba ser nulo conforme a la ley.

Cuando el testamento contravenga las disposiciones prescritas por la ley, será nulo.

Son nulas la renuncia del derecho de testar y la cláusula en que alguno se obligue a no usar de ese derecho.

2.6 La Caducidad de los Testamentos.

La caducidad no es un vicio del testamento, sino que supone su validez, por haberse otorgado cumpliendo todos los requisitos, tanto de existencia como de validez. La caducidad de los testamentos consiste en la pérdida de su eficacia por causas extrañas a la voluntad del testador.

Según el artículo 1497 del Código Civil, las disposiciones testamentarias quedan sin efecto, en lo relativo a los herederos y legatarios:

1. Si el heredero o legatario muere antes que el testador o antes de que se cumpla la condición de que dependa la herencia o el legado.
2. Si el heredero o legatario se hace incapaz de recibir la herencia o legado.
3. Si renuncia a su derecho.

La disposición testamentaria que contenga condición de suceso pasado o presente desconocido, no caduca aunque la noticia del hecho se adquiera después de la muerte del heredero o legatario, cuyos derechos se transmiten a sus respectivos herederos.

A las causas de caducidad que quedan expuestas hay que agregar las que se encuentran establecidas expresamente en el Código Civil con referencia a la forma de los testamentos.

2.7 De los Legados.

2.7.1 Definición y concepto de Heredero y Legatario.

De Pina Vara Rafael, define la institución de heredero como:

"La designación hecha por el testador de quien o de quienes han de sucederle a título universal". (11)

El heredero está considerado como la persona más importante en el derecho sucesorio, ya que como lo define De Pina Vara, este sucede al testador, al de cuyos en la totalidad del patrimonio o en la parte alicuota, de los derechos y obligaciones que no se extinguen con la muerte.

Así, el artículo 1281 del Código Civil establece que la herencia es la sucesión en todos los bienes del difunto y en todos sus derechos y obligaciones que no se extinguen por la muerte.

Algunos derechos que no se extinguen por la muerte, son por ejemplo:

1. La obligación que se tiene de pagar alimentos.

(11) DE PINA V., Rafael Diccionario de Derecho, Ed. Porrúa, México, 1994, p. 332.

2. La acción de desconocimiento de un hijo. (artículo 335 del Código Civil)
3. El reclamo del estado de filiación. (artículo 347 del Código Civil)
4. La acción de investigar de la maternidad. (artículo 385 del Código Civil)
5. La obligación que tienen los herederos respecto de la muerte de un deudor solidario. (artículo 1998 del Código Civil)
6. Y, obligaciones tales como; la oferta al público, la estipulación en favor de tercero, y la promesa de recompensa entre otros.

Existen derechos que si se extinguen por la muerte. Tales derechos son el resultado de las cualidades intrínsecas de la persona, estos son los llamados "intuiti personae".

De acuerdo a lo anteriormente citado, se puede decir que, el heredero es el continuador del patrimonio del de cuius, el cual representa todas las relaciones que tiene con lo pecunario, pero sólo hasta un cierto límite, ya que este solo puede responder hasta donde alcance el activo de la herencia.

El artículo 1378 del Código Civil dice que el testamento otorgado legalmente es válido aunque no contenga institución de heredero y aunque el nombrado no acepte la herencia o sea incapaz de heredar. Por lo tanto, la institución de heredero no es esencial para que un testamento pueda ser válido, ya que el testamento podrá existir, aún cuando la institución no exista, o también cuando el heredero instituido no acepte la herencia o sea incapaz de heredar.

La palabra legado puede considerarse en sentido subjetivo y en sentido objetivo, significando, en el primero, sucesión a título singular, y, en el segundo, el objeto u objetos legados.

En nuestro derecho positivo, se establece que el legado tiene dos significados:

Como acto de transmisión a título particular de una cosa o derecho, así como los objetos que son transmitidos en sí.

Generalmente el significado que más se utiliza, es el referido a los objetos que son transmitidos, es decir, a la cosa o al derecho objeto de una disposición testamentaria que se hace a título particular.

La función o el objeto materia de los legados, puede consistir, en la prestación de un bien, o también de un servicio. Los legados de dar, tienen por objeto la transmisión del dominio, uso o goce de una cosa o de un derecho. Y los legados de hacer, implican una obligación impuesta a un heredero o a un legatario para que realice un servicio a favor del primero.

Los elementos principales de los legados son:

- a) Siempre se hace la disposición a título particular.
- b) El legatario normalmente no responde del pasivo.
- c) El legatario nunca continua en el patrimonio del autor de la herencia.
- d) El legado es una liberalidad, porque es una transmisión a título gratuito, y sólo puede ser oneroso, en caso de que exista una carga o gravamen, o bajo condición de cumplir otro legado. Pero siempre existe un valor que se transmite gratuitamente, ya que la carga nunca puede ser superior al legado.
- e) Los legados únicamente se pueden transmitir por testamento.
- f) Toda la transmisión de los legados implica que estos deben de ser determinados o determinables.

Por lo anteriormente expuesto, se puede decir que, en el legatario, solo existe una transmisión a título particular, sin tener que responder por las deudas o gravámenes que el de cujus haya dejado. Salvo que expresamente este le hubiere gravado el legado.

Pero existen aquí dos excepciones; la primera se da en el caso de que la herencia se encuentre repartida únicamente en legados, en donde lógicamente el legatario, tendrá que asumir la calidad de heredero, quedando éste como continuador del patrimonio, y respondiendo de todas las reclamaciones activas o pasivas.

Y el segundo caso se presenta cuando los bienes dejados a los herederos son insuficientes para cubrir los pasivos de la herencia. Aquí, los legatarios tendrán que responder de una manera subsidiaria con los herederos. Es decir, primero se aplican los bienes de los herederos, y si estos no alcanzan, entonces se aplican de una manera proporcional los bienes de los legatarios.

Así, el maestro Rafael Rojina Villegas, define al legado de la siguiente manera:

"El legado consiste en la transmisión gratuita y a título particular hecha por el testador de un bien ya sea determinado o que sea susceptible de determinarse, el cual puede consistir en una cosa, en un derecho, en un servicio o hecho, en favor de una persona y a cargo de la herencia de un heredero o de otro legatario, cuyo dominio y posesión se transmite en el momento de la muerte del testador si se trata de cosas determinadas o hasta que estas se determinen posteriormente". (12)

El legado es una institución típica de la sucesión testada no existiendo en la intestada. Deben considerarse como nulos los legados de cosas que estén fuera del comercio, es decir, de cosas que no sean susceptibles de tráfico.

Tienen capacidad para disponer legado, de acuerdo con el Código Civil, el que la tiene para testar, y para ser legatario el que la tenga para ser heredero.

2.7.2 Elementos del Legado.

Los elementos del legado son de las siguientes clases:

a) Personales.- son el testador, el gravado y el legatario. Como el legado es sólo posible dentro de la sucesión testamentaria, el testador es el sujeto que lega, es decir, quien dispone de una porción de sus bienes para traspasarlos a otra persona a título singular.

(12) ROJINA VILLEGAS, Rafael: Compendio de Derecho Civil, Tomo II, Ed. Porrúa, México, 1990, p. 308.

Gravado es el sujeto que queda obligado a entregar el legado.

El legatario es la persona que, en la sucesión, adquiere a título singular y que no tiene más cargas que las que expresamente le imponga el testador, sin perjuicio de su responsabilidad subsidiaria con los herederos. (artículo 1285 del Código Civil)

El legatario adquiere la consideración de heredero cuando toda la herencia se distribuye en legados (artículo 1286 del Código Civil), pero sin perder su calidad de legatario.

b) Reales.- se encuentran constituidos por todas aquellas cosas o derechos que pueden ser legados.

c) Personales.- están representados por el conjunto de formalidades a que está sujeto el legado como acto de última voluntad.

2.7.3 Derechos y Obligaciones de los Legatarios.

De acuerdo a lo que establece Rafael de Pina, los derechos y obligaciones de los legatarios son los siguientes:

“Derechos: el legatario tiene, además del derecho fundamental de percibir el legado, los siguientes:

a) El de exigir que el heredero o los mismos legatarios entre sí otorguen fianza en todos los casos en que pueda exigirla el acreedor. (artículo 1407 del Código Civil)

b) El de retener la cosa legada, si estuviere en su poder, sin perjuicio de devolver, en caso de reducción, lo que corresponda conforme a derecho. (artículo 1409 del Código Civil)

c) El de reivindicar de tercero la cosa legada, sea mueble o raíz, con tal de que sea cierta y determinada, observándose lo dispuesto para los actos y contratos que celebren los

que en el Registro Público de la Propiedad aparezcan, con derecho para ello, con terceros de buena fe que los inscriban. (artículo 1415 del Código Civil)

d) El de recibir la indemnización del seguro del bien legado que parezca incendiado después de la muerte del testador. (artículo 1416 del Código Civil)

Obligaciones:

a) La de abonar los gastos necesarios para la entrega de la cosa legado, salvo en contrario del testador. (artículo 1396 del Código Civil)

b) La del pago de las contribuciones correspondientes al legado que se deducirán del valor de éste, a no ser que el testador disponga otra cosa. (artículo 1410 del Código Civil)

c) En el caso de que toda la herencia se distribuya en legados la satisfacción a prorrato entre todos los partícipes de las deudas y gravámenes en proporción a sus cuotas, a no ser que el testador haya dispuesto otra cosa. (artículo 1411 del Código Civil)" (13).

2.7.4 Aceptación, renuncia y entrega del Legado.

El legado esta sujeto, como la herencia a aceptación y es también susceptible de renuncia.

No puede el legatario, sin embargo, aceptar una parte del legado y repudiar otra; pero si muere antes de aceptar y deja varios herederos, puede uno de éstos aceptar y otro repudiar la parte que le corresponde en el legado.

Cuando se dejaren dos legados y uno fuere oneroso, el legatario, no podrá renunciar a éste y aceptar el que no lo sea; pero si los dos son onerosos o gratuitos, es libre para aceptarlos todos o repudiar el que quiera.

El heredero que sea al mismo tiempo legatario, puede renunciar la herencia y aceptar el legado o renunciar a éste y aceptar aquélla.

(13) DE PINA V., Rafael: Diccionario de Derecho, Ed. Porrúa, México, 1994, p. 331.

La cosa legada deberá ser entregada con todos sus accesorios, y en el estado en que se halle al morir el testador, siendo los gastos necesarios para la entrega a cargo del legatario, salvo disposición expresa en contrario.

Ahora bien, si la cosa legada estuviera en poder del legatario podrá éste retenerla, sin perjuicio de devolver en caso de reducción lo que corresponda conforme a derecho.

En el caso de que los bienes de la herencia no alcancen para abrir todos los legados, el pago se hará en el siguiente orden:

1. Legados remuneratorios.
2. Legados que el testador o la ley hayan declarado preferentes.
3. Legados de cosa cierta y determinada.
4. Legados de alimentos o de educación.
5. Los demás a prorrata.

Tres causas originan la extinción de los legados:

1. Por acto del testador.
2. Por acto del legatario.
3. Con relación a la cosa legada.

Son nulos los legados en los casos siguientes:

- a) Cuando recaen sobre cosa propia individualmente determinada que no exista en la herencia.
- b) Cuando recae sobre cosa ajena, ignorándolo el testador.
- c) Cuando recae sobre un bien inmueble indeterminado comprendido en género determinado que no exista en la herencia.

El legado queda sin efecto antes de la muerte del testador, en los siguientes casos:

- a) Si antes de la muerte del testador perece la cosa, bien sea porque se pierda, se destruya o quede fuera del comercio.
- b) Cuando el testador sufra evicción de la cosa.

c) Cuando el testador enajena la cosa, pero si la recupera, produce entonces todas sus consecuencias.

Después de la muerte del testador, el legado queda sin efecto en los siguientes casos:

- a) Cuando perece la cosa sin ser imputable este hecho al que debe entregarla.
- b) Cuando muerto el testador, el que deba entregar la cosa sufre evicción.

2.7.5 Clases de Legados.

Tanto en la teoría como en la práctica, existen diversas clasificaciones de legados, la mayoría de estos se encuentran reglamentados en el Código Civil. Algunos de los más importantes que se estudian en la teoría y que se reglamentan, son los siguientes:

- a) Legados de cosa privada y determinada.

Este legado únicamente será válido cuando la cosa esté individualmente determinada y que exista en la herencia.

La propiedad y la posesión se transmiten al legatario, desde el momento de la muerte del autor de la herencia, haciendo suyos los frutos pendientes y futuros. Y como consecuencia, también desde ese momento corre riesgo de que perezca para el mismo legatario. Por último, este legado queda sin efecto, si la cosa perece antes de la muerte del testador, si éste sufre evicción o si la enajena.

- b) Legados de cosa ajena.

Este legado es válido si el testador, a sabiendas de que es ajena, impone la obligación al heredero o al albacea, de adquirirla, para entregarla al legatario. Será nulo si ignora esta circunstancia, es decir, si presume que es propia y con tal carácter la transmite por legado.

c) Legados de cosa indeterminada.

El legado de cosa mueble indeterminada, pero comprendida en género determinado, será válido, aunque en la herencia no haya cosa alguna del género a que la cosa legada pertenezca. Este legado tiene la característica especial de que no transmite el dominio ni la posesión al legatario sino hasta que la cosa se hace cierta y determinada con conocimiento de éste.

d) Legados de géneros.

Comprenden cosas que generalmente se determinan por su cantidad, peso o medida. Para que este legado sea válido, debe indicarse por el testador, la cantidad, peso o medida u otros medios de determinación.

e) Legados de especie.

En este legado el heredero debe entregar la misma cosa legada.

f) Legados de cantidad.

Se refiere al legado en dinero, o sea de una especie determinada: cantidad de dinero.

g) Legados de cosa dada en prenda o hipoteca.

Este tiene dos formas: cosa dada en prenda o hipoteca por el testador para garantizar un adeudo o bien, cosa que recibió en prenda o hipoteca el testador de un tercero para garantizar una deuda de éste.

En ambos casos se aplica la siguiente regla: para la cosa dada en prenda o hipoteca el legatario debe recibir el bien sin el gravamen hipotecario y si tiene que cubrirlo para evitar

el remate, se subroga en los derechos del acreedor. La prenda y la hipoteca son a cargo de la herencia porque forman parte del pasivo del testador.

h) Legados de crédito y deuda.

Son aquellos legados en donde el testador quien es el titular de un crédito, dispone que este sea transmitido al legatario, siendo el heredero el que se encuentra obligado para con el legatario, de entregarle todos los documentos y títulos de crédito del testador. Cabe mencionar que este legado comprende los intereses desde la muerte del testador.

Estos legados comprenden, los intereses que por el crédito o deuda se deban a la muerte del testador.

i) Legados genéricos de liberación de deuda.

Son aquellos legados en donde el testador libera a su deudor de todas aquellas deudas comprendidas solo hasta antes de que hubiere dictado su testamento.

j) Legados preferentes.

Son aquellos en donde el testador confiesa reconocer una deuda, y pide que esta le sea pagada. Reconociéndose aquí, un derecho preferencial, únicamente frente a los demás legatarios, pero no así frente a los acreedores.

k) Legados remuneratorios.

Estos únicamente son legados de carácter moral, ya que es una especie de compensación que tiene el testador frente al legatario, respecto de un servicio prestado que el testador no está obligado a pagar. Al igual que el anterior legado, este también se considera preferente a los demás.

l) Legados de alimentos.

Este legado consiste en el derecho del legatario de percibir casa cómoda, vestido y asistencia médica, mientras este sea incapaz de procurarse, o por toda su vida.

Los artículos 1374 y 1375 del Código Civil establecen que el testamento en que no se deja la pensión alimenticia, no es nulo sino inoficioso, subsistiendo el testamento en lo que no perjudique ese derecho.

El testador debe dejar alimentos a las personas que se mencionan en las siguientes fracciones: (artículo 1368 del Código Civil)

1. A los descendientes menores de dieciocho años respecto de los cuales tenga obligación legal de proporcionar alimentos al momento de su muerte.
2. A los descendientes que estén imposibilitados de trabajar, cualquiera que sea su edad, cuando exista la obligación a la que se refiere la fracción anterior.
3. Al cónyuge superstite cuando este impedido de trabajar y no tenga bienes suficientes. Salvo otra disposición expresa del testador, este derecho subsistirá en tanto no contraiga matrimonio y viva honestamente.
4. A los ascendientes.
5. A la persona con quien el testador vivió como si fuera su cónyuge durante los cinco años que precedieron a su muerte o con quien tuvo hijos, siempre que ambos hayan permanecido libres del matrimonio durante el concubinato y que el superviviente este impedido de trabajar y no tenga bienes suficientes. Este derecho solo subsistirá mientras la persona que se trate no contraiga nupcias y observe buena conducta. Si fueren varias las personas con quien el testador vivió como si fueran su cónyuge, ninguna de ellas tendrá derecho a alimentos.
6. A los hermanos y demás parientes colaterales dentro del cuatro grado, si están incapacitados o mientras no cumplan dieciocho años, si no tienen bienes para subvenir a sus necesidades.

Esta pensión alimenticia, es carga de la masa hereditaria, excepto cuando el testador haya gravado con ella alguno o algunos de los partícipes de la sucesión. Señala el artículo 1376 del Código Civil.

Para el caso de que el caudal hereditario no sea suficiente para dar los alimentos a todas las personas enumeradas en el artículo anterior, se deben observar las siguientes reglas: (artículo 1373 del Código Civil)

1. Se suministrarán a los descendientes y al cónyuge superstite a prorrata.
2. Cubiertas las pensiones a que se refiere la fracción anterior, se ministrarán a prorrata a los ascendientes.
3. Después se suministrarán, también a prorrata, a los hermanos y a la concubina.
4. Por último, se ministrarán igualmente a prorrata, a los demás parientes colaterales dentro del cuarto grado.

El legado de alimentos, dura únicamente mientras viva el legatario, aunque el testador puede disponer que dure menos tiempo. (artículo 1463 del Código Civil)

Así también, si el testador acostumbra en vida a dar al legatario cierta cantidad de dinero por vía de alimentos, se entenderá legada la misma cantidad, si no resulta en notable desproporción con la cuantía de la herencia, señala el artículo 1465.

Y por último, si el testador no señala la cantidad de alimentos, esta se regirá conforme a los que establece el capítulo respectivo de alimentos, con relación a las necesidades del acreedor y las posibilidades del deudor. En este caso, son las posibilidades de la masa hereditaria.

m) Legados de educación.

Son aquellos legados por virtud del cual el testador designa generalmente a un menor de edad para que éste pueda realizar sus estudios.

El artículo 1466 del Código Civil establece que este durara hasta que el legatario sale de la minoría de edad.

Y que cesa también, si el legatario, durante la minoría de edad; obtiene profesión u oficio con que poder subsistir, o contrae matrimonio. Señala el artículo 1467 del Código Civil.

n) Legados de pensión o renta vitalicia.

El contrato de renta vitalicia es, según el artículo 2774 del Código Civil, un contrato aleatorio por medio del cual, el deudor se obliga a pagar periódicamente una pensión durante la vida de una o más personas determinadas, mediante la entrega de una cantidad de dinero o de una cosa mueble o raíz estimadas, cuyo dominio se le transfiere desde luego.

Artículo 2775 del Código Civil, La renta vitalicia puede también constituirse a título puramente gratuito, sea por donación o por testamento.

Este legado de pensión, puede ser establecido por el testador a cargo de un heredero o de un legatario, que en caso de aceptar la herencia o legado, tendrán que cumplir con la pensión o renta vitalicia.

En el artículo 2777 del Código Civil, establece que puede constituirse a favor de aquella persona sobre cuya vida se otorga o a favor de otra persona distinta.

El legado de pensión, sean cuales fueren la cantidad, el objeto y los plazos, corre desde la muerte del testador exigible al principio de cada periodo, y el legatario (sus herederos) hace suyo lo que tuvo derecho a cobrar, aunque muera antes de que termine el periodo comenzado. Señala el artículo 1468 del Código Civil.

Los artículos 2785 y 2786 del Código Civil, establecen que la renta vitalicia constituida a título gratuito, no esta sujeta a embargo por derecho de un tercero. Aunque esto no comprende lo referente a las contribuciones.

ñ) Legados de usufructo, uso y habitación.

Se entiende por usufructo, el derecho de usar y disfrutar, sin alterar la forma ni substancia los bienes muebles o inmuebles de otra persona. Este derecho es de tipo real, temporal y por naturaleza vitalicio.

Se define como uso: El derecho real que una persona tiene únicamente para usar, los bienes ajenos de otra persona, de una manera temporal y vitalicia, sin alterar su forma ni substancia. Solo en algunos casos se tienen derecho a percibir frutos.

El derecho de habitación, al igual que los dos anteriores, es también un derecho real, temporal y por naturaleza de carácter vitalicio, pero constreñido únicamente para usar sobre una finca urbana, la habitación gratuita de algunas piezas de una casa.

Estos legados son aquellos en donde el testador deja al legatario el uso y goce de un bien de manera vitalicia, aunque el testador tiene el derecho de indicar un plazo determinado.

El artículo 1469 del Código Civil, establece que los legados de uso, usufructo, habitación o servidumbre, subsisten mientras viva el legatario, a no ser que el testador disponga que duren menos tiempo.

En el caso de dejar legado a alguna corporación, el artículo 1470 establece que solo durante veinte años este tipo de legados podrán subsistir.

2.7.5.1 Clasificación de los legados desde el punto de vista de sus modalidades.

a) Legados puros y simples.

Son aquellos legados en donde el testador no fija ninguna modalidad para que este pueda ser transmitido al legatario desde la muerte del testador.

b) Legados sujetos a término.

Son aquellos que se encuentran sometidos a un término ya sea suspensivo o resolutorio, dentro de los cuales también se encuentran aquellos que son de día cierto.

c) Legados condicionales.

Como las obligaciones, son aquellos que dependen de un acontecimiento futuro de realización siempre incierta, del cual depende que nazca o se extinga un determinado derecho.

d) Legados onerosos.

Son aquellos que hace el testador fijando un gravamen o carga para el legatario. Este gravamen o carga siempre debe de ser inferior a la cuantía del legado; de otra manera no existiría propiamente transmisión gratuita si la carga fuera superior o igual al legado.

e) Legados sujetos a término.

Se distinguen los legados bajo término suspensivo y extintivo, de día cierto o incierto. Legados sujetos a día cierto son aquellos que dependen de un plazo prefijado por el testador. El legatario adquiere el dominio y posesión de los bienes desde el momento de la muerte del testador, pero los frutos no se entregarán sino hasta que se cumpla el plazo prefijado. El término en este caso no es para suspender el nacimiento del derecho, que ya quedó creado definitivamente por el testamento, sino simplemente para suspender la ejecución del legado hasta que se cumpla el plazo.

Puede también el término ser extintivo. En este caso el legatario adquiere derecho al legado como si fuera puro y simple, pero se extingue al llegar el plazo prefijado. Ese plazo puede ser cierto o incierto, pero de realización forzosa. En este caso el legatario es únicamente usufructuario del bien legado, toda vez que al extinguirse tendrá que restituirlo a la masa hereditaria o a un heredero, según lo determine el testador.

f) Legados alternativos.

Son aquellos legados por medio del cual el testador pone a disposición del legatario diversos bienes, para que este escoja uno de entre ellos, llamándose este legado alternativo de opción.

Pero si el testador no hace mención expresa de lo anterior, es el heredero quien debe de elegir la cosa para entregársela al legatario, pudiendo ser la de menor valor. Pero

si la elección le corresponde al legatario, este puede exigir la de mayor valor. (artículos 1421 y 1422 del Código Civil)

El artículo 1424 establece que en todos los casos en que el que tenga derecho de hacer la elección no pudiera hacerla, la harán su representante legítimo o sus herederos.

Y que el juez hará la elección, a petición de parte legítima si en el término que le señala no la hiciera la persona que tenga derecho a hacerla. (artículo 1425 del Código Civil)

Por último el artículo 1426 señala que la elección hecha legalmente, es irrevocable.

CAPITULO 3

EL NOTARIO PUBLICO

CAPITULO 3. EL NOTARIO PUBLICO.

3.1. Concepto Legal y Doctrinal del Notario.

Es conveniente precisar el concepto doctrinal y teórico de lo que el Notario es; es decir, cuál es la idea que de él se tiene en el sistema del notariado latino. Tan pronto como se tenga una idea clara de lo que es el Notario, se verá claramente el desarrollo de su actividad en la formación del instrumento público notarial; se hará más inteligible la sustancia, la esencia, el ser íntimo de ese acto; se entenderá más claramente el proceso de su formación y aparecerán los fundamentos en que reposa su validez y su eficacia, su valor jurídico y su trascendencia. Para ello, se debe partir del hecho de que en los actos de la vida diaria de las personas debe de existir la coincidencia de las voluntades sobre puntos concretos que ofrecen un interés especial, con el fin de producir efectos legales y jurídicos vinculantes que tienen que manifestarse, salir del terreno interno individual para entrar al campo social. Cuando aquella expresión externa de los acuerdos de las gentes se hace mediante palabras escritas se da nacimiento al documento escrito que será aquel en que las ideas aparecen representadas por palabras.

En el campo de la técnica notarial se le llama documentar los acuerdos de las partes, es decir, probar y justificar la verdad de los acuerdos con un documento. Es evidente que, tanto en el campo de lo puramente social y común como en el terreno de lo estrictamente jurídico, la fuerza, la virtud, el valor del documento en cuanto a la verdad del acuerdo para cuya prueba y justificación se creó y su aceptación en un variable grado de confianza dependerán de la autoridad de la persona o personas de quienes emana a aquel que por tener facultad legal para ello ha intervenido en la creación del documento, en su formación y en su perfeccionamiento.

Desde tiempo inmemorial la autoridad delegó la facultad de intervenir en la formación de algunos documentos a fin de darles el máximo de fuerza jurídica en ciertas personas; a estas personas el poder público las invistió de la facultad jurídicamente eficaz de dar fe, de certeza y de autenticidad en cuanto a la existencia y formación del documento; la persona en quien el Estado delega ese poder de tan extraordinaria trascendencia y a quien atribuye la

facultad de conferir autenticidad a los documentos en cuya creación y formación interviene en ejercicio de sus funciones, es el Notario.

Así pues, el Notario está investido de una parte del poder público en el aspecto de poder autenticador y está encargado en cuanto ejerza la facultad de que está investido de dar autenticidad a los actos, contratos, negocios que por mandato de ley o voluntad particular han de pasar ante él, no debemos olvidar que la calidad de auténticos es propia de los actos de la autoridad pública por eso se dice que el poder autenticador es un aspecto del poder público. El Notario en el sistema del notariado latino, tiene como misión fundamental documentar; es decir, justificar en documento apoyado en la autoridad estatal los acuerdos realizados entre las partes contratantes y por eso, puede decirse que crea el documento.

Se tiene por consiguiente que la intervención del notariado, es una forma de intervención del Estado en la regularización de las relaciones de carácter privado para que tengan plena eficacia en el campo jurídico, pero con la particularidad de que esa intervención se realiza por intermedio de un profesional y no de un empleado público; de lo anterior se deduce que el Notario desempeña una labor legitimadora por cuanto al ejercer su cargo lo hace como órgano de aquella función contentiva del conjunto de reglas jurídicas que el Estado da para que ciertos actos y hechos jurídicos como son los contratos, los negocios, los derechos y las obligaciones que de unos y otros emanan tengan certeza, veracidad, seguridad, autenticidad, firmeza y publicidad, pero además hay ya, bases suficientes para hacer otra afirmación que nos sirve para continuar precisando el perfil del concepto del Notario. Cuando ejerce su función está, tanto al servicio del interés particular de quien acude a él, como también y quizás en mayor grado al servicio del interés público o general.

Esto es, que está al servicio de los intereses particulares, porque con la actuación al crear el instrumento público notarial, le da al negocio jurídico los caracteres que aseguran la certeza, seguridad y autenticidad de los hechos con contenido jurídico sucedidos en su presencia, y de los derechos y obligaciones que se derivan de aquéllos; y está al servicio del interés público o general, puesto que mediante su actuación y al producir los efectos mencionados aseguran la paz social y coadyuva al mantenimiento del orden jurídico, a la tranquilidad en el campo de la negociación, a garantizar la seguridad de la contratación, y

ofrece así una invaluable o irremplazable garantía de afirmación del derecho como elemento intrínseco de los negocios y operaciones contractuales.

El Notario cumple con su función pública notarial en la creación y perfeccionamiento del instrumento público, que en el lenguaje común se llama escritura pública y que implica la actividad profesional de redactar, conservar y reproducir los instrumentos públicos tal y como lo establece la legislación vigente, pero con un criterio más amplio.

Dentro de la teoría puede decirse, que lo esencial de la función notarial es dar fe conforme a la ley de los contratos y demás actos extrajudiciales que pasan ante el Notario.

La Ley del Notariado para el Distrito Federal, en su artículo 10 define al Notario de la siguiente manera:

"Notario es un licenciado en derecho investido de fe pública, facultado para autenticar y dar forma en los términos de ley a los instrumentos en que se consignen los actos y hechos jurídicos. El Notario fungirá como asesor de los comparecientes y expedirá los testimonios, copias o certificaciones a los interesados conforme lo establezcan las leyes.

La formación de los instrumentos se hará a petición de parte."

3.2. Naturaleza Jurídica de la Función Notarial.

La función notarial tiene como finalidad, el proporcionar estabilidad a los derechos, dotar a las convenciones privadas de certeza para garantizar con ello la aplicación pacífica del mismo derecho objetivo, y asegurar de ese modo el orden y la convivencia social, las cuales han sido desde tiempos inmemorables las funciones de la Institución del Notariado, desempeñando así una noble misión en la vida social. Por lo cual podemos decir que la función del notariado es primordialmente importante al asegurar la paz pública y el orden social.

Se considera que la misión más importante del Notario, se encuentra en la autorización de escrituras, aunque existen otras actuaciones que integran el conjunto del

ejercicio de la función notarial. Algunas son consecuencia inmediata de la autorización de la escritura y otras vienen de la mano con el carácter profesional del Notario sin que constituyan con propiedad actos. La actividad notarial es polifacética, no se reduce a simples intervenciones de redacción de instrumentos por el hecho de que ésta actividad provenga de la antigua escribanía. El Notario realiza una labor orientadora, la cual es de gran importancia para prevenir posteriores dificultades, unifica criterios y concilia intereses contrapuestos, realizando de ese modo los fines del Derecho.

La función notarial se puede comparar o asemejar con la del abogado, corredor público, secretario de juzgado, registrador o incluso a la de juez, sin embargo, existen varios pilares en los que esta actividad se fundamenta y que la diferencia de los demás profesionales del derecho, siendo uno de ellos, el hecho de que la función notarial se efectúa en interés del particular que solicita sus servicios.

Es privativa de la función social del Notario, ejercer la delegación de fe que le confiere el Estado, al configurar el acto o el hecho con el derecho, al mismo tiempo que da a conocer a las partes interesadas los alcances sociales y legales de tal configuración. Lo que distingue a la fe pública notarial de su género (fe pública), es el hecho de que la notarial se refiere a actos privados exclusivamente extrajudiciales.

La actividad notarial tiene como principales finalidades primeramente, otorgar garantía de seguridad al proporcionar un instrumento que contiene verdades jurídicas y poseer valor probatorio frente a la colectividad; en segundo lugar hace valer ciertos actos o hechos jurídicos, ya que los dota de credibilidad general y eficacia jurídica; y por último, hace que los instrumentos públicos en donde se encuentra la voluntad de las partes que en ellos intervengan, permanezcan a través del tiempo para que en un futuro puedan consultarse o reproducirse.

“Si uno de los fines esenciales del derecho es procurar el bien común, así como del Estado lo es el procurar la realización pacífica del derecho, para asegurar el orden y la convivencia social, es la forma notarial la que dota a las relaciones y hechos generadores de derechos y obligaciones de certeza y evidencia, legitimidad y credibilidad.”⁽¹⁴⁾

(14). CARRAL Y DE TERESA, Luis: Derecho Notarial y Derecho Registral, Ed. Porrúa, México, 1983, p. 10.

Al considerar a la función notarial como un órgano jurídico de autenticación, legalización o legitimación, se le pueden atribuir al Notario dos características esenciales: actúa como un representante del Estado, ya que en su papel de funcionario, legaliza, autentica y legitima los hechos ocurridos ante él en nombre del Estado; y por otro lado se le considera un perito de derecho, actúa como un verdadero jurista, asesora a las partes que comparecen ante él y adecua los actos y hechos ocurridos que se le presenten conforme a derecho.

Asimismo, los notarios tienen la obligación de guardar el secreto profesional, ésta se deriva de la ética profesional que deben de poseer los notarios, quienes desempeñan una actividad que más allá a lo de ser un simple espectador y legitimador del orden de los actos humanos en relación al bien común, se encargan de valorar y calificar los actos, por lo que podemos decir que les corresponde una función de juicio y de justicia. El secreto notarial es una función jurídica y ética. El hecho de que el documento sea llamado público no contradice el secreto profesional que se mantiene como una garantía de seguridad para el cliente, quien puede tener la certeza de que el Notario conserva en los protocolos y archivos sus actos jurídicos y contratos bajo la obligación de secreto. El documento notarial trae consigo la idea de reserva y depósito de fidelidad, por lo que solamente cuando el Notario lo considere como una causa justa según los dictados de su conciencia podrá revelarlo.

De esta manera podemos decir que entre las funciones del Estado se encuentran las de orden público, de prestación de un servicio público y en materia política.

En cuanto a la función de orden público, ésta se encuentra regulada en el artículo primero de la Ley, la cual califica a la función del notariado como actividad de orden público y determina que estará a cargo del Notario.

“La función notarial, es de orden público. En el Distrito Federal corresponde al Ejecutivo de la Unión ejercerla por conducto del Departamento del Distrito Federal, el cual encomendará su desempeño a particulares, licenciados en derecho, mediante la expedición de las patentes respectivas.”

La función del Notario es de prestación de un servicio público, y esto es porque satisface las necesidades de interés social: autenticidad, certeza y seguridad jurídica. La Ley del Notariado para el Distrito Federal en su artículo cuarto habla del servicio público al decir:

“El Ejecutivo Federal en la esfera administrativa, dictará las medidas que estime pertinentes para el exacto cumplimiento de esta ley y para la eficaz prestación del servicio público del notariado.”

La Ley denomina “servicio público notarial” cuando el Notario interviene en la regularización de la tenencia de la tierra y en la escrituración masiva llevada a cabo por el Departamento del Distrito Federal.

El Artículo octavo primer párrafo de la misma Ley señala:

“Las autoridades del Distrito Federal, podrán requerir, a los Notarios de la propia entidad, y éstos estarán obligados a la prestación de los servicios públicos notariales, cuando se trate de atender asuntos de interés social. A este efecto, las citadas autoridades fijarán las condiciones a las que deberá sujetarse la prestación de dichos servicios.....”

Una de las finalidades propias del Estado, es proporcionar seguridad jurídica, lo que se realiza por medio del servicio público notarial. De ahí la obligación del Notario para actuar y prestar sus servicios cuando sea requerido.

El servicio público se puede definir, como una Institución del Estado con carácter jurídico-administrativa, que tiene como fin satisfacer de modo regular, continua y uniforme, aquéllas necesidades públicas de carácter básico mediante prestaciones suministradas, ya sea directamente por el Estado o por los particulares a quienes se otorgó previamente una concesión. La doctrina ha considerado como principios esenciales comunes a todos los servicios, el de su continuidad en razón a la permanencia de la necesidad que se pretende satisfacer, el de adopción, o sea, la posibilidad de modificarlo a medida que vaya variando dicha necesidad, y el de igualdad que significa que no debe discriminarse el goce del servicio a ningún particular que llene las condiciones legales.

No se debe confundir el concepto de servicio público con el de función pública, ya que aunque guardan una estrecha relación, hay diferencias entre una y otra; las funciones del Estado no son servicios públicos sino estructuras del poder público, y el Estado para realizar sus fines se vale de esas funciones, las cuales son:

a) La función legislativa, que es la función creadora del orden jurídico federal, se manifiesta en el acto reglá.

b) La función administrativa, que es la función por la cual el Estado realiza actos jurídicos concretos o particulares, se manifiesta en el acto administrativo.

c) La función jurisdiccional, por la cual el Estado declara el derecho, se manifiesta en la sentencia.

El concepto de "función pública", debe vincularse al de funciones esenciales del Estado, en cambio "servicio público", es un concepto que se desenvuelve dentro de la administración, cuya actividad, contrariamente a lo que acaece con la legislación y la justicia, es inmediata; tal como lo requieren las necesidades e intereses que se satisfacen mediante el servicio público.

De lo anterior, se puede deducir que la función notarial, es una función pública administrativa, la cual le corresponde ejercerla al Ejecutivo de la Unión en el Distrito Federal por conducto del Departamento del Distrito Federal, que sería la naturaleza jurídica de la función notarial desde el punto de vista formal; pero aún falta establecer el hecho de que si la función notarial se pueda o no considerar como un servicio público.

Los servicios públicos en general deben entenderse como toda la actividad de la Administración Pública o de los particulares o administrados, que tiendan a satisfacer necesidades o intereses de carácter general, cuya índole o gravitación en el supuesto de actividades de los particulares o administrados requiere el control de la autoridad estatal.

Dado que la actividad notarial satisface necesidades de interés social, de autenticidad, de certeza y seguridad jurídica, se puede considerar como un servicio público:

"El Notario ejercita atribución de interés social, sea como autor del acto notarial o como consejero y conciliador de los intereses de las partes que reclaman su ministerio."⁽¹⁵⁾

La función pública representa el ejercicio de una potestad pública entendida como una esfera de la capacidad del Estado, o sea, del ejercicio pleno de su soberanía, en tanto que el servicio público representa por su parte, actividades materiales y técnicas puestas a disposición de los particulares para ayudarles a conseguir sus fines. Partiendo de ésta base, la actividad del Notario público puede considerarse como un servicio público pese a las opiniones encontradas de quienes afirman que los notarios no forman parte de ese rango porque no perciben un sueldo del Estado, y además por manejar dinero y fondos del Estado, de lo cual deben rendir cuentas. Es decir, que el Notario no desempeña ningún empleo, cargo o comisión en ninguno de los Poderes del Estado, ni en ningún Ayuntamiento ni órgano descentralizado, los notarios no son titulares ni empleados de ninguna empresa de participación estatal o municipal, ni en sociedades o asociaciones asimiladas a éstas, ni en fideicomisos públicos.

Podemos concluir afirmando, que el notariado es un servicio público impropio encomendado a particulares licenciados en derecho denominados Notarios.

Finalmente se puede decir, que la función del Notario en materia política, es debido a que en su carácter de fedatario, colabora con las organizaciones políticas y en los procesos electorales. La Ley del Notariado le impone esta delegación en el segundo párrafo del artículo octavo, el cual dice:

"Asimismo estarán obligados a prestar sus servicios en los casos y términos que establece la Ley Federal de Organizaciones Políticas y Procesos Electorales."

De esta manera, la función notarial es una garantía en los procesos electorales, y en tal virtud el día de la Jornada Electoral, el Notario debe de tener abiertas sus oficinas y permanecer en ellas para que en caso de que se le requiera, de fe de hechos o certifiquen documentos relacionados con la elección.

(15). FAUSI HAMDAN, Amad: Elementos y Caracteres Propios del Servicio Público, en Revista de Investigaciones Jurídicas, Escuela Libre de Derecho, n. 3, Año 3, México, 1979, p. 280.

Es importante señalar que el Notario tiene funciones compatibles e incompatibles, las cuales se encuentran en el artículo diecisiete de la Ley del Notariado para el Distrito Federal:

“Las funciones del Notario son incompatibles con todo empleo, cargo o comisión públicos, con los empleos o comisiones de particulares, con el desempeño del mandato judicial y con el ejercicio de la profesión de abogado, en asuntos en que haya contienda con la de comerciante, agente de cambio o ministro de cualquier culto.

El Notario sí podrá:

- I. Aceptar cargos docentes, de beneficencia pública o privada o concejiles;
- II. Ser mandatario de su cónyuge, ascendientes o descendientes por consanguinidad o afinidad y hermanos;
- III. Ser tutor, curador o albacea;
- IV. Desempeñar el cargo de secretario de sociedades, sin ser miembro del consejo;
- V. Resolver consultas jurídicas;
- VI. Ser árbitro o secretario en juicio arbitral;
- VII. Patrocinar a los interesados en los procedimientos judiciales necesarios para obtener el registro de escritura; y
- VIII. Patrocinar a los interesados en los procedimientos administrativos necesarios para el otorgamiento, registro o trámite fiscal de las escrituras que otorgare.”

Desde el punto de vista material, se consideran parte de la función notarial exclusivamente los actos que integran la fe pública notarial. Esta función se caracteriza principalmente por el sujeto que la ejerce: el Notario, al que se le puede considerar como un profesional libre que asiste a las partes en la regulación de sus intereses y tiene la tarea de atribuir la fe pública a los actos en los que interviene.

Los distintos tipos de actos que son confiados a la competencia de los notarios para su redacción pueden agruparse de la siguiente manera:

- a) Actos en los cuales el proceso formativo se encuentra plenamente con el esquema formal previsto para el acto notarial por la ley vigente.

- b) Procedimientos verbales, llamados en la práctica corriente, actas.
- c) Actos de autenticación de firmas.
- d) Actos de certificación.

3.3. Obligaciones y Derechos del Notario.

Todos los notarios, al igual que cualquier profesional, para el buen desempeño de sus funciones tienen obligaciones para con la sociedad. Las cuales son impuestas por las leyes correspondientes, las que tienen que cumplir debidamente para evitar caer en algún tipo de violación a las leyes y tener por consiguiente, sanciones, o en tal caso, hasta pueden llegar a la pérdida de la patente. De igual forma los notarios tienen derechos, los cuales también se encuentran estipulados en las leyes, debiendo ser respetadas por todas las personas a quienes presten sus servicios.

Por lo anterior, vamos a analizar a continuación las obligaciones y derechos del Notario en términos generales.

3.3.1. Obligaciones del Notario.

Es importante para nuestro estudio, señalar las obligaciones del Notario, para lo cual se mencionarán las principales, teniendo en cuenta que todas las leyes de uno u otro modo le imponen obligaciones y derechos, es decir, cada artículo de las leyes generales aplicables a los notarios engendran una obligación para éste.

- a) Desempeño de la función de manera personal.

El ejercicio del notariado es una función de orden público no delegable, por tanto, no pueden ser encomendadas a un tercero.

El artículo 32 de la Ley del Notariado para el Distrito Federal establece:

"El Notario deberá desempeñar la función pública, en la notaría a su cargo y en los lugares en donde resulte necesaria su presencia, en virtud de la naturaleza del acto o del hecho que se pretenda pasar ante su fe".

Esta obligación de desempeñar la función de manera personal, se encuentra regulada en el artículo 126 fracción IV inciso a) de la Ley del Notariado para el Distrito Federal, en la cual se señala que una de las sanciones al Notario por no desempeñar ésta obligación es la separación definitiva del cargo del Notario; de igual forma el artículo 133 fracción IV de la citada Ley, establece que una de las causas para revocar la patente de Notario, es la comprobación por parte del Departamento del Distrito Federal, de que no desempeña personalmente las funciones de Notario.

b) Prestación obligatoria del servicio en asuntos de interés social.

Esta obligación se encuentra regulada como ya lo mencionamos anteriormente por el artículo octavo de la misma Ley.

Para poder tener un mejor concepto de lo que significa la expresión de "asuntos de interés social", la Dirección General Jurídica y de Estudios Legislativos del Distrito Federal en sus bases para la solicitud y atención de requerimientos de servicios notariales por parte de autoridades, publicado en la revista de Notariado, órgano del Colegio de Notarios del Distrito Federal, número trece correspondiente a junio de 1997; los ha definido como todos aquellos que vayan encaminados a dar autenticidad y seguridad a los actos en los cuales intervenga la autoridad en beneficio de la colectividad, así como, aquellos actos en los que coadyuva con la autoridad para preservar condiciones de gobernabilidad, en ámbitos en los cuales pueda dar fe un Notario.

c) Suplirse.

El Notario esta obligado a celebrar un convenio de suplencia con otro Notario, para que recíprocamente cubran sus ausencias temporales, lo cual lo deberá hacer dentro de los sesenta días naturales siguientes a la fecha en que el Departamento del Distrito Federal le haya otorgado la patente; de igual forma el convenio realizado entre los notarios que van a

suplir sus funciones, establece que los notarios no podrán suplir a otros, sino únicamente entre ellos. En caso, de que en ese término no se encuentre un Notario suplente, el Departamento del Distrito Federal en un lapso de quince días hábiles designará al Notario con quien se celebrará el convenio de suplencia. Esta obligación de suplencia se encuentra regulada por el artículo 36 de la citada Ley.

d) Actuar en el Distrito Federal.

El Notario deberá actuar dentro de su circunscripción, pudiendo realizar actos que se refieran a cualquier otro lugar, siempre y cuando cumpla con las disposiciones de ley. El Notario únicamente realizará actos en otros lugares cuando resulte necesaria su presencia, en virtud de la naturaleza del acto o del hecho que se pretenda pasar ante su fe. Esta obligación de actuar en el Distrito Federal la encontramos en el artículo quinto de la Ley del Notariado para el Distrito Federal.

Se debe de tomar en cuenta que la forma de los actos debe ceñirse a la legislación del lugar en donde pasen, pero sus efectos deben ser reconocidos por todos los demás estados de la Federación Mexicana, y los extranjeros según sus leyes.

e) Guardar Secreto Profesional.

Esta es una obligación de todo profesionista y que exige la ética; la revelación de secretos es un delito tipificado en el Código Penal del Distrito Federal. El artículo 31 de la Ley del Notario para el Distrito Federal ordena:

"Los notarios, en el ejercicio de su profesión, deben guardar reserva sobre lo pasado ante ellos y están sujetos a las disposiciones del Código Penal sobre secreto profesional, salvo los informes obligatorios que deben rendir con sujeción a las leyes respectivas y de los actos que deban inscribirse en el Registro Público de la Propiedad, de los cuales podrán enterarse las personas que no hubiesen intervenido en ellos y siempre que a juicio del Notario tengan algún interés legítimo en el asunto y que no se haya efectuado la inscripción respectiva."

Si el acto ya se inscribió, el solicitante deberá acudir al Registro Público correspondiente a efecto de enterarse por medio de esa institución, cuyo fin principal es brindar publicidad del contenido del instrumento relativo y, por lo cual queda relevado el Notario de la obligación de dar la información que se requiera.

De igual forma el artículo 126 fracción III inciso b) de la Ley del Notariado, establece que la revelación injustificada y dolosa de datos hecha por un Notario, tiene la sanción de suspensión del cargo hasta por un año, y la fracción IV inciso a) del mismo artículo establece las causas por las cuales el Notario es acreedor a la separación definitiva del cargo por causa de revelación del secreto profesional.

f) Explicar el contenido de los instrumentos.

La Ley del Notariado para el Distrito Federal de 1946, imponía la obligación de explicar el contenido de los instrumentos a todos los comparecientes, a excepción de que éstos fueran Abogados o Licenciados en Derecho.

En la actualidad no importa que el compareciente sea abogado, se le debe explicar el contenido del instrumento, eso se debe a que las ramas del derecho están demasiado especializadas, por tanto, incluso a un abogado deben explicársele las consecuencias específicas de un documento notarial y sus diversas implicaciones administrativas, fiscales o registrales, las cuales corresponden a una práctica notarial que quizá no maneje con la profundidad necesaria; ésta puede ser la causa de que la ley haya omitido la distinción que hacía su antecesora de acuerdo con lo siguiente:

“En el ejercicio de su función, el Notario orientará y explicará a los otorgantes y comparecientes el valor y las consecuencias legales de los actos que él vaya a autorizar”.

La única excepción que podríamos encontrar a la procedencia citada, es la referente al testigo de identidad que sea Licenciado en Derecho, a quien no hay que explicar el significado de incapacidad natural y legal.

Salvo ésta excepción tan minuciosa, el Notario está obligado a explicar a cualquier persona el contenido de sus instrumentos, y a advertir de sus consecuencias jurídicas en

todas las ramas implicadas, para evitarle cualquier falsa apreciación de la realidad que pueda ser argumentada después como vicio del consentimiento.

g) Leer el instrumento.

El Notario también está obligado a dejar constancia como certificación de que el instrumento se leyó por completo.

El artículo 62 fracción XIII en su inciso b) de la Ley del Notariado para el Distrito Federal, establece que el Notario hará constar bajo su fe, que les fue leída la escritura a los otorgantes, a los testigos e intérpretes, en su caso; o que la leyeron por ellos mismos.

Se debe de hacer mención que en materia de testamento público abierto, el Código Civil para el Distrito Federal, le impone al Notario reglas específicas:

“Artículo 1517.- Cuando sea ciego el testador, se dará lectura al testamento dos veces: una por el Notario, como está prescrito en el artículo 1512, y otra, en igual forma, por uno de los testigos u otra persona que el testador designe.”

h) Inscribir los testimonios que expida el Notario.

El artículo 94 de la Ley del Notariado determina:

“... El Notario deberá expedir el testimonio con su firma y sello y tramitará la inscripción del primero de ellos en Registro Público de la Propiedad del Distrito Federal cuando el acto sea registrable y hubiere sido requerido y expensado para ello por sus clientes...”

Es importante señalar que en la Ley de Instituciones de Asistencia Privada para el Distrito Federal, también establece la obligación que tienen los Notarios de inscribir las escrituras que se otorguen ante ellos. De igual forma la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares de Crédito y la Ley Federal de Derechos de Autor, establecen ésta obligación de inscribir en el Registro Público correspondiente los instrumentos notariales

que lo requieran. Esto debe de tomarse en cuenta para evitar que el Notario incurra en algunas de las sanciones previstas por las leyes mencionadas.

i) Testar de oficio.

El artículo 370 del Código Civil para el Distrito Federal establece:

“Cuando el padre o la madre reconozcan separadamente a un hijo, no podrán revelar en el acto del reconocimiento el nombre de la persona con quien fue habido, ni exponer ninguna circunstancia por donde aquélla pueda ser identificada. Las palabras que contengan la revelación se testarán de oficio, de modo que queden absolutamente ilegibles.”

Lo anterior puede ocurrir en el caso de otorgar una escritura de reconocimiento de hijo, o bien, alguna clase de testamento.

j) Dar avisos.

Como ya se dijo, éste deber es una excepción de lo que se prevé que el Notario debe guardar reserva de lo sucedido ante él, y esta obligado a dar aviso, de acuerdo al instrumento de que se trate y de su contenido, según lo establecen las siguientes leyes:

- Ley del Notariado para el Distrito Federal.
- Código Fiscal de la Federación.
- Reglamento de la Ley para Promover la Inversión Mexicana y regular la Inversión Extranjera.
- Ley de Inversiones Extranjeras.
- Ley General de Población y su Reglamento.
- Código Financiero del Distrito Federal.
- Aviso de muerte con testamento en el Código Civil para el Distrito Federal.
- Ley Forestal.
- Avisos en Relación con Monumentos.
- Ley de Instituciones de Asistencia Privada para el Distrito Federal.
- Ley General de Asentamientos Humanos.
- Registro Público de la Propiedad.

- Ley Minera y su Reglamento.
- Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público.
- Ley Agraria y en el Reglamento Interior del Registro Agrario Nacional.
- Formalidades en el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.
- Ley del Régimen Patrimonial y del Servicio Público (Distrito Federal).
- Secretaría de Contraloría y Desarrollo Administrativo.

3.3.2. Derechos del Notario.

Así como se habló de las obligaciones que tienen los notarios, es conveniente señalar los derechos que tienen, ya que no solamente tienen obligaciones que cumplir al prestar sus servicios, sino también derechos que por naturaleza les corresponden por el hecho de prestar sus funciones. Entre los derechos de los notarios podemos señalar los siguientes:

a) Derecho a la autodeterminación.

Este derecho estriba en la adopción y práctica de un criterio jurídico muy particular, siempre y cuando se encuentre ajustado a un marco legal. Esta autodeterminación implica que el Notario califique y resuelva cada caso que se le plantea dentro de las diversas soluciones que el mismo admita; debe escoger lo que considere más adecuado y sobre todo considerar la facultad de excusarse de actuar sin caer en responsabilidad de acuerdo a lo que establece el artículo 126 fracción II inciso g) de la Ley del Notariado para el Distrito Federal; que sanciona al Notario si éste se excusa de actuar y no existe ni media, causa justificada.

El Notario es un profesionista distinto al abogado, según la Ley de Profesiones, ya que al enumerar las profesiones menciona por un lado al Licenciado en Derecho y por otro al Notario; el primero de ellos debe de ser siempre parcial a los intereses de su cliente, mientras que el segundo en su función siempre debe de ser imparcial, y en ello fundamentará sus decisiones.

b) A cobrar honorarios.

Este derecho lo podemos encontrar en forma general en el artículo quinto constitucional, el cual habla del hecho de que nadie puede ser privado del producto de su trabajo sino por resolución judicial; así como, nadie esta obligado a prestar trabajos sin la justa retribución y sin su consentimiento, salvo el trabajo impuesto como pena por la autoridad judicial. De igual forma señala que los trabajos de índole social serán remunerados en los términos de la Ley. Y en forma particular, se encuentra regulado en los artículos 7, 8, 153 y 154 de la Ley del Notariado para el Distrito Federal.

Como vemos, el Notario esta sujeto a un arancel y si no lo lleva a cabo, estará expuesto, en primer lugar, a una multa; y en segundo lugar, a la suspensión de hasta un año (artículo 126 fracción II inciso b); y fracción III inciso a), respectivamente, de la Ley del Notariado para el Distrito Federal).

El arancel de notarios para el Distrito Federal, fue publicado en el Diario Oficial de la Federación del 25 de julio de 1988, éste abrogó al del 31 de diciembre de 1947, pues ya era obsoleto en su aplicación.

c) A la Licencia.

En cuanto a la Licencia, ésta es un derecho necesario que tienen los notarios, debido a que no pueden ausentarse libremente, y para poder hacerlo, tienen que solicitar licencia o vacaciones; ésta se encuentra regulada por los artículos 107, 108 y 109 de la Ley del Notariado para el Distrito Federal.

d) A Vacaciones.

En cuanto al derecho que tienen los notarios a vacaciones el artículo 106 de la citada Ley establece:

“Los notarios podrán separarse del ejercicio de sus funciones quince días consecutivos o alternados en un trimestre y hasta treinta días, en igual forma en cada

semestre, previo aviso que por escrito se dé a la oficina respectiva del Departamento del Distrito Federal”.

A diferencia de la licencia, aquí se señala que el Notario sólo debe de dar un aviso, no necesita que la autoridad determine si se le concede o no su separación por la temporalidad que se menciona.

La función notarial es de orden público y no puede suspenderse al faltar temporalmente el Notario en sus funciones, razón por la cual en estas circunstancias la notaría debe de ser atendida por el Notario suplente.

e) A Asociación.

Nos referimos al derecho de asociación con otro Notario para atender una notaría, en la cual actuarán indistintamente en el mismo protocolo, que será el del Notario más antiguo. Este derecho se encuentra regulado por el artículo 38 de la Ley del Notariado. También es de advertirse que el derecho a la asociación (si así lo permite la legislación correspondiente), podrían practicarla dos o más notarios, sin embargo, la legislación del Distrito Federal sólo admite la asociación entre dos notarios.

Debe entenderse que los notarios asociados deben suplirse entre si, por la naturaleza de la asociación que convienen y que permite la actuación de dos notarios en un sólo protocolo, más es posible que cada uno de los notarios asociados tenga a la vez un suplente que no participa en la asociación. Esto no está prohibido, y su aplicación no contradice la ley.

f) A Excusarse.

Este derecho que tienen los notarios a excusarse, se encuentra regulado por el artículo 34 de la Ley del Notariado para el Distrito Federal (el cual quedó mencionado con antelación).

Con lo anterior, queda de manifiesto, la importancia de la función pública notarial, la cual obliga a los notarios a intervenir siempre que sea necesario para cumplir con aquellas demandas que no admiten demora.

g) A La Permuta de Notarías.

La permuta es un procedimiento no regulado por la Ley del Notariado para el Distrito Federal vigente; y consiste en el cambio que un Notario hace con otro respecto a la titularidad de sus respectivas notarías, lo que requiere de practicarse las transmisiones en su universalidad (ubicación, protocolo, número, etcétera) con una relación de causa-habencia plena.

Queda al arbitrio de la autoridad concederla, pero su aprobación no violaría ningún principio legal.

h) A la Reubicación de Notarías.

Merece el mismo comentario que el punto anterior el procedimiento de reubicación de notarías.

Todo Notario al amparo de la ley de 1980 debe prestar sus servicios dentro de una oficina ubicada en determina Delegación Política del Distrito Federal y la cual es asignada por la autoridad, de acuerdo con las necesidades que dichas Delegaciones tengan de notarías, tomando en cuenta, ésta y demás situaciones sociales y urbanísticas se podría conceder el cambio de delegación a un Notario, apoyándose esta idea, en que el procedimiento en cuestión no se encuentra expresamente prohibido en la ley.

3.4. El Instrumento Notarial.

La actividad del Notario, no persigue más que un propósito: producir el instrumento público, motivo de profundización y estudio para los procesalistas, por ser el medio de prueba más eficaz y contundente en los procedimientos judiciales.

El término instrumento proviene del latín *instruere* que significa instruir, enseñar, dar constancia, y se refiere a todo aquello que sirve para conocer o fijar un acontecimiento; por lo cual, cuando el instrumento consiste en signos escritos se llama Documento.

3.4.1. Documento Público.

Los documentos pueden ser públicos o privados, según provengan de persona investida de fe pública o de particular. Los Códigos de Procedimientos Civiles determinan cuales son documentos públicos y los privados.

La Ley Adjetiva Federal, en su artículo 129, establece los que se entiende por documento público señalando lo siguiente: Son documentos públicos, aquéllos cuya formación está encomendada por la ley, dentro de los límites de su competencia, a un funcionario público revestido de la fe pública, y los expedidos por funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones.

La calidad de públicos se determina por la existencia regular sobre los documentos, de los sellos, firmas u otros signos exteriores que, en su caso, prevengan las leyes.

El Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, no define al documento público, sólo enumera en forma casuística a los que pueden considerarse con ese carácter.

"Artículo 327.- Son documentos públicos:

I. Los testimonios de las escrituras públicas otorgadas con arreglo a derecho y las escrituras originales mismas;

II. Los documentos auténticos expedidos por funcionarios que desempeñen cargo público, en lo que se refiere al ejercicio de sus funciones;

III. Los documentos auténticos, libros de actas, estatutos, registros y catastros que se hallen en los archivos públicos, o los dependientes del Gobierno Federal, de los Estados, de los Ayuntamientos o del Distrito Federal.

IV. Las certificaciones de las actas del estado civil expedidas por los Jueces del Registro Civil, respecto a constancias existentes en los libros correspondientes;

V. Las certificaciones de constancias existentes en los archivos públicos expedidas por funcionarios a quienes compete;

VI. Las certificaciones de constancias existentes en los archivos parroquiales y que se refieran a actos pasados, antes del establecimiento del Registro Civil, siempre que fueren cotejadas por Notario público o quien haga sus veces con arreglo a derecho;

VII. Las ordenanzas, estatutos, reglamentos y actas de sociedades o asociaciones, universidades, siempre que estuvieren aprobadas por el Gobierno General o de los Estados, y las copias certificadas que de ellos se expidieren;

VIII. Las actuaciones judiciales de toda especie;

IX. Las certificaciones que expidieren las bolsas mercantiles o mineras autorizadas por la ley y las expedidas por corredores titulados con arreglo al Código de Comercio;

X. Los demás a los que se les reconozca ese carácter por la ley.”

Por exclusión, son privados los documentos que no reúnen las condiciones previstas en las disposiciones anteriormente transcritas.

El artículo 334 de la misma ley estipula:

“Son documentos privados los vales, pagarés, libros de cuentas, cartas y demás escritos firmados o formados por las partes o de su orden y que no estén autorizados por escribanos o funcionarios competentes.”.

El documento público tiene pleno valor probatorio dentro de los juicios y procedimientos, tanto administrativos como judiciales, y es actualmente el medio de prueba más eficaz e importante, pues su valor no puede ser destruido por medio de excepciones.

3.4.2. Instrumento Notarial.

Para poder estudiar el instrumento notarial, es necesario analizar los elementos que el Notario requiere para su confección:

a) Protocolo.- etimológicamente el término protocolo está compuesto por dos palabras de origen griego: *protos* que significa primero, y *colao* que significa pegar; entonces el protocolo era lo que estaba escrito a la cabeza del papel de donde solía ponerse el tiempo de su fabricación. Se debe hacer mención que el protocolo surge de Justiniano. En la

actualidad, la definición de protocolo se encuentra en el artículo 42 de la Ley del Notariado para el Distrito Federal.

“Protocolo es el conjunto de libros formados por folios numerados y sellados en los que el Notario, observando las formalidades que establece la presente ley, asienta y autoriza las escrituras y actas que se otorguen ante su fe, con sus respectivos apéndices; así como por los libros de registro de cotejos con sus apéndices.

Los instrumentos, libros y apéndices que integren el protocolo deberán ser numerados progresivamente. Los folios deberán utilizarse en forma progresiva por ambas caras y los instrumentos que se asienten en ellos se ordenarán en forma sucesiva y cronológica por el Notario y se encuadernarán en libros que se integrarán por doscientos folios, excepto cuando el Notario deba asentar un instrumentos con el cual rebasare ese número, en cuyo caso, podrá dar por terminado el libro sin asentar dicho instrumento iniciando con éste el siguiente libro.

El Notario no podrá autorizar acto alguno sin que lo haga constar en los folios que forma el protocolo, salvo los que deban constar en los libros de registro de cotejos.”.

Podemos decir, que existen varias clases de protocolo y son, el ordinario, que es el que el Notario normalmente utiliza para la autorización de los actos y hechos jurídicos que sean realizados ante su fe, y ha quedado descrito en el párrafo anterior; el protocolo abierto, el cual se encuentra regulado por el artículo 43 de la Ley del Notariado para el Distrito Federal.

“Los notarios llevarán un protocolo abierto especial para actos y contratos en que intervengan las autoridades del Distrito Federal, con sus respectivos apéndices e Indices de instrumentos el cual tendrá las mismas características que se señalan en esta sección.

Los instrumentos, libros y apéndices que integren el protocolo especial, deberán ser numerados en forma progresiva e independiente de la que corresponda al protocolo ordinario y en cada caso se antepondrán al número las siglas “P.E.”.

Los notarios podrán también asentar en este protocolo especial, las actas y escrituras en que intervengan las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal, cuando actúen para el fomento de la vivienda o con motivo de programas para la regularización de la propiedad inmueble en el Distrito Federal.”.

Y, por último esta el protocolo consular, el cual en el artículo 47 inciso d) de la Ley Orgánica del Servicio Exterior Mexicano, se establece que el jefe de una representación consular tiene la obligación de ejercer funciones notariales en los actos y contratos celebrados por mexicanos en el extranjero para ser ejecutados en la República Mexicana, debiendo aplicar las disposiciones establecidas en el Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal, y la Ley del Notariado para el Distrito Federal. La función notarial de los cónsules tiene como característica especial que se lleva en el protocolo especial, el cual debe de ser autorizado por la Secretaría de Relaciones Exteriores con todas las características físicas y jurídicas que establece la Ley del Notariado para el protocolo especial.

b) Apéndice.- es la carpeta en la que se depositan los documentos que tienen relación o son parte de las escrituras o actas. Es considerado como parte esencial del protocolo, y junto con él, es entregado en forma definitiva al Archivo de Notarías. Se encuentra regulado en el artículo 53 de la Ley del Notariado para el Distrito Federal.

c) Índice.- consiste en la libreta donde se asientan, en orden alfabético los nombres de las partes que intervienen en los instrumentos autorizados por el Notario, la naturaleza del acto o hecho, el libro al que pertenece y número de folios en los que consta, así como su fecha. Por cada decena de libros se lleva un índice por duplicado. El fundamento del índice se encuentra en el artículo 55 de la citada Ley.

d) Guía.- la ley no ha establecido este elemento, pero la práctica sí, en ella se anotan en forma progresiva los instrumentos otorgados por el Notario y como se encuentran.

e) Sello.- la ley se refiere a él como “sello de autorizar”, ya que es el instrumento que emplea el Notario para ejercer su facultad fedataria, pues es el símbolo de la fe pública del Estado. La falta de él produce la nulidad el instrumento o del testimonio. El sello al igual que el protocolo, son propiedad el Estado, aunque el Notario debe adquirirlo a su costa.

f) Notaría.- es un concepto independiente de la oficina, es el conjunto de elementos materiales, compuestos por el protocolo, apéndice, índice, guía, sello y archivo, que están al servicio del Notario para el ejercicio de sus funciones. La notaría es pública.

g) Oficina.- es el lugar físico donde se establece el Notario para realizar sus funciones, es su domicilio legal y donde se encuentran reunidos los elementos de la notaría.

h) Rótulo.- no se encuentra regulado en la ley vigente, pero es el anuncio colocado en la puerta de la oficina, con el nombre completo del Notario y el número de la notaría.

i) Archivo.- esta formado por los expedientes, el protocolo y los documentos que forman parte del apéndice. Este archivo no es público, sólo es utilizado por el Notario o por la persona que legalmente lo sustituya, ya que en él se encuentran documentos que han sido entregados en forma confidencial. El archivo forma parte de la notaría y no de la oficina. Fue creado por la Ley del Notariado de 1901 y con ella se determinó que el Estado es el propietario del protocolo.

Por lo anterior, podemos decir que la fe pública notarial es siempre documental. Los documentos notariales o el instrumento notarial, son aquellos que constan en forma original en los protocolos: escritura pública y acta. También son los testimonios, copias certificadas y certificaciones.

Por ser el notarial un documento público, tiene pleno valor probatorio y conserva la apariencia jurídica de validez mientras no es declarado judicialmente nulo. La Ley del Notariado en los artículos 60 y 82 señala los dos tipos de documentos públicos que el Notario puede hacer constar en el protocolo: la escritura y el acta notarial.

3.4.2.1. Escritura Pública.

La escritura pública es el instrumento público notarial por excelencia, que se utiliza para hacer constar actos jurídicos, es decir, aquéllas manifestaciones humanas en donde la voluntad de las partes es capaz de determinar las consecuencias de derecho de lo que se celebra. Por lo que se puede decir que la escritura se refiere a los actos y negocios jurídicos.

Bernardo Pérez Fernández del Castillo, define a la escritura pública como: "Documento original asentado en el protocolo por medio del cual se hace constar un acto jurídico, que lleva la firma y sello del Notario." (16).

La Ley del Notariado para el Distrito Federal regula en su Artículo 60, los instrumentos públicos que se consideran escrituras:

"Para los efectos de esta ley, se entiende por escritura cualquiera de los siguientes instrumentos públicos:

I. El original que el Notario asiente en el libro autorizado, conforme al artículo 46 de este ordenamiento, para hacer constar un acto jurídico, y que contenga las firmas de los comparecientes y la firma y sello del Notario.

II. El original que se integre por el documento en que se consigne el acto jurídico de que se trate, y por un extracto de éste que contenga sus elementos esenciales y se asiente en el libro autorizado.

El documento deberá llenar las formalidades que señala este capítulo, ser firmado en cada una de sus hojas y al final por los comparecientes y el Notario; llevar el sello de éste en los expresados lugares, y agregarse al apéndice con sus anexos.

El extracto hará mención del número de hojas de que se compone el documento, y relación completa de sus anexos y será firmado por los comparecientes y el Notario.

La autorización definitiva y las anotaciones marginales se harán sólo en el libro de protocolo."

Para el otorgamiento de una escritura la ley señala dos posibilidades: una, que se extienda completa en el protocolo; y dos, que se extienda un extracto y el documento complementario se agregue al apéndice

(16). PEREZ FERNANDEZ DEL CASTILLO, Bernardo: Derecho Notarial, Ed. Porrúa, México, 1993, p. 374.

El Notario para determinar el contenido, lenguaje y fórmulas de estilo al elaborar una escritura, debe tener en cuenta las disposiciones aplicables de la Ley del Notariado, del Código Civil y de otras leyes. Los ordenamientos jurídicos modernos disponen que el lenguaje debe de ser claro y sencillo.

La Ley del Notariado, establece que las escrituras se redacten en castellano y se evite toda palabra o fórmula inútil o anticuada (art. 62 fracción V de la citada ley). De igual forma de que en las escrituras no se pueden asentar abreviaturas, sino que se asentarán con letra clara.

3.4.2.2. Acta Notarial.

El otro documento notarial, que es materia de una porción muy grande de la actividad notarial, es el acta, la cual esta confeccionada para contener la certificación que hace el Notario de oído y de vista de hechos materiales o jurídicos específicos.

En la doctrina se han clasificado las actas considerando su contenido, sin embargo, en nuestra legislación, específicamente en el artículo 84 de la Ley del Notariado, no se establece ninguna clasificación, sino sólo se limita a enumerar dentro de las primeras siete fracciones, en forma casuística, los hechos que el Notario pueda consignar y dejando en la última fracción la puerta abierta para hacer constar todo hecho que pueda apreciarse de manera objetiva. En la actualidad el presente artículo se ha modificado con la derogación de la cuarta fracción, es decir, la relativa al cotejo de documentos.

El artículo 82 de la misma Ley, define al acta notarial de la siguiente forma:

“Acta notarial es el instrumento original en el que el Notario hace constar bajo su fe uno o varios hechos presenciados por él, y que éste asienta en un libro del protocolo a su cargo a solicitud de parte interesada y que autoriza mediante su firma y sello.”

El artículo 83 de la Ley del Notariado para el Distrito Federal ordena:

"Los preceptos relativos a las escrituras serán aplicables a las actas notariales, en cuanto sean compatibles con la naturaleza de los hechos materia de éstas..."

La Ley del Notariado para el Distrito Federal, hace distinción entre escritura y acta, de acuerdo con su contenido; en la primera se hacen constar actos jurídicos, y en la segunda hechos jurídicos y materiales.

3.4.2.3. Nulidad de Escrituras y Actas.

La nulidad de las escrituras públicas y las actas notariales la encontramos regulada en el artículo 103 de la Ley del Notariado, el cual establece:

"La escritura o el acta será nula:

- I. Si el Notario no tiene expedito el ejercicio de sus funciones al otorgarse el instrumento;
- II. Si no le está permitido por la ley autorizar el acto o hecho materia de la escritura o del acta;
- III. Si fuera otorgado por las partes o autorizada por el Notario fuera del Distrito Federal;
- IV. Si ha sido redactada en idioma extranjero.
- V. Si no está firmada por todos los que deben firmarla según esta ley, o no contiene la mención exigida a falta de firma;
- VI. Si está autorizada con la firma y sello del Notario cuando debiera tener la razón de "no pasó", o cuando la escritura o el acta no estén autorizadas con la firma y sello del Notario; y
- VII. Si falta algún otro requisito que produzca la nulidad del instrumento por disposición expresa de la ley.

En el caso de la fracción II de este artículo, solamente será nulo el instrumento en lo referente al acto o hecho cuya autorización no le esté permitida; pero valdrá respecto de los otros actos o hechos que contenga y que no estén en el mismo caso.

Fuera de los casos determinados en este artículo el instrumento es válido, aun cuando el Notario infractor de alguna prescripción legal quede sujeto a la responsabilidad que en derecho proceda.”.

3.5 La Responsabilidad Notarial.

Sobre el Notario recae gran cantidad de responsabilidades, ya que le Notario es la base y núcleo central de la seguridad jurídica contractual y testamentaria, no lo es el instrumento que no es sino su obra teniendo a él como su autor. Si el Notario no responde a la función, si carece de moralidad, competencia jurídica y dedicación profesional, traicionaria por un lado la confianza que el Estado ha depositado en él y por otro a la de la sociedad que también confía en él.

Como consecuencia de lo anterior expresado; la ley debe de ser muy rigurosa con el Notario al exigir responsabilidad a quien pudiera burlar la confianza que ha sido depositada al entregarle tal poder o si abusará de él faltando a la misión conferida, ya que diariamente son entregadas a su pericia, consejo y dirección los intereses de los particulares.

La responsabilidad en la que incurre el Notario es aquella por la cual incumple las obligaciones que le impone el ejercicio de su función. Las responsabilidades en las que incurre el Notario, se dividen en responsabilidad civil, que a su vez, puede ser contractual y extracontractual; responsabilidad administrativa, que puede ser administrativa propiamente dicha y disciplinaria; responsabilidad fiscal; responsabilidad gremial o corporativa; y responsabilidad penal.

3.5.1. Responsabilidad Disciplinaria y Administrativa.

El Notario tiene facultades propias que le son atribuidas por la ley, no da cuenta de su actuación a ningún superior jerárquico; a pesar de eso en su caso, deberá responder civil y

criminallymente de sus actos. El servicio notarial obligatorio general y permanente, requiere una organización especial y aunque no existe una jerarquía, si existe una superintendencia ejercida sobre el Notario por el Estado, es decir, una superintendencia jerárquica con lo cual se verifica la prestación del servicio y cumplimiento de la Ley del Notariado.

La responsabilidad disciplinaria tiende a corregir infracciones que aún no ocasionan perjuicio a alguien, o bien, prevenir perjuicios mayores, es aquélla en la que incurren los Notarios por violación a la Ley del Notariado y hace efectiva únicamente el Gobierno del Distrito Federal, o sea, el órgano superintendente jerárquicamente del notariado. Lo anterior expuesto no impide que la responsabilidad disciplinaria se haga efectiva administrativamente, ya que tanto la responsabilidad disciplinaria como la administrativa son " administrativas" en el sentido de que son reguladas por leyes administrativas y hechas valer por un órgano del poder Ejecutivo, lo que podemos corroborar por lo estipulado en el artículo sexto (mencionado con antelación) de la Ley del Notariado.

En lo referente a la responsabilidad administrativa, la ley antes mencionada se refiere a ella en el artículo 125 diciendo:

"El Notario incurrirá en responsabilidad administrativa por cualquier violación a esta ley, a sus reglamentos o a otras leyes. Las autoridades del Distrito Federal podrán iniciar el procedimiento establecido en esta sección cuando tengan conocimiento de que se ha cometido alguna violación por parte del Notario, a los ordenamientos antes señalados o a solicitud de la persona que acredite tener interés jurídico en el asunto.

Las autoridades del Distrito Federal impondrán las sanciones correspondientes según la gravedad de la violación y demás circunstancias que concurran en el caso de que se trate, de conformidad con lo establecido en esta ley."

El artículo anterior dispone que se incurre en la responsabilidad referente cuando:

I. Exista alguna violación a la Ley del Notariado, pero también y muy importante a otras leyes.

II. Siempre que se cause algún perjuicio al particular que haya solicitado el servicio del Notario.

El artículo 113 de la Ley del Notariado, se refiere a la vigilancia e inspección de notarías, y establece que el Departamento del Distrito Federal contará de inspectores de notarías que serán nombrados y removidos por el Jefe del propio Departamento, ésta es una forma de actuación que tiene el Estado para verificar que el Notario esta cumpliendo con las leyes de la notaría; las visitas ya sean ordinarias o especiales, son un medio para poder controlar la responsabilidad en que pueda incurrir el Notario y poder aplicar sanciones y evitar perjuicios al público.

3.5.2. Responsabilidad Civil.

La responsabilidad civil del Notario, consiste en la obligación de indemnizar a una persona, ya sea, por la realización de un daño o perjuicio; por la abstención o actuación ilícita, culposa o dolosa, y por el nexo causal entre ambos. Es necesario, primero, la existencia de un daño material o moral en el sujeto pasivo; segundo, que el daño se haya producido como consecuencia de la abstención o actuación negligente, falta de previsión o con intención de dañar, es decir, que haya culpa o ilicitud en el sujeto activo; y tercero, que exista relación de causalidad entre el daño causado y la actuación o abstención ilícita.

Esta responsabilidad puede ser contractual o extracontractual, dependiendo de la causa que lo origen. La responsabilidad contractual deviene por tratarse de un contrato de prestación de servicios profesionales, cuyo contenido de clausulado si no se establece o determina por contrato, deberá suplirse por el Código Civil, el Arancel de Notarios y la Ley del Notariado, mientras que la responsabilidad extracontractual, surge como fuente en relación con uno de los sujetos que contrata con su cliente, que no ha celebrado un contrato de prestación de servicios con el fedatario, pero sin embargo lo recibe de parte de él.

La responsabilidad extracontractual, es la conducta humana culpable por dolo o negligencia que pugna con lo determinado por un deber jurídico en estricto sentido, plasmado en una ley de orden público o dictado por las buenas costumbres. La cual produce la obligación de indemnizar daños y perjuicios.

La responsabilidad contractual, la mencionan los artículos 2104, 2028 y 2105 del Código Civil diciendo respectivamente lo siguiente: el que estuviere obligado a prestar un hecho y dejare de prestarlo o no lo prestare conforme a lo convenido será responsable de los daños y perjuicios; el que estuviere obligado a no hacer alguna cosa quedará sujeto al pago de daños y perjuicios en caso de contravención; el último artículo citado establece la responsabilidad en las obligaciones de dar que tengan plazo fijo y alude a las que no tuvieren plazo cierto.

Esta responsabilidad civil en que incurre un Notario, nace de la abstención o actuación ilícita, culposa o dolosa que dé lugar a uno de los siguientes supuestos:

a) Por causar daños y perjuicios al abstenerse, sin causa justa, de autenticar por medio de un instrumento público un hecho o un acto jurídico; en este caso la actuación del Notario es a petición de parte interesada, o sea, es un acto rogado y nunca es de oficio, sin embargo, es obligatoria y no puede abstenerse o excusarse de actuar sino en aquéllos casos expresamente previstos en los artículos 34 y 35 de la Ley del Notariado para el Distrito Federal.

b) Por provocar daños y perjuicios en virtud de una actuación notarial morosa, negligente o falta de técnica notarial; aquí el Notario incurre en responsabilidad por morosidad, cuando extiende el instrumento fuera del tiempo convenido con su cliente o en el que se considere necesario para su redacción. También puede existir morosidad en el Notario para entregar el testimonio correspondiente, sea porque no ha satisfecho los requisitos fiscales o administrativos que le impone la ley, o cumplidos éstos, no expide la copia o testimonio correspondiente. Asimismo, el Notario como profesional del derecho, debe buscar las soluciones jurídicas y económicas más propias para resolver los problemas planteados; y si por negligencia, impericia o falta de técnica notarial, escoge soluciones impropias, ya sea porque haya redactado un contrato en lugar de otro, o bien, cuantificado indebidamente los impuestos, si causa daños y perjuicios, tiene que responder mediante la indemnización.

c) Por causar daños y perjuicios por la declaración judicial de nulidad o inexistencia de un acta o escritura pública; es causa de responsabilidad del Notario, si por contravenir el Código Civil, la Ley del Notariado u otras leyes, se declara judicialmente nulo o inexistente el instrumento por él redactado.

d) Por originar daños y perjuicios al no inscribir o inscribir tardíamente en el Registro Público de la Propiedad o del Comercio una escritura pública o acta que sea inscribible, cuando haya recibido de su cliente para tal efecto los gastos y honorarios; incurre el Notario en responsabilidad, cuando ha recibido los gastos y honorarios para la inscripción de una escritura en el Registro Público de la Propiedad o del Comercio y no lo realiza o lo hace en tiempo inoportuno.

e) Por el daño material y moral causado a la víctima o a su familia en la comisión de un delito; la actuación del Notario realizada en forma dolosa o culposa puede hacerlo incurrir en la comisión de un delito, y por lo tanto en responsabilidad civil derivada de hechos defectuosos, cuando tiene el carácter de tercero subsidiario.

3.5.3. Responsabilidad Fiscal.

El sistema de responsabilidad que gira alrededor del Notariado en la realización de su función, es lo que da garantía y seguridad jurídica en la adquisición de un derecho real sobre un bien inmueble..

En México, sin ser un empleado del fisco y sin recibir remuneración de éste, le es eficaz colaborar en la aplicación de las Leyes del Impuesto Sobre la Renta, Ley del Impuesto al Valor Agregado, Código Fiscal de la Federación, Ley del Impuesto Sobre Adquisición de Inmuebles, Ley de Hacienda del Departamento del Distrito Federal; así como la de los Estados de la República, y todas aquéllas que sean concomitantes a la no evasión de impuestos fiscales.

La actividad fiscal del Notario tiene doble carácter: liquidador y enterador de impuestos. Como liquidador tiene la obligación de cuantificar los impuestos que el cliente debe de pagar dentro del plazo que fijan las leyes de la materia y llenar las formas oficiales, y aún cuando la operación no cause pago, existe en algunas leyes la obligación de llenar la forma respectiva y presentarla a la oficina recaudadora. Y como enterador de impuestos, su obligación es realizar su pago cuando ha sido debidamente expensado por sus clientes. De no efectuarlo, no puede autorizar la escritura en forma definitiva. La falta de cumplimiento puntual de estas obligaciones fiscales impositivas a cargo del fedatario, le acarrea consigo como consecuencia, la responsabilidad fiscal, incluso con el pago de multas y recargos. Los

ordenamientos fiscales que imponen responsabilidad al Notario son de carácter federal, estatal y municipal.

Debemos agregar que a partir del momento en que el Notario autoriza preventiva o definitivamente un instrumento, se genera el crédito fiscal, y por consecuencia empieza a correr el plazo para su pago.

Cuando un Notario recibe dinero para el pago de impuestos y lo destinare a otro fin, es obvio que comete en perjuicio de su cliente el delito de abuso de confianza.

3.5.4. Responsabilidad Penal.

El Notario público esta sujeto a las penas corporales y económicas que establece el Código Penal, ya que éste no goza de ningún fuero especial ni un tratamiento distinto al de los demás ciudadanos en virtud de su cargo.

La aplicación de las sanciones penales es independiente de las sanciones administrativas que procedan en contra del Notario; esto se encuentra regulado en el artículo 126 de la Ley del Notariado para el Distrito Federal.

De esta manera, para que en el ejercicio de la función notarial no haya responsabilidad penal, el fedatario no debe escamotear la confianza de sus clientes, sino que debe vivir la función con una conducta estrictamente lícita y honesta, ya que de lo contrario estaría cometiendo un delito.

Por lo que se refiere a los delitos susceptibles de cometer por el Notario en el ejercicio de su profesión, se pueden dividir por su tratamiento en dos: primero, los delitos de orden común, y segundo, los delitos fiscales.

Algunos de los principales delitos del orden común en que puede incurrir el Notario son : a) revelación de secretos, b) falsificación de o en Documento Público, c) fraude por simulación de un contrato o acto jurídico, y d) abuso de confianza.

El Notario es responsable por una conducta delictuosa cuando su actuación quede comprendida en cualquiera de los supuestos del artículo 13 del Código Penal.

"Son responsables de los delitos:

- I. Los que acuerden o preparen su realización.
- II. Los que lo realicen por sí.
- III. Los que lo realicen conjuntamente.
- IV. Los que lo lleven a cabo sirviéndose de otro.
- V. Los que determinen intencionalmente a otro a cometerlo.
- VI. Los que intencionalmente presten ayuda o auxilien a otro para su comisión.
- VII. Los que con posterioridad a su ejecución auxilien al delincuente, en cumplimiento de una promesa anterior al delito.
- VIII. Los que intervengan con otros en su comisión aunque no conste quién de ellos produjo el resultado."

Cuando la actuación del Notario queda comprendida en alguno de los supuestos anteriores, éste será responsable de la conducta delictuosa.

En cuanto a los delitos fiscales en los que puede incurrir un Notario, éstos se encuentran en las leyes fiscales federales y locales; y como característica propia de los delitos fiscales, encontramos a diferencia de los establecido en el Código Penal que éstos deben recaer dentro de los siguientes supuestos:

- a) Que siempre deben de ser dolosos y nunca culposos, o sea, no existe delito fiscal cuando la conducta sea imprudencial.
- b) La pena de los delitos fiscales no incluye la reparación del daño.
- c) En los delitos fiscales la pena administrativa en las leyes fiscales coexiste independientemente de la pena administrativa, o sea, puede haber la sanción administrativa además de la fiscal como es el caso de la destitución del cargo de Notario.
- d) En las sanciones de los delitos fiscales no hay ningún interés por la readaptación del delincuente ni es motivo de agravantes la reincidencia.

3.5.5 Responsabilidad Gremial o Corporativa.

Es aquella que en derecho comparado existe, en la que el cuerpo como gremio responde solidariamente por los daños causados por infracciones de los notarios en el ejercicio de sus funciones para mantener el orden y la imagen del servicio del mismo cuerpo y sus asociados.

También podría llamársele corporativa porque es la agrupación o cuerpo el que responde, y no el Colegio, que sólo administra los fondos y constituye una expresión de solidaridad que mira interiormente hacia los notarios y hacia las sociedades en su faz exterior.

Esta responsabilidad tiene como meta reforzar la imagen del fedatario y de la institución que ésta representa, el sujeto pasivo es el Notario si infringe normas instituidas para los miembros del colegio y comprende también a los dependientes del Notario y las relaciones de éstos entre sí.

La responsabilidad profesional resulta de la Ley o del Reglamento que tienen como propósito mejorar la actuación notarial y la observancia de la ética profesional, en cuanto a que su transgresión afecta a la institución notarial, los servicios y el decoro del cuerpo colegial. En el primer grupo las acciones que ponen en movimiento la jurisdicción notarial pueden surgir de una inspección; el segundo grupo se compone de infracciones contra la ética profesional, la cual en ocasiones, no suele presentarse con límites precisos. Se consideran comprendidos en este rango, los actos de los fedatarios en cuanto puedan afectar el buen nombre de la institución, las reglas de la convivencia profesional, la ética, el decoro o el respeto y consideración debidos al Colegio.

Existen cuatro clases de deberes éticos, entre los cuales conviene destacar los siguientes:

Deberes para consigo mismo: Tener conciencia de que el quehacer es el más alto nivel axiológico que requiere una elevada jerarquía espiritual y que en su vida de relación observe conducta intachable, refleje austeridad y guarde el decoro que proyecte seguridad e

inspire confianza a la sociedad, aumente conocimientos jurídicos que lo hagan más competente para la función.

Deberes para con la sociedad: Probidad e Imparcialidad, discreción y guarda del secreto profesional, percepción de los estipendios según los aranceles.

Deberes para con los colegas: Tener principios de solidaridad, comprensión y correspondencia, asistencia recíproca y no incurrir en competencia desleal.

Deberes para con la Institución: Velar por su prestigio, participar activamente en su desarrollo, auspiciar iniciativas y colaborar con sentido de solidaridad y unidad de grupo.

3.6. Fe Pública.

3.6.1. Definición y Requisitos de la Fe Pública.

Tomando como punto de partida lo que encierra la palabra fe en sí misma, podemos afirmar que es una convicción interna que se puede tener o no, con respecto a algo no percibido empíricamente, o lo que es lo mismo, la creencia voluntaria que en dado momento se le pudiera tener a lo desconocido. Por otro lado "lo público" es lo conocido, notorio o sabido, inclusive lo perteneciente al Estado.

El concepto jurídico de fe pública prescinde de uno de los elementos principales del acto de fe: la voluntad del que lo realiza. Aquí encontramos una obligación de carácter jurídico que nos impone la creencia de ciertos actos o hechos, debido a que proceden del Estado.

Lo anterior puede parecer una contradicción con respecto a la esencia misma de la fe, pues ya no aparece como un elemento subjetivo, sino más bien se refiere a un elemento objetivo que concierne a todos, es decir, "*erga omnes*". Así pues, asentimos con respecto a un hecho que debemos tener como cierto, porque el Estado representante de toda la colectividad así lo considera.

Con el fin de explicar claramente lo que es la fe pública, el maestro Bañuelos Sánchez afirma que fe es por definición:

"La creencia que se da a las cosas por la autoridad del que las dice o por la fama pública; asimismo indica que es pública porque es notoria, patente o manifiesta, que la ven o la saben todos. Es por ello que cuando utilizamos estos conceptos en el lenguaje jurídico realizamos un juicio lógico: afirmamos que ésta Fe o creencia es pública y no privada; ésta Fe no privada tiene un contenido jurídico no religioso ni político." (17).

Al haber expuesto lo anterior se establece claramente que la fe pública proviene del Estado, y aunque éste no actúa directamente, son determinados funcionarios investidos de fe pública los que en su nombre imprimen la verdad legal a los hechos o actos con el fin de autentificarlos, haciendo uso de la facultad o potestad que les confiere. Es así como mediante la fe pública se brinda seguridad jurídica.

Las relaciones humanas imponen la necesidad de crear una institución para asegurar el orden de la vida social; la seguridad en los convenios y contratos, así como los negocios jurídicos que se lleven a cabo. Es mediante la fe pública que se brinda esa seguridad, pues al basarse en la veracidad y autoridad de otros hombres, pasa de ser una simple creencia para convertirse en un medio de comprobación de la existencia de determinados hechos y actos jurídicos.

La fe se manifiesta como la convicción interna de las personas para creer o no en algún suceso que no ha percibido por alguno de sus sentidos.

Si a la palabra fe la calificamos como pública estamos ante la presencia de una creencia impuesta y no optativa, ya que lo público es lo sabido, notorio, conocido o aquello perteneciente al Estado. Cuando se habla de fe pública se trata de una proposición en la que todos creemos, respecto de un hecho que tenemos por cierto en virtud de que así lo considera el Estado a través de las leyes que lo organizan.

(17). BAÑUELOS SANCHEZ, Froylan: Fundamentos del Derecho Notarial, Ed. Sista, México, 1992, p. 136.

Para que la fe pública pueda considerarse de un modo objetivo, deben converger ciertos requisitos que le aportan sentidos y validez "*erga omnes*", los cuales son: evidencia, solemnidad, objetivación y coetaneidad.

a) Evidencia. Como ya se mencionó anteriormente, la fe pública se materializa en un documento, lo cual hace que esté presente a nuestro conocer directo ya que la hace palpable.

Por lo que respecta a la función notarial, tenemos que la evidencia es la relación que existe entre el autor del acto jurídico y el instrumento notarial, o lo que es lo mismo, la relación entre el quien y el ante quien. El Notario narra el hecho propio y consta el hecho ajeno, como funcionario investido de fe pública da fe y certifica acerca de la existencia de los documentos relacionados en la escritura, de conocimiento de las partes, de lectura y explicación y de otorgamiento de la voluntad.

b) Solemnidad. Es el conjunto de requisitos legales a la existencia de un acto jurídico al que la ley le da el carácter de solemne. Para que el acto de evidencia tenga fe pública, debe producirse revestido de solemnidad dentro de un procedimiento ritual fijado por la ley.

Para que un acto jurídico exista, se requieren cuando menos dos elementos según la regla general: el objetivo y la voluntad; la exigencia legal de exteriorizar la voluntad de determinada forma y no de otra constituye un mero requisito para la validez del acto. Está dispuesto por la ley, que de manera excepcional cuando no se cumpla ese requisito de formalidad establecida, traerá como consecuencia la inexistencia del acto celebrado.

La evidencia dentro de la solemnidad conforma lo que se llama el rigor formal de la fe pública. Al cumplirse con los requisitos señalados por la ley, queda constancia de que el acto existe gracias a la fiel expresión, percepción y conservación de los hechos.

c) Objetivación. Todo lo que se percibe de alguna manera sensorial debe plasmarse en un instrumento, es decir que el hecho histórico se debe materializar, convirtiéndose así en cosa corpórea. El acto de evidencia en su solemnidad debe quedar fielmente objetivado en la "dimensión papel", de ese modo pasa de ser un hecho histórico en un hecho narrado mediante una grafía sobre el papel.

El Notario público para dar fe debe plasmar lo percibido en un instrumento público. Todo eso de lo que tuvo conocimiento de manera sensorial o por el dicho de otros, debe constar por escrito dentro de un protocolo atendiendo al principio general de matricidad.

d) Coetaneidad. Para que un documento tenga valor probatorio, es necesario que tanto la evidencia como la solemnidad y la objetivación se lleven a cabo coetáneamente, es decir, al mismo tiempo. Para que esa coincidencia se dé, es necesario seguir ciertas normas de forma previstas por la ley, las cuales le otorgan al documento la garantía de que en un futuro tendrá valor probatorio. Esas normas regulan la forma necesaria o voluntaria en que han de plasmarse los hechos jurídicos, para que se produzcan en una unidad de acto. Lo que queda fuera de esa unidad carecerá de fe pública aunque no por eso pierda su validez. Si la finalidad que se tiene es la de probar algo, esto se logra por las garantías que acompañan a las fases de evidencia, solemnidad, objetivación y coetaneidad.

La relación temporal que existe entre lo percibido por los notarios, lo narrado por sus terceros y su otorgamiento en un instrumento notarial son muestras de la coetaneidad que debe existir en la actuación notarial, se obliga a las partes a no dejar pendiente de manera indefinida el otorgamiento o conclusión de un instrumento fijándoles un plazo para tal efecto, el cual más que nada obedece en cuanto a su determinación a un criterio legislativo.

3.6.2. Fundamento Constitucional de la Fe Pública en el Derecho Positivo Mexicano.

Considerando a la fe pública como la función específica de carácter público, cuya misión es robustecer con una presunción de verdad los hechos sometidos a su amparo, se puede establecer que se trata de toda una institución auxiliar para la realización normal del Derecho.

Aunque la fe pública sea de carácter impositivo, se le puede considerar desde otro punto de vista como una garantía que otorga el Estado para dotar de seguridad y eficacia a los negocios jurídicos celebrados dentro de la esfera social. Los encargados de ejercitarla son los funcionarios públicos quienes son considerados como servidores del Estado,

designados por disposición de ley para llevar a cabo cargos de autoridad y asumir funciones de representatividad.

El verdadero fundamento de la fe pública radica en la soberanía del Estado, en los artículos 39, 40 y 41 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y se tienen las bases para establecer porque la fe pública que dimana del Estado, se vierte en los funcionarios públicos.

Existe un artículo en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, considerado como "cláusula de entera fe y crédito", que obliga a que se tengan por ciertos determinados actos ante los Estados y frente a quienes no presenciaron su celebración, lo que es una aplicación teológica de la fe estatal, la cual se deposita originalmente en el Estado.

"Artículo 121.- En cada Estado de la Federación se dará entera fe y crédito a los actos públicos, registros y procedimientos judiciales de todos los otros. El Congreso de la Unión, por medio de las 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 registrarán 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 les 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; y

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

Tratándose de materia fedante la Federación no debe invadir la soberanía de los Estados en cuanto ésta se dirija a materias de regulación local, sin embargo, debe intervenir cuando la materia sea federal o concurrente, lo anterior se fundamenta en el artículo 124 constitucional:

“Las facultades que no estén expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados”.

3.6.3. Notas, Tipos y Clases de Fe Pública.

3.6.3.1. Notas de la Fe Pública.

La fe pública tiene ciertas notas o accidentes que son situaciones que tienden a determinar la identidad entre el hecho o acto y lo narrado. Estas notas son dos:

1) Exactitud.

La exactitud se refiere al hecho histórico presente, y exige la fidelidad, o sea, la adecuación de la narración al hecho, es la igualdad que debe existir entre el hecho o acto y lo narrado en el instrumento público. La exactitud a su vez es de dos clases:

a) Natural. Consiste en la relación de identidad entre el hecho o acto y lo narrado atendiendo a sus circunstancias de espacio, tiempo y lugar (por ejemplo una certificación de hechos).

b). Funcional. Consiste en hacer del instrumento un documento útil y práctico, narrado únicamente lo relevante del acto o hecho y evitando fórmulas inútiles o anticuadas.

2) Integridad.

La integridad es el acto de materializar o estatizar el acto o hecho para el futuro, lo cual debe hacerse en un documento. Esta materialización se hace mediante la impresión original del instrumento en el protocolo, y su reproducción con la expedición de testimonios y copias.

3.6.3.2. Tipos de Fe Pública.

La fe pública se divide en dos tipos:

a) Originaria.

La fe pública originaria original se presenta cuando el hecho o el acto del que se debe dar fe, fue percibido por los sentidos del Notario (*visu et auditu suis sensibus*). Esta se presenta por ejemplo, cuando el Notario asienta una certificación de hechos en su protocolo, o da fe del otorgamiento de un testamento.

b) Derivada.

Esta consiste en dar fe de hechos o escritos de terceros, aquí el Notario no ha percibido sensorialmente el acaecer del hecho o el otorgamiento del acto que plasmará en su protocolo; por ejemplo, cuando el Notario protocoliza el acuerdo del Consejo de Administración de una Sociedad Anónima, otorgándole poderes a un tercero, o lo hace con diligencias derivada de una de apeo y deslinde.

3.6.3.3. Clases de Fe Pública.

La fe pública es única y el Estado la ejerce por sí mismo, o la delega a servidores públicos o a particulares. Para efectos meramente didácticos, dividiremos a la fe pública en razón de los sujetos que la brindan según sus atribuciones legales.

a).- Fe Pública Notarial.- Consiste en la fe delegada a los Notarios, delimitando su campo y aplicación conforme a lo establecido en el artículo 35 fracción II de la Ley del Notariado para el Distrito Federal, que dice: " Artículo 35.- Queda prohibido a los notarios (...) II. Intervenir en el acto o hecho que por ley corresponda exclusivamente a algún funcionario público (...).".

Las leyes especiales son las que dotan al Notario de facultades para actuar. Estas son evidentes en materia de propiedad y gravámen de bienes inmuebles, testamentos públicos, constitución de sociedades, protestos, etcétera. El Notario es el fedatario que más amplia gama de facultades tiene, pues su intervención es requerida por casi la totalidad de las materias jurídicas.

b).- Fe Pública Judicial.- La tiene los secretarios del juzgado (y no el juez) para dar seguridad jurídica. La tienen en el interior; en la expedición de copias certificadas, o dando fe de que el juez decretó en tal o cual sentido; como al exterior: en las diligencias diversas fuera del juzgado (arts. 58 y 61 de la Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal).

De igual manera, el Ministerio Público, ya sea local o federal, también tiene fe pública (ministerial) en relación a las diligencias en que debe intervenir.

c).- Fe Pública Mercantil.- Esta se encuentra depositada en los corredores públicos, los cuales tienen una función dual, ya que pueden intervenir parcialmente en la intermediación y consolidación de un acto jurídico mercantil, o bien, dar fe de manera imparcial de actos o hechos mercantiles, como el cotejo de un documento perteneciente a un comerciante, la constitución de sociedades mercantiles, etcétera, sin poder intervenir según la Ley Federal de Correduría Pública, en estos actos, si con ellos están relacionadas las transmisiones de bienes inmuebles.

En la actualidad se exige que el corredor público sea abogado para ejercer funciones de fedatario mercantil, y que su actuación sea documental.

d).- Fe Pública Registral.- Se deposita en los directores de los registros, tanto locales como federales. Puesto que la esencia de los registros es dar publicidad a los actos, sus certificaciones tienen fe pública. Por ejemplo, al expedir un certificado de inexistencia de gravámenes. El registrador no tiene la fe pública ni le puede ser delegada en materia de propiedad (art. 6 fracc. I del Reglamento del Registro Público de la Propiedad del Distrito Federal).

e).- Fe Pública Consular.- La tienen los cónsules, en los casos en que la Ley les permite dar fe pública como notarios respecto a actos que pueden tener efectos en territorio nacional (legalización de firmas puestas en documentos públicos extranjeros, otorgamiento de poderes, testamentos, repudios de herencia, etcétera). Tienen facultad de actuar en protocolos abiertos (sin previa encuademación).

El embajador no tiene la fe pública, la tiene el cónsul; esto en términos del artículo 44 fracción cuarta de la Ley del Servicio Exterior Mexicano.

f).- Fe Pública Administrativa.- Es aquella atribuida al Poder Ejecutivo, que ejerce a través de las secretarías de Estado, y que por técnica legislativa se les concede habitualmente a los oficiales mayores de cada una de ellas. Esta limitada a los actos internos de las Secretarías y se ejerce con base a certificaciones (por ejemplo, el oficial mayor de la Secretaría de la Reforma Agraria, puede certificar que un título agrario se encuentra en sus archivos, o que una copia es reproducción fiel del mismo).

g).- Fe Pública Marítima.- Se deposita en el capitán el buque para casos especiales como nacimientos, matrimonios, testamentos, etcétera, que se den abordo de una embarcación, pero sólo se puede ejercer en alta mar (art. 25 fracción IV de la Ley de Navegación, y arts. 146 y 1583 a 1592 del Código Civil para el Distrito Federal).

h).- Fe Pública del Registro Civil.- Se deposita en cada uno de los jueces del Registro Civil, para los actos en que por ley tiene que intervenir, que son los referentes al estado civil de las personas (art. 25 del Código Civil para el Distrito Federal).

i).- Fe Pública Agraria.- En la nueva Ley Agraria se da una regulación en sus artículos 28, 58, 68, 80 y 114, en donde se atribuyen funciones de certificación en algunos actos a ciertas autoridades agrarias.

j).- Fe Pública Legislativa.- Se atribuye al Poder Legislativo en su ámbito de competencia una fe pública intrínseca, la cual surte efecto en los actos de publicación y promulgación de las leyes. Quienes reciben estas disposiciones deben tener por cierto, verdadero y obligatorio el texto de éstas (contenido en el Diario Oficial de la Federación y en las gacetas o periódicos oficiales de las entidades federativas)

k).- Fe Pública de los Archivos Notariales.- En donde exista Archivo General de Notarías (como en el Distrito Federal), su titular cuenta con fe pública para regularizar instrumentos incompletos que ya estén en su poder, por ejemplo, sin autorización definitiva, y en general para expedir copias certificadas que le soliciten las partes interesadas o fedatarios (art. 148 de la Ley del Notariado para el Distrito Federal).

l).- Fe Pública Eclesiástica. En nuestro derecho no es reconocido este tipo de fe pública, por ese motivo si un Notario tiene que cotejar un documento parroquial, tendrá que acudir a compulsar los originales a las parroquias como una certificación de hechos ante su fe, esto a partir de haberse derogado el procedimiento específico para cotejo de partida parroquial, establecida en el derogado artículo 88 de la Ley del Notariado.

m).- Fe Pública de Particulares.- En ocasiones, la legislación puede atribuir efectos fedatarios a particulares que en si no ejercen una función pública, como ejemplo los documentos que expidan los presidentes o secretarios de consejos de administración o juntas de socios, administradores únicos como directores, gerentes y representantes legales con facultades suficientes, para certificar y hacer constar lo que corresponda sobre los estatutos, libros, registros y demás documentos de las sociedades y sobre los derechos y obligaciones que tengan los socios o accionistas respecto a las mismas (art. 71 del Reglamento de la Ley para promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera).

n).- Fe Pública en Materia de Desarrollo Urbano.- Consiste en las formas de regulación territorial en la ciudad capital; en materia certificadora y registral. Esto se encuentra estipulado en los artículos 9, 11 y 33 del Reglamento de la Ley de Desarrollo Urbano del Distrito Federal, publicado el 4 de junio de 1997 en el Diario Oficial de la Federación.

CAPITULO 4

EL PROCEDIMIENTO SUCESORIO TESTAMENTARIO

CAPITULO 4. EL PROCEDIMIENTO SUCESORIO TESTAMENTARIO.

La finalidad del procedimiento sucesorio testamentario, consiste en que los bienes y derechos del autor de la herencia pasen a título universal a sus herederos, para lo cual es necesario determinar quienes son los herederos, que bienes constituyen el acervo hereditario y cómo deben distribuirse esos bienes entre los herederos; así como también, la administración de los bienes hereditarios y el aplicar a cada heredero lo que le correspondió desde el momento mismo de la muerte del de cuius.

Las principales características de este juicio consisten en:

- I. Liquidar el patrimonio del autor de la herencia;
- II. El reconocer el derecho de los herederos, los cuales fueron establecidos por el testador; y
- III. Los herederos son al mismo tiempo actores y demandados, recíprocamente.

La sucesión testamentaria se abre en el momento en que muere el autor de la herencia y cuando, se declara la presunción de muerte del ausente.

En consecuencia, el concepto "abrir la Sucesión" significa el principio del trámite para la transmisión de la herencia por testamento o intestado a los herederos testamentarios o legítimos, por la muerte del autor.

El derecho de reclamar la herencia prescribe en diez años y es transmisible a los herederos.

El artículo 80 de la Ley del Notariado para el Distrito Federal, establece que para poder aceptar o repudiar una herencia es necesario verificar la existencia o no de testamentos, y en caso de existir, comprobar cuál de ellos es el último. El Notario ante el que se otorga el testamento debe dar un aviso dentro de los cinco días hábiles siguientes, al

Archivo General de Notarías. Por su parte, el Juez o el Notario ante el que se vaya a tramitar una sucesión debe recabar informes acerca de la existencia de testamentos ante el Archivo General de Notarías o del depósito de testamentos en el Archivo Judicial.

Todos los que tienen libre disposición de sus bienes tienen el derecho de aceptar o repudiar la herencia. Cuando la herencia es en favor de menores y de incapaces, sus tutores son quienes podrán aceptarla o repudiarla con autorización judicial, previa audiencia del Ministerio Público.

La repudiación y la aceptación de la herencia una vez hechas son irrevocables y no pueden ser impugnadas, salvo en los casos de dolo o violencia. La aceptación en ningún caso produce confusión de los bienes del autor de la herencia y de los herederos, porque toda herencia se entiende aceptada a beneficio de inventario, aunque no se exprese.

Todo procedimiento sucesorio se formará de 4 secciones las cuales deben iniciarse simultáneamente cuando no hubiere impedimento de hecho, estas secciones son:

Primera Sección.- La cual se llamará de sucesión y contendrá en sus respectivos casos:

- I. El testamento o testimonio de protocolización, o la denuncia del intestado;
- II. Las citaciones a los herederos y convocación a los que se crean con derecho a la herencia;
- III. Lo relativo al nombramiento y remoción de albacea e interventores, y al reconocimiento de derechos hereditarios;
- IV. Los incidentes que se promueven sobre el nombramiento o remoción de tutores, y
- V. Las resoluciones que se pronuncien sobre la validez del testamento, la capacidad legal para heredar y preferencia de derechos. (artículo 785 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal)

Segunda Sección.- Esta se llamará de inventarios, y contendrá:

- I. El inventario provisional del interventor;

- II. El inventario y avalúo que forme el albacea;
- III. Los incidentes que se promuevan, y
- IV. La resolución sobre el inventario y avalúo. (artículo 786 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal)

Tercera Sección.- Se llamará de administración, y contendrá:

- I. Todo lo relativo a la administración;
- II. Las cuentas, su glosa y calificación, y
- III. La comprobación de haberse cubierto el impuesto fiscal. (artículo 787 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal)

Cuarta Sección.- Se llamará partición, y contendrá:

- I. El proyecto de distribución provisional de los productos de los bienes hereditarios;
- II. El proyecto de partición de los bienes;
- III. Los incidentes que se promuevan respecto a los proyectos a que se refieren las fracciones anteriores;
- IV. Los arreglos relativos;
- V. Las resoluciones sobre los proyectos mencionados, y
- VI. Lo relativo a la aplicación de los bienes. (artículo 788 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal).

4.1 De los Albaceas.

Los albaceas son las personas designadas por el testador o por los herederos para cumplir las disposiciones testamentarias o para representar a la sucesión y ejercitar todas las acciones correspondientes al de cuyos, así como para cumplir sus obligaciones, procediendo a la administración, liquidación y división de la herencia. Es decir, los albaceas son los órganos representativos de la comunidad hereditaria para proceder a su administración, liquidación y división y, en su caso, los ejecutores de las disposiciones testamentarias. (18)

(18) ROJINA VILLEGAS, Rafael: Compendio de Derecho Civil. Tomo II, Ed. Porrúa, México, 1980, p. 334.

De acuerdo a la definición anterior, tanto el albacea testamentario como el legítimo representan a los herederos, a los legatarios y a los acreedores de la herencia. El albacea es un representante que defiende intereses jurídicamente vinculados, es un órgano de actuación.

El Código Civil establece una clasificación de albaceas, de la cual podemos distinguir los siguientes:

1. Universales.- son aquellos cuya función es la de cumplir todas las disposiciones testamentarias y representar a la sucesión, cuando son designados por el testador. Cuando su nombramiento depende de los herederos o del Juez, dichos albaceas sólo tienen la función representativa de la herencia.
2. Especiales.- éstos tienen una función determinada por disposición del testador para cumplir una disposición testamentaria. Estos albaceas sólo pueden ser designados por testamento.
3. Mancomunados.- estos son designados por el testador o por los herederos, no pueden actuar en forma separada y será necesario el consentimiento de la mayoría. (artículos 1692 al 1694 del Código Civil)
4. Sucesivos.- son aquellos que el testador designa para que desempeñen el cargo en el orden que se indique en el testamento. Cuando fueren varios los albaceas designados por el testador, el albaceazgo será ejercitado por cada uno de ellos, en el orden en que hubiesen sido nombrados, salvo que en el testamento se disponga que desempeñen el cargo mancomunadamente. (artículo 1692 del Código Civil)
5. Testamentarios.- son los que designa el testador y cuya función consiste en cumplir las disposiciones hechas por el testador y representar a la sucesión. Pueden ser universales, especiales, sucesivos o mancomunados.

6. Legítimos.- son aquellos que designan los herederos, o el Juez en su caso, a falta de albacea testamentario, o cuando éste renunciare, fuere removido o no concluyere en el plazo señalado en el testamento. (artículos 1682 al 1688 del Código Civil)

También el Código Civil determina que sólo podrán ser albaceas los mayores de edad, en pleno uso de sus facultades mentales, con capacidad para disponer de sus bienes y siempre y cuando no tengan ninguno de los impedimentos que a continuación se mencionan: (artículos 1679 y 1680 del Código Civil)

- I. A quienes no tengan la libre disposición de sus bienes;
- II. A los magistrados y jueces que estén ejerciendo jurisdicción en el lugar en que se abra la sucesión;
- III. A los que por sentencia hubieren sido removidos del cargo de albacea;
- IV. A los que hayan sido condenados por delitos contra la propiedad, y
- V. A los que no tengan un modo honesto de vivir.

La aceptación del cargo de albacea es voluntaria, y una vez aceptada se tiene la obligación de desempeñarlo, bajo sanción de pagar los daños y perjuicios que se causen por el no ejercicio que se causen por el no ejercicio del mismo. Quien renuncia al cargo de albacea pierde el derecho a heredar o a recibir el legado correspondiente, así como a la remuneración del caso. Esta misma sanción se aplicará al albacea que haya sido removido de su cargo por mala conducta.

En caso de que la renuncia sea por causa justificada, el albacea no perderá lo que le hubiere dejado el testador, a no ser que aparezca que se le benefició exclusivamente con el objeto de remunerarlo por el desempeño de su cargo.

El albacea tiene también un conjunto de obligaciones especiales; tomando en cuenta que el albacea ejerce una función representativa de la herencia, estas obligaciones se contemplan en el artículo 1706 del Código Civil:

- I. La presentación del Testamento;
- II. El aseguramiento de los bienes de la herencia;
- III. La formación de inventario;
- IV. La administración de los bienes y la rendición de las cuentas del albaceazgo;
- V. El pago de las deudas mortuorias, hereditarias y testamentarias;
- VI. La partición y adjudicación de los bienes entre los herederos y legatarios;
- VII. La defensa, en juicio y fuera de él, así de la herencia como de la validez del testamento;
- VIII. La de representar a la sucesión en todos los juicios que hubieren de promoverse en su nombre o que se promovieren contra ella, y
- IX. Las demás que le imponga la Ley.

En cuanto a la duración del albaceazgo esta dependerá de la naturaleza del cargo que se desempeña, pues se debe distinguir entre albaceas testamentarios y albaceas legítimos.

El albacea debe cumplir su encargo dentro del término de un año contado desde su aceptación, o desde que terminen los litigios que se promovieren sobre la validez o nulidad del testamento. Este término podrá ser prorrogable siempre que se cumpla por lo dispuesto en los artículos 1737 al 1739 del Código Civil.

Asimismo, el artículo 1745 del Código Civil determina los casos que dan término al cargo de albacea:

- I. Por término natural del encargo.- es decir, la conclusión de todos los asuntos y negocios relacionados con el albaceazgo.
- II. Por muerte.- en este caso termina el cargo pero no el albaceazgo, éste termina hasta que se concluya con los negocios de la herencia, con el nuevo albacea.
- III. Por incapacidad legal, declarada en forma.- aquí igual que en el punto anterior, termina el cargo pero no el albaceazgo, se procede a la designación de un nuevo albacea.

- IV. Por excusa que el Juez califique de legítima, con audiencia de los interesados y del Ministerio Público, cuando se interese menores o la Beneficencia Pública.- en este caso igual que los dos anteriores se procede a la designación de un nuevo albacea.
- V. Por terminar el plazo señalado por la ley y las prórrogas concedidas para desempeñar el cargo.- el albacea deberá continuar atendiendo los negocios de la herencia, tanto judiciales como extrajudiciales, hasta que se designe un nuevo albacea.
- VI. Por revocación de sus nombramientos, hecha por los herederos.- esta revocación únicamente surtirá sus efectos si para cuando se haga la revocación se nombre en el mismo acto a un sustituto.
- VII. Por remoción.- esta debe fundarse en una causa que conforme a la ley sea suficiente para privar al albacea en el desempeño de su cargo.

4.2 La Tramitación del Testamento Público Abierto ante Juez.

La tramitación testamentaria ante Juez consiste, en la presentación por parte de los interesados del testamento y el acta de defunción del autor de la sucesión ante el Juez competente, el cual sin más trámite, tendrá por radicada la sucesión testamentaria, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 790 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, el cual dice:

“El que promueva el juicio de testamentaria debe presentar el testamento del difunto. El Juez, sin más trámite, lo tendrá por radicado y en el mismo auto convocará el Juez a los interesados a una junta para que, si hubiere albacea nombrado en el testamento, se les de a conocer, y, si no lo hubiere, procedan a elegirlo con arreglo a lo prescrito en los artículos 1682, 1683, 1684 y 1688 del Código Civil”.

Como se mencionó anteriormente, el testamento y el acta de defunción se presentan ante el Juez competente, el cual según el artículo 156 fracción V del Código de

Procedimiento Civiles para el Distrito Federal, es aquél en cuya jurisdicción haya tenido su último domicilio el autor de la herencia; entendiéndose por domicilio el lugar donde se reside habitualmente, sin importar ya la intención de establecerse en él.

El primer acto jurisdiccional que corresponde una vez denunciada la sucesión es tenerla por radicada, esto es, el Juez considera que procede el juicio sucesorio testamentario y que es competente para su conocimiento, ya tenido por radicado el testamento, procede a tener lugar una junta para verificar el nombramiento de albacea misma que deberá llevarse a cabo dentro de los ocho días siguientes a la citación, la cual se hará por cédula o correo certificado en el caso de que la mayor parte de los herederos residan en la misma jurisdicción en la que se este tramitando el juicio sucesorio; y, en el caso de que sea otra su residencia el Juez señalará un nuevo plazo, de acuerdo a las distancias. El heredero o herederos que no estén de acuerdo con el nombramiento de albacea hecho por la mayoría, podrán en la misma junta, nombrar un interventor que vigile al albacea, y será precisamente en los casos previstos en por el artículo 1731 del Código Civil para el Distrito Federal. Asimismo, se le debe citar a la junta al tutor de los herederos que fueren menores de edad o incapacitados, y en el caso de que éstos no tuvieren tutor se debe proceder a nombrar uno de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 776 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, el cual establece:

“En los juicios sucesorios en que haya herederos o legatarios menores que no tuvieren representante legítimo, dispondrá el tribunal que designen un tutor, si han cumplido dieciséis años. Si los menores no han cumplido dieciséis años, o los incapacitados no tienen tutor, será éste nombrado por el juez.”

En el caso de que los herederos se encuentren fuera del lugar del juicio y no se conozca el domicilio de los mismos, se publicarán edictos, tanto en el lugar del juicio como en los lugares de costumbres, lugar de nacimiento y último domicilio del autor de la sucesión.

Cuando los herederos estuvieren ausentes, se conozca su residencia, y estén fuera del Distrito Federal se les citará por medio de exhortos.

El artículo 794 del Código de Procedimientos Civiles, establece que el declarado ausente se tendrá por citado con el que fuere su representante legítimo.

Asimismo, para el caso de los herederos que se ignore su ubicación, los que habiendo sido citados no se presenten y mientras se presenten, se deberá citar al Ministerio Público para que actúe como su representante, cesando su intervención en el momento en que se presenten los herederos ausentes.

Cuando el tutor o representante legítimo de algún heredero menor o incapacitado tenga interés en la herencia, se le proveerá de un tutor especial, ya sea por parte del Juez, o bien él deberá nombrarlo en el caso de que tenga edad para hacerlo. La función del tutor especial sólo será en lo concerniente a aquello en que el propietario o representante legítimo tengan incompatibilidad.

Una vez que ha sido presentado el testamento, se han presentado los informes testamentarios y se han llevado a cabo las juntas de herederos, el Juez deberá dictar sentencia de reconocimiento de herederos. Al respecto el artículo 797 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal señala:

“Si el testamento no es impugnado ni se objeta la capacidad de los interesados, el juez en la misma junta, reconocerá como herederos a los que estén nombrados en las porciones que les correspondan.

Si se impugnare la validez del testamento o la capacidad legal de algún heredero, se substanciará el juicio ordinario correspondiente con el albacea o el heredero respectivamente, sin que por ello suspenda otra cosa que la adjudicación de los bienes en la partición.”

Una vez analizado el procedimiento de la primera sección en el juicio sucesorio testamentario ante Juez, se procede a llevar a cabo las tres secciones siguientes: segunda sección de inventarios y avalúos, tercera sección de rendición de cuentas y cuarta sección de partición, siendo la segunda y tercera sección las que afectan primordialmente el interés de los herederos y legatarios, puesto que se refieren a la determinación del patrimonio hereditario, su liquidación y al desempeño del albacea. Y la cuarta sección, en la que para dar cumplimiento a la partición se procede a realizar la adjudicación ante el Notario que otorgará la escritura, el cual será nombrado por el albacea. Estas tres sección se pueden

seguir tramitando ante el Juez, y una vez dictada la sentencia, se procede a llevar el expediente judicial ante el Notario que los interesados hayan elegido para su protocolización y registro en el Registro Público de la Propiedad correspondiente; o bien, si todos los herederos son mayores de edad y no hay controversia entre ellos ante un Notario Público.

4.3 La Tramitación del Testamento Público Abierto ante Notario.

El trámite sucesorio ante Notario está autorizado en tres casos:

- I. Cuando se autoriza que se realice toda la tramitación ante él;
- II. Cuando permite que el Notario continúe después del Juez, y
- III. En el trámite del testamento público simplificado.

La sucesión testamentaria ante Notario Público se encuentra regulada en los artículos 872 al 876 bis del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, los cuales dicen lo siguiente:

Cuando los herederos son mayores de edad y hubiesen sido instituidos en un testamento público; y no hay controversia entre las partes, la testamentaria podrá ser extrajudicial, con intervención de un Notario. Al hablar de mayoría de edad, se refiere a que los herederos sean capaces, que tengan capacidad de ejercicio, por lo cual, si uno de los herederos fuere mayor de edad pero declarado en estado de interdicción, se debe tramitar la sucesión ante un juez, de igual forma si no se repartió toda la herencia o alguno de los legatarios fuere incapaz, no se puede tramitar ante Notario. Asimismo, al establecer que fueren instituidos en un testamento público, se refiere al testamento público abierto, ya que el público simplificado tiene un procedimiento especial en el artículo 876 bis del mismo ordenamiento; y el público cerrado, siempre debe iniciarse ante el Juez competente, para que el testamento sea declarado formal, en cambio, el testamento público abierto es perfecto por si mismo y no es necesario que sea declarado formal para que produzca todos sus efectos.

El albacea, en caso de que lo hubiese, y los herederos, se presentarán ante el Notario exhibiendo la partida del acta de defunción del autor de la herencia y el testimonio

del testamento, con el fin de aceptar la herencia, se les reconozcan sus derechos hereditarios y que el albacea realice el inventario de los bienes de la herencia; procediendo el Notario a hacer las publicaciones de estas declaraciones, éstas publicaciones serán dos, las cuales se harán de diez en diez días en un periódico de los de mayor circulación en la República.

Una vez practicado el inventario por parte del albacea y formado por éste el proyecto de partición de la herencia, en ambos casos con la aprobación de los herederos, exhibirán toda la documentación al notario para la protocolización.

Siempre que haya oposición de algún heredero o acreedor, el notario suspenderá su intervención.

En este caso el notario debe cerciorarse de que el testamento otorgado es el único existente, o bien, si no lo es, tiene que verificar que es el más reciente revocando los demás testamentos antes realizados (como ya se mencionó con antelación).

4.4 Modificación al artículo 790 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, en cuanto a la obligación de tramitar ante Notario la Radicación del Testamento Público Abierto.

Como se vio en el capítulo anterior, la radicación del Testamento Público Abierto puede ser tramitada ante Juez o ante Notario Público, siendo indispensable en éste último caso, que no exista controversia entre las partes, que sean mayores de edad y que tengan capacidad.

En este capítulo vamos a exponer nuestro punto de vista por el cual consideramos, que la radicación del Testamento Público Abierto, una vez cumplidos los requisitos necesarios mencionados en el párrafo anterior, se lleve a cabo únicamente ante Notario y ya no ante Juez.

Al respecto podemos decir, que la función del Juez, es aquella que ejerce por medio de su intervención en un asunto que por su naturaleza sea necesario o se solicite la intervención del mismo, sin que se promueva cuestión alguna entre partes conocidas y determinadas, teniendo como finalidad principal resolver controversias, para que de este modo haya justicia. Y la actividad del Notario es la de dar fe pública a ciertos actos o hechos realizados ante su presencia con el objeto de brindar seguridad y estabilidad jurídica, es un auxiliar de la administración de justicia. Como vemos, la finalidad, tanto del Juez como del Notario es la de impartir justicia.

Los notarios a diferencia de los jueces no dirimen conflictos, ni declaran, ni tampoco acuerdan derechos, su función es la de autenticar hechos o actos jurídicos atribuyéndoles cualidad fideifaciente.

La intervención del Notario en la función judicial se encuentra plenamente justificada tanto por su carácter de auxiliar de la administración de justicia como por ser el origen de su función en la rama judicial en aquellos casos solicitados por los particulares que no tengan como finalidad resolver controversia alguna sino acreditar un hecho.

Hay coincidencias entre la función propiamente judicial y la notarial, ya que las dos son funciones de justicia, y tanto el Juez como el Notario son instrumentos para asegurar que se cumpla.

Al asimilar la figura del Notario con la de un Juez o incluso un magistrado se esta en el entendido de que el Notario debe tener la misma preparación jurídica inicial que el Juez o el abogado y la misma situación de responsabilidad e investidura estatal que el Juez, ya que en caso contrario no podrá pretender para su actividad los mismos efectos legitimadores.

La competencia jurisdiccional del Notario se refiere fundamentalmente al instrumento público y a la legislación notarial, aunque esta actividad sea de alguna manera autónoma y haya quien opine que no cabe incluirla dentro de la jurisdiccional, lo cierto es que participa de esas notas que se atribuyen a la función judicial; se ejerce "*Inter. Volentes*" y sin contienda entre partes adversas; presta una tutela preventiva al derecho privado; actúa en la constitución de las relaciones jurídicas dirigiéndolas y dotándolas de validez formal e interna de un título auténtico; imprime a los actos y negocios jurídicos la solemne garantía de

legítima del poder público que el Notario representa. Por algo los orígenes del notariado aparecen tan ligados a la *"jurisdictio voluntaria"*.

La función del Notario así como la del Juez tienen gran importancia en el ámbito de la sociedad y en el aspecto jurídico, al asegurar la paz pública y el orden social.

Osorio y Gallardo, analizó en 1927 la función judicial, y entendía que había de beneficiar a la administración de la justicia civil con una poda en las misiones y tareas demasiado recargadas y muchas veces relativas a materias no contenciosas, que se imponen sin necesidad a los jueces:

"Nuestras leyes civiles, así la sustantiva como la adjetiva, encargan a los jueces una enorme suma de tareas típicamente notariales, y que al Notario deben volver. Son actos que corresponden a la fisiología del derecho, es decir, diligencias rituales que en la mayor parte de las veces no producen controversias. Y si no la producen ¿por qué entregarlas a jueces que no están instituidos para levantar actas, sino para dirimir controversias? Acreditar que un hijo es heredero de su padre; precisar cuales son los linderos de las fincas contiguas; consignar que una persona lleva tantos años ausente de su domicilio, etc., son cuestiones de dar fe, mientras que no surja la oposición a un derecho, cuando surge, con enviar los papeles al juzgado y emplazar a las partes para que allí acudan, asunto concluido. Los trámites que en aquellos ordenamientos normales y pacíficos hay que seguir, para nada requieren una potestad de mando. Publicar edictos en los periódicos, escuchar y consignar declaraciones, testimonios o documentos, son garantías y formalidades que el Notario puede llenar tan bien o mejor que un Juez... No habría pues, daño sino ventajas en confiar a los notarios estos expedientes: declaración de ausencia; constitución y registro de tutelas; apertura, autenticación y protocolización de testamentos; declaración de herederos; informaciones posesorias y de dominio; apeo y deslinde; entre otros". (19)

(19) JORGE A. BOLLINI, *Jurisdictión Voluntaria*, Tercer Punto del Temario, El Notario y la Jurisdicción Voluntaria, Consejo Federal del Notariado Argentino, Buenos Aires, 1965, p. 47.

Es viable el hecho de que ciertos actos de la función judicial se incorporen a la esfera de la actuación notarial debido a las calidades personales del Notario. Se podría pensar que la presente propuesta, está motivada por un interés pecuniario y que se trata de beneficiar a los notarios con más negocios y por consecuencia con más ingresos, pero no es así, ya que la intervención del Notario en este tipo de actos, aportaría celeridad y economía procesal en los asuntos de la cada día más compleja maquinaria procesal. Esto colaboraría para un mejor desenvolvimiento de las tramitaciones judiciales, y redundaría en beneficio de los interesados, quienes muchas veces son víctimas de la morosidad procesal característica de nuestros Tribunales, especialmente en cuanto a los procesos sucesorios se refiere.

Los actos de la función judicial deberán sustraerse del conocimiento de los jueces para atribuirselos a los notarios. No es necesario desgastar el órgano jurisdiccional ya que se trata de formalizar o constituir demasiados actos o negocios sin que se halle presente conflicto alguno entre los interesados.

Lo anterior no quiere decir que al Notario se le atribuyan funciones jurisdiccionales o se le faculte para administrar justicia, campo exclusivo de los miembros del Poder Judicial. Simplemente se propone que los jueces se ocupen exclusivamente de las controversias que le presenten los litigantes, y no de otros asuntos, cuya naturaleza es inminentemente administrativa.

Las actividades desempeñadas por el Notario, como actividades públicas que son, van amparadas por la presunción de legalidad, sin que ello signifique que los actos y negocios así realizados sean inmutables y no puedan ser revisados por el órgano jurisdiccional. Teniendo en cuenta que en los asuntos que se tramiten ante Notario, no quedarían amparos con el sello de firmeza de la cosa juzgada.

Se entiende cosa juzgada, cuando el fallo contenido en la sentencia, es de tal suerte decisivo, que excluye totalmente cualquier nuevo examen del negocio y cualquier resolución nueva sobre la misma resolución jurídica frente a los que han sido partes ya sea por el Tribunal que dictó la sentencia o por algún otro. Existe cosa juzgada en la jurisdicción contenciosa.

El traslado que de tales asuntos se aspira, de la órbita judicial al ámbito notarial, refleja de suyo innumerables bondades, a saber:

- a) Economía.- Fundamentalmente serán los Estados los que notarán beneficios económicos con el sistema propuesto, ya que los particulares son los que demandan el servicio notarial y sufragarán el costo del servicio. De esa manera, los Estados podrán reducir el número de jueces, lo que obviamente redundará en sus tesorías.
- b) Simplificación de trámites.- Es sabido y conocido que los trámites antes los jueces son tardados además de que los procedimientos son largos. Y hay asuntos que si se llevan a cabo ante Notario, se pueden simplificar al máximo tales actuaciones y lo que es más importante, concentrar en un solo acto los diversos pasos hoy existentes, o por lo menos agruparlos en un número muy reducido.
- c) Descongestionamiento de los despachos judiciales.- La intervención notarial releva a los jueces de los asuntos que no son propiamente jurisdiccionales, permitiéndoles igualmente una mayor dedicación y esmero a los asuntos litigiosos sometidos a su consideración, así los despachos judiciales se verán libres de un sinnúmero de asuntos que debido a la carga de trabajo que tienen, se van rezagando.

A continuación proponemos la siguiente modificación al artículo 790 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, siendo necesario agregarle un párrafo al mismo artículo que debe quedar en los siguientes términos:

“El que promueva el juicio de testamentaria debe presentar el testamento del difunto. El Juez, sin más trámite, lo tendrá por radicado y en el mismo auto convocará el Juez a los interesados a una junta para que, si hubiere albacea nombrado en el testamento, se les de a conocer, y, si no lo hubiere, procedan a elegirlo con arreglo a lo prescrito en los artículos 1682, 1683, 1684 y 1688 del Código Civil.

En el caso de que se trate de Testamento Público Abierto y que los interesados sean mayores de edad, capaces y no exista controversia entre los mismos, éste se llevará ante Notario Público, para lo cual se debe estar a lo dispuesto en el Capítulo VIII Título décimo cuarto del mismo ordenamiento; en caso contrario, deberá sujetarse a lo estipulado en el primer párrafo de éste artículo*.

Así, de esta forma, los jueces podrán dedicarse a otros asuntos en los cuales es necesaria su intervención ya que tienen como finalidad esencial, dirimir las controversias o conflictos de intereses mediante sentencias con autoridad de cosa juzgada, y, en el caso de la radicación del Testamento Público Abierto, como no tiene el sello de cosa juzgada (como ya mencionamos con antelación), puede ser realizada exclusivamente por notarios.

En este caso, el solicitante o peticionario no pide nada contra nadie, no hay parte ni contraparte, por lo que no existe controversia. Si ésta apareciera porque surgiera alguien que se considerará lesionado, el acto que en esencia fuera administrativo, no jurisdiccional, se transformará en contencioso y por lo tanto debe resolverse ante el órgano jurisdiccional correspondiente.

El hecho de que el Notario intervenga en este tipo de actos, no le otorga en ningún momento atribuciones de Juez, pues para empezar carece de uno de los elementos fundamentales para dictar una sentencia: la confrontación de una tesis con su antítesis. El Notario al actuar en éstos actos no conoce más realidad que la que expone su peticionante interesado, y esa es una manera muy relativa de conocer esa realidad. El contenido de la actuación es por ese motivo, de carácter documental, probatorio y fiscalizador. Tiende a suplir una prueba, a dar notoriedad a un hecho que no lo tenía, a obtener una anuencia o autorización prescrita por la Ley. Por lo tanto, si el principio de la rogación es indispensable para la actuación notarial y si por virtud de este principio el Notario no actúa de oficio sino a instancia o requerimiento de parte, no hay duda que éste tipo de actos pueden ser desarrollados ante él.

Al respecto podemos decir, que la única finalidad de que éste tipo de actos se tramite únicamente ante notarios, es la de procurar la pronta resolución de trámites y asuntos no contenciosos con certeza jurídica, desahogando de ese modo la maquinaria judicial y ayudando al Estado a que cumpla con unos de sus fines: la impartición de justicia.

CONCLUSIONES

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Dada la complejidad de las relaciones jurídicas en una sociedad, fue necesario crear todo un sistema a fin de que pudieran ser aceptados como ciertos, algunos negocios jurídicos a pesar de no haberse apreciado su realización. Es así como surge la fe pública como la seguridad dada por el Estado para afirmar que un acto o hecho es verdadero y así satisfacer la necesidad de dejar constancia y autenticar los actos y hechos celebrados por las personas. Esta seguridad que da el Estado, es ejercida por un profesional del derecho, quien recibe el nombre de Notario Público, el cual por tener estudios especiales lo hacen un experto en la materia, y gracias a su contacto directo con la realidad social y su labor consultiva y asesora, se apoya en una nota que siempre lo distingue: su imparcialidad. En cualquier problema que se le plantee, el Notario debe buscar la solución más justa dentro de la normativa vigente, lo cual representa una garantía para que prevalezca el orden público y la paz social. La misma imparcialidad lleva implícita una especial protección a la parte más débil, no para ponerse de su parte, sino para equilibrar de ese modo en presencia del Notario las fuerzas, y que las personas tengan una igualdad de oportunidades.

SEGUNDA.- Desde el punto de vista formal, la función notarial es parte de la función administrativa, ya que se encuentra encomendada al Poder Ejecutivo. Los notarios públicos se pueden considerar como servidores públicos ya que al prestar sus servicios satisfacen las necesidades de interés social: autenticidad, certeza y seguridad jurídica. Los cuales como particulares colaboran con el Estado, trabajando de manera conjunta sin formar parte directa de la Administración. Por ello es que los notarios podrían desempeñar actos pertenecientes a la Administración Pública, pues la función notarial es considerada como un órgano de autenticación, legalización o legitimación, y el Notario siempre actúa en nombre del Estado.

TERCERA.- La función notarial desde el punto de vista material, consiste exclusivamente a aquellos actos que integran a la fe pública notarial. La función de los notarios es dotar a todo hecho acontecido en su presencia y elaborar las escrituras o actas correspondientes, así como, asesorar a las partes, sin que ello signifique que formen parte

del acto o hecho jurídico. Aunque a la función del Notario se le califique como pública, éste no debe ser considerado como un funcionario público, sino como un prestador de servicios públicos; y, son servicios públicos, por ser una actividad tendiente a satisfacer necesidades colectivas y estar sujetas a un régimen de derecho público.

CUARTA.- El concepto de testamento es, un acto jurídico unilateral, individual, personalísimo, libre, solemne y revocable, mediante el cual quien lo realiza dispone, para después de su muerte de lo que haya de hacerse de sus bienes y derechos transmisibles, y expresa su voluntad sobre todo aquello, sin tener carácter patrimonial, pueda ordenar, de acuerdo con la ley.

QUINTA.- El testamento en sentido estricto debe contener actos de disposición patrimonial por causa de muerte que, así, constituyen el contenido más propio del testamento. Son posibles otras disposiciones por causa de muerte y que tiene que ver con ella, también reguladas por la ley, como es entre otras el albaceazgo, las reglas sobre la partición, etcétera. Pero convencionalmente se suelen estudiar, las diversas reglas legales de atribución de bienes a título de herencia y legado, por lo cual ha estado siempre sometido a un estricto ritual formal, como garantía de la voluntad dispositiva, para evitar la suplantación de la voluntad del testador, y para prevenir también, en lo posible, la alteración del contenido o destrucción del testamento; y una de las formalidades que se requieren para que no suceda lo anterior es la intervención del Notario Público, quien nos va a dar certeza y garantía del contenido del testamento.

SEXTA.- La función de un Notario, son entre otras principalmente la de profesional del derecho y titular de la fe pública, y considerando que su esfera de acción comprende toda manifestación pacífica del derecho, así como la función reguladora del mismo, desprende que el Notario actuando dentro de su función está en perfecta posibilidad legal de iniciar y continuar el trámite sucesorio, puesto que en éste caso su función de fedatario es suficiente para formular la aceptación de la herencia, la protocolización del inventario y la aplicación de los bienes, que son los actos necesarios para llevar a cabo ésta tramitación.

Mientras no sobrevenga conflicto y no haya incapaces de derecho, el trámite notarial tiene ventaja respecto al judicial de elaborarse con mayor economía procesal.

SEPTIMA.- La función notarial es distinta de la función judicial pero ambas se ejercitan por delegación del poder público en uso de una atribución soberana, el Notario como auxiliar de la administración de justicia que es, podría intervenir únicamente él, en la radicación del Testamento Público Abierto, en aquellos casos solicitados por los particulares que no tengan como finalidad resolver controversia alguna sino acreditar un hecho. Es viable el hecho de que este supuesto se pueda incorporar exclusivamente a la esfera de la actuación notarial, debido a las calidades personales del Notario. De ese modo la competencia judicial se reservaría los actos de amparo y protección de las personas con capacidad nula o disminuida y aquellas situaciones en las que los particulares necesiten la comprobación de un acto jurídico o inquirir sobre la declaración de un derecho, lo cual solamente puede verificar y resolver como procede, un Juez o un tribunal, así como en los demás casos en que un acto presuponga una investidura jurídica o se trate de realizar fines tutelares y comprobar su necesidad, actuando de oficio y los demás de naturaleza semejante.

OCTAVA.- La tramitación de estos asuntos ante los notarios traería como ventajas: un ingreso a las Tesorerías de los Estados o a la del Departamento del Distrito Federal, ya que son los particulares quienes demandarán el servicio notarial y sufragarán los gastos, además de que podrán reducir el número de jueces, evitar la creación de nuevos juzgados, una simplificación en los trámites y por consiguiente un descongestionamiento en los despachos judiciales. Así como también, que el trámite sea más ágil y menos costoso para los interesados.

NOVENA.- Se propone adicionar al artículo 790 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, un nuevo párrafo en el que se les permita a los notarios ser los únicos que intervengan en la radicación del Testamento Público Abierto, en el caso de que los interesados sean mayores de edad, capaces y no exista controversia entre los mismos, dejando en éste supuesto fuera a los jueces, para que éstos puedan dedicarse a otros asuntos en los que si es indispensable su intervención por ser asuntos contenciosos.

BIBLIOGRAFIA

BIBLIOGRAFIA**I. LEGISLACION CONSULTADA.**

1. Código Civil para el Distrito Federal, en materia común, y para toda la República en Materia Federal, Editorial Delma, México, 1999.
2. Código Penal para el Distrito Federal, Editorial Delma, México, 1999.
3. Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, Editorial Delma, México, 1999.
4. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Editorial Delma, México, 1999.
5. Ley del Notariado para el Distrito Federal, Editorial Delma, México, 1999.

II. OBRAS CONSULTADAS.

1. ASPRON PELAYO, Juan Manuel, Sucesiones, Editorial McGraw-Hill, Serie Jurídica, México, 1998, pág. 216.
2. BAÑUELOS SANCHEZ, Froylan, Fundamentos del Derecho Notarial, Editorial Sista, México, 1994, pág. 1067.
3. BOLLINI, Jorge A., Jurisdicción Voluntaria, Tercer Punto del Temario, El Notario y la Jurisdicción Voluntaria, Consejo Nacional del Notariado Latino, Consejo Federal del Notariado Argentino, Buenos Aires, 1965.

4. CARRAL Y DE TERESA, Luis, Derecho Notarial y Registral, Editorial Porrúa, México, 1976, pág. 266.
5. DE IBARROLA, Antonio, Cosas y Sucesiones, Editorial Porrúa, México, 1997, pág. 1120.
6. DE PINA V., Rafael, Diccionario de Derecho, Editorial Porrúa, México, 1994, pág. 984.
7. DOMINGUEZ MARTINEZ, Jorge Alfredo, Derecho Civil, Editorial Porrúa, México, 1998, pág. 701.
8. FAUSI HAMDAN ADAM, "Elementos y caracteres propios del servicio público", en Revista de Investigaciones Jurídicas, Escuela Libre de Derecho, n. 3, Año 3, México, 1979, pág. 280.
9. FERNANDEZ GONZALEZ, José: Tratado Elemental de Derecho Romano, Editorial Nacional, México, 1963, pág.
10. GIMENEZ-ARNAU, Enrique, Derecho Notarial Español, Universidad de Navarra, Pamplona, 1964, pág. 267.
11. MAGALLON IBARRA, Jorge Mario, Instituciones de Derecho Civil, Tomo V Derecho Sucesorio, Editorial Porrúa, México, 1990, pág. 272.
12. MARGADANT S., Guillermo Floris, El Derecho Privado Romano, Editorial Esfinge, México, 1989, pág. 530.
13. NÚÑEZ LAGOS, Rafael, cita a Oscar Eduardo Saruba, Revista Internacional del Notariado Latino, "El Acto de Notoriedad aplicado a la jurisdicción Voluntaria".
14. PEREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Bernardo, Derecho Notarial, Editorial Porrúa, México, 1993, pág. 274.
15. RIOS HELLIG, Jorge, La Práctica del Derecho Notarial, Editorial Mc-Graw Hill, Serie Jurídica, México, 1998, pág.

16. ROJINA VILLEGAS, Rafael, Compendio de Derecho Civil, Tomo II, Editorial Porrúa, México, 1990, pág. 505.

17. SERRA ROJAS, Andrés, Derecho Administrativo, Tomo I, Editorial Porrúa, México, 1997, pág. 470.