



**UNIVERSIDAD LASALLISTA
BENAVENTE**

FACULTAD DE DERECHO

Con estudios incorporados a la
Universidad Nacional Autónoma de México
CLAVE: 879309



**TRAMITACIÓN DEL PROCEDIMIENTO
DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA
ANTE NOTARIO PÚBLICO**

T E S I S

Que para obtener el título de:
LICENCIADA EN DERECHO

Presenta:

MA. ISABEL LAURA ELIAS VERA

Asesor: Lic. Enrique Jiménez Lemus

Celaya, Gto.

Enero 2006



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.

AGRADECIMIENTOS

A DIOS: Porque con su voluntad, todo es posible, por haberme guiado por buen camino, porque Dios es la verdad y la vida y por haberme permitido lograr la realización de esta tesis.

A MIS PADRES: GUILLEBALDO ELIAS MARTINEZ, aunque ya no esté aquí físicamente, y, ESPERANZA VERA BUSTAMANTE, por hacer de mí una persona de bien, por haberme brindado todo aquello que necesitè en el transcurso de mis estudios y por hacer posible con sus esfuerzos, con su apoyo incondicional, amor y comprensión la realización de esta meta. Papà y Mamà aquí esta mi tesis.

A MI ESPOSO: ZET CASTILLO PADILLA, por su gran apoyo, amor y comprensión incondicional que me ha dado siempre.

A MIS HIJAS: LAURA Y LIZETH CASTILLO ELIAS, porque son la alegría de mi corazón, mi motivo de vivir y porque me impulsaron a realizar mi tesis.

A MIS HERMANOS: ELBA, ALEJANDRA, OLGA, SANDRA, GUILLEBALDO, FRANCISCO, CLAUDIA Y JORGE ELIAS VERA, les agradezco por todo el amor, comprensión y apoyo incondicional que siempre he tenido de cada uno de ellos.

En especial a mi hermano BALDO que con sus sacrificios ha permitido que todos logremos nuestras metas.

Í N D I C E

	Pag.
INTRODUCCIÓN	
CAPÍTULO I	
ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA TRAMITACIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA	
1.1 El origen de la denominada Jurisdicción Voluntaria	1
1.2 Características de la Jurisdicción Voluntaria en la antigüedad.....	9
1.3 La jurisdicción Voluntaria en la legislación comparada	10
CAPÍTULO II	
LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA	
2.1 División de la Jurisdicción	16
2.2 Concepto de Jurisdicción	16
2.3 Definiciones doctrinales de Jurisdicción Voluntaria.....	17
2.4 Distinción entre la Jurisdicción Voluntaria y la Jurisdicción Contenciosa.	26
2.5 Caracteres específicos de la Jurisdicción Voluntaria.	28
2.6 Intervención en la tramitación del Procedimiento de Jurisdicción Voluntaria.....	29
2.7 Sujetos en la Jurisdicción Voluntaria.....	29
2.8 Objeto de la Jurisdicción Voluntaria.	30

CAPÍTULO III

JURISDICCIÓN VOLUNTARIA EN EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL ESTADO DE GUANAJUATO.

3.1 Materia de Jurisdicción Voluntaria en nuestra Ley Adjetiva Civil.	31
3.2 Disposiciones generales.	32
3.3 Nombramiento de tutores y curadores y discernimiento de estos cargos.....	34
3.4 Enajenación de bienes de menores o incapacitados y transacción acerca de sus derechos.	46
3.5 Adopción.	52
3.6 Informaciones ad perpétuam.....	60
3.7 Apeo y deslinde.....	66
3.8 Disposiciones relativas a otros actos de Jurisdicción Voluntaria.....	70

CAPÍTULO IV

COMPARACIÓN ENTRE LA TRAMITACIÓN DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA REGIDA EN EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES DE JALISCO Y LA DE NUESTRO ORDENAMIENTO

4.1 Disposiciones generales	74
4.2 Declaración de estado, nombramiento de tutores y curadores, discernimiento de estos cargos y cuentas de la tutela.	78
4.3 Disposición de bienes de menores, incapacitados y ausentes y transacción sobre sus derechos.....	90
4.4 Adopción	91
4.5 Excusa y pérdida de la patria potestad y la emancipación.....	92

4.6 Depósito de las personas	96
4.7 Informaciones ad perpétuam	98
4.8 Apeo y deslinde	102
4.9 Disposiciones relativas a otros actos de Jurisdicción Voluntaria en el Estado de Jalisco.	102

CAPÍTULO V

EL DERECHO NOTARIAL Y EL NOTARIO

5.1 Origen y antecedentes del notario en México	105
5.2 Naturaleza del derecho notarial	111
5.3 Definición de derecho notarial.....	114
5.4 Concepto doctrinal y legal del notario	117
5.5 El notario como profesional.....	124
5.6 El notario persona investida de fe pública.....	127
5.7 Facultad del notario para autenticar	132
5.8 El notario actúa a petición de parte.....	133
5.9 Función notarial.....	133
5.10 Actividad del notario	146
5.11 Elementos notariales.....	154
5.12 Requisitos para ser notario	165

CAPÍTULO VI

PROPUESTA DE REFORMAS AL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL ESTADO DE GUANAJUATO.

6.1 Modificación al Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Guanajuato.....	174
6.2 Justificación.....	178

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFIA

I N T R O D U C C I Ó N

El Código de procedimientos Civiles vigente, para el Estado de Guanajuato, en su libro cuatro, título único, capítulo I, contiene la llamada Jurisdicción Voluntaria y comprende los siguientes asuntos: Disposiciones generales; Nombramiento de tutores y curadores y discernimiento de estos cargos; Enajenación de bienes de menores o incapacitados y transacción acerca de sus derechos; Adopción; Informaciones ad perpétuam; Apeo y deslinde y Disposiciones relativas a otros actos de jurisdicción voluntaria.

De los temas mencionados con anterioridad es preciso aclarar que la petición de apeo y deslinde ya puede hacerse ante un tribunal o notario público.

Ahora bien, el objetivo del presente trabajo se realiza con el propósito de demostrar que no solamente puede tramitarse ante notario público la diligencia de apeo y deslinde, sino que también el resto de los asuntos que contempla la llamada jurisdicción voluntaria puedan ser competencia del notario o por lo menos aquellos asuntos que tienen íntima relación con la actividad notarial, como son las informaciones ad perpétuam, ya que, podría decirse que el valor de estas diligencias y el valor del acta notarial es el mismo, en los dos supuestos se trata de informaciones testificales documentadas. Es por eso, que la intervención judicial, se considera prácticamente innecesaria, en muchos casos, por la existencia de las actas de notoriedad que expiden los notarios; o bien que los interesados

puedan solicitar los asuntos no contenciosos ante el juez o notario público que aquél designe como su auxiliar. De igual forma, se pretende demostrar porqué se requiere que la mal llamada jurisdicción voluntaria sea denominada “Asuntos no Contenciosos” ó “Tramitación del Procedimiento de Jurisdicción Voluntaria ante Notario Público” ó en su caso, “Asuntos no Contenciosos de Competencia Notarial”.

Ya que, en el transcurso de la presente tesis se observará que no se trata propiamente de una jurisdicción por no suponer conflicto ni litigio alguno, por no existir intereses contrapuestos y porque la resolución que se expide no compone ninguna litis.

Puesto que los procedimientos no litigiosos o voluntarios son aquellos trámites administrativos, que por razones de política judicial, se han puesto en manos de los tribunales judiciales.

Así, a través del estudio que realizamos en el presente trabajo, de acuerdo con las cuestiones teóricas, prácticas, legales y filosóficas, se podrá demostrar que es conveniente normar los asuntos no contenciosos a la competencia notarial. De conformidad con la naturaleza de su función, de su actividad y de la persona y calidad de quien la ejerce, osea, del notario público.

Considerando que los asuntos de jurisdicción voluntaria están atribuidos a los órganos jurisdiccionales, con el consiguiente recargo en el volumen de trabajo que éstos soportan. Por lo que es evidente resolver la congestión de los tribunales.

CAPÍTULO I

ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA TRAMITACIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA

1.1 EL ORIGEN DE LA DENOMINADA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA.

Su origen se halla en el Derecho Romano, en el que ya se distinguía entre la Jurisdicción Contenciosa y la Jurisdicción Voluntaria. La primera, que compete al magistrado, consistía en la facultad de instaurar un procedimiento judicial, dirigido a resolver las controversias privadas. Esta función fue ejercida por el Rex, y en la República por el Pretor o por uno de los magistrados mayores con imperium, que aplicaba el Derecho.

Según Fernández de Buján , autor de la obra Jurisdicción Voluntaria en el Derecho Romano, se entiende por Jurisdicción Contenciosa aquella que hace referencia a la actividad que el magistrado ejercita en los procesos civiles y a partir del siglo III d.c. también en los procesos penales que tienen lugar entre litigantes intercontinentales.

Opuesta a la Jurisdicción Contenciosa, se halla la Jurisdicción Voluntaria. Gutierrez Alviz la define como aquella en la que el magistrado interviene sin litigio o conflicto, colaborando en la celebración de un acto o negocio jurídico.

“En la antigüedad se llamaba Jurisdicción Voluntaria porque las personas se presentaban espontáneamente a pedir la intervención del magistrado, sin quedar obligadas a concurrir delante de él. El magistrado decidía cuestiones que eran sometidas por las partes, de mutuo acuerdo y en forma pacífica, sin choque de intereses en forma de litigio”.¹

Algunas veces las partes comparecían ante el magistrado y pedían su intervención sin necesidad de fórmula ni de elección de jueces o jurados.

El magistrado romano no estaba facultado para realizar actos de Jurisdicción Contenciosa sino sólo dentro del perímetro de su competencia territorial y en su tribunal; por el contrario, estaba facultado de ejercer la Jurisdicción Voluntaria en cualquier lugar.

En Roma la Jurisdicción Voluntaria se ejercía sin contradicción de partes, por cualquier magistrado con tal de que tenga acción de ley, y aun en los días feriados, fuera del tribunal y en causa propia.

Se reconocían dos clases de actos de Jurisdicción Voluntaria: solemnes y no solemnes. En los primeros debían cumplirse escrupulosamente las formalidades establecidas en forma ritual y sacramental por las acciones de la Ley, y eran: La manumisión, adopción, emancipación y la *in iure cessio*. Los no solemnes

¹ CUENCA HUMBERTO. PROCESO CIVIL ROMANO. 1a. ed. Ed. Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, Argentina 1957. p. 3.

carecían de formalidades y eran la *missio in possessionem bonorum*; nombramiento de tutores y curadores y la propiedad.

La manumisión se trataba de la acción de dar libertad a un esclavo. En la antigüedad el más vil esclavo podía ser ciudadano de Roma por medio de una manumisión regular, pero después al ser manumitidos no podían ser más que habitantes de los pueblos que se habían rendido a discreción y les estaba prohibido aparecerse en Roma, a menos que la manumisión hubiera sido *vindicta*, previa aprobación del consejo, en cuyo caso se hacía ciudadano. Eran causas justas de manumisión, dar la libertad a los padres, al preceptor, al hermano de leche, al hermano natural, a una esclava para casarse con ella.

Antiguamente existían dos clases de adopciones: 1o. Adopción; y, 2o. Adrogación. La adopción es como ya dijimos un acto solemne y personalísimo, que hacía caer a un ciudadano romano bajo la potestad de otro ciudadano, estableciendo entre ellos artificialmente las mismas relaciones civiles que hubieran nacido de la procreación de matrimonio legítimo.

La adrogación, se designaba así, porque el que adroga es rogado, es decir, interrogado si quería que la persona a la que iba a adrogar fuera para él hijo según el derecho, y el que es adrogado, se le preguntaba si consentía que así se hiciera.

Con la adopción se extinguía la patria potestad del padre natural y surgía una nueva potestas, mientras que en la adrogación sólo se pretendía la creación de la

patria potestas. En la adopción no se requería el consentimiento expreso del adoptado, bastaba con que este no se opusiera, pero cuando un hijo era dado en adopción por su padre, entonces se atendía a la voluntad de uno y otro.

La emancipación consistía en la acción de dar libertad al que estaba sujeto a la patria potestas o a la tutela, y así podían tener patrimonio propio. En un principio la emancipación podía ser revocada en caso de ingratitud. Después Anastasio decidió que el hijo ausente podría ser emancipado por rescripto del príncipe y finalmente Justiniano estableció que la emancipación se haría por una simple declaración ante el magistrado que no era necesario vender tres veces al hijo para que se rompiera la patria potestas.

La *in iure cessio* era un modo de adquirir la posesión, la transmisión de la propiedad se conseguía mediante un proceso simulado, en que el adquirente o sea el no propietario demandaba la propiedad y el transferente o propietario se allanaba.

Esto es, se trataba de un juicio ficticio, es decir, era un proceso ficticio de reivindicación tal como se practicaba bajo el sistema de las acciones de la ley y se hacía necesariamente ante el magistrado, en un acto de jurisdicción voluntaria o graciosa. Se aplicaba para la translación de la propiedad de las cosas *mancipi* y *nec mancipi* y también para manumitir *vindicta*, para emancipaciones y adopciones, para traspasar la tutela legítima de las mujeres y para la constitución de servidumbres de todo género.

Se requería la presencia de tres personas: el adquirente juega el papel de actor, el enajenante como demandado y el magistrado, llamado a conocer de este litigio ficticio. El adquirente poniendo la mano sobre la cosa afirmaba solemnemente su derecho de propiedad diciendo: es mío según el derecho quiritario, el enajenante no contra vindicta y el magistrado por la adjudicación sancionaba la pretensión del adquirente, pasando a éste la propiedad por propio derecho.

De manera que la *in iure cessio* se trataba de un juicio "ficticio". Quien enajenaba y quien adquiriría, comparecían delante del pretor del tribunal de Roma y del presidente en las provincias. La cosa debía estar presente y sobre ella el adquirente ponía la mano y afirmaba ser el propietario. A continuación el magistrado preguntaba al cedente si no había oposición. Si éste no protestaba, el magistrado declaraba propietario al adquirente.

La *in iure cessio* se utilizaba aún en el siglo III, pero desapareció bajo Justiniano.

Entre los actos no solemnes tenemos a la *missio in possessionem bonorum* que significaba el hecho de que una persona tuviera en su poder una cosa reteniéndola materialmente con la voluntad de tenerla y disponer de ella como lo haría un propietario.

Otro de los actos no solemnes era el nombramiento de tutores y curadores. En la antigüedad las personas eran incapaces: 1o. por falta de edad; 2o. por razón del sexo, ya que las mujeres en el derecho antiguo estaban en tutela perpetua; aunque esto después desapareció; 3o. por locura; y, 4o. por pródigos. En los dos primeros casos se les asistía de un tutor, en los dos últimos se les nombraba un curador.

La tutela era una autoridad y un poder que el derecho civil da y confiere sobre un individuo libre con el fin de protegerlo en la impotencia en que se encuentra de hacerlo él mismo a causa de su edad. En Roma los impúberes estaban bajo tutela y se consideraba el poder del tutor como una especie de carga pública. En la antigüedad los tutores no estaban obligados a administrar o a defender los intereses del menor, sólo se dedicaban a conservar los bienes que por sucesión algún día serían suyos, sin preocuparse del pupilo; pero más tarde el tutor fue obligado a administrar en beneficio del pupilo. El tutor se consideró siempre obligado a la fiel gestión de la tutela. La tutela de los incapaces comprendía en sus funciones la administración del patrimonio del incapaz y el asentamiento formal a los actos jurídicos del incapaz que el puede realizar por sí solo.

En el derecho Romano el tutor no se ocupaba del cuidado físico del incapaz, sólo daba las cantidades necesarias a otra persona para que alimentara y educara al menor. El tutor sólo ha de entregar al pupilo que ha alcanzado la capacidad el patrimonio conjuntamente con el curador.

La curatela también era una carga pública establecida para proteger a las personas que no pueden hacerlo por sí mismas, aunque cuenten con la mayoría de edad. Los menores de 25 años al igual que los locos y los pródigos, estaban bajo curatela. El curador se ocupaba tanto de los bienes como de la persona física del incapaz, así como de llevar los negocios de éste. Al principio sólo había curatela para la demencia, la prodigalidad o sólo para asuntos determinados, pero después todo púbero pudo recibir un curador permanente.

El derecho de propiedad es aquel en virtud del cual las ventajas que puede procurar una cosa son atribuidas todas a una persona determinada. En el antiguo derecho civil se establecía que la propiedad era un derecho: exclusivo, porque sólo el propietario, podía beneficiarse de las ventajas que le confiere su derecho; también era un derecho absoluto, ya que únicamente el propietario tenía el derecho sobre la cosa y por último era perpetuo, debido a que este derecho no podía ser quitado a su titular más que por un acto de su voluntad.

Por otro lado, Mortara, señala que “el magistrado, en la antigüedad ejerció las funciones del notario público de igual manera que el notario, más tarde, fue investido de funciones judiciales; pero que la constitución, posterior del oficio notarial, en forma autónoma, sacó de la esfera jurisdiccional funciones de la primitiva jurisdicción voluntaria.

Históricamente se le consideraba al notario como *judex chartularrii* lo cual quiere decir encargado de juzgar los procesos simulados a que las partes ‘

volentes o sea por su voluntad acudían para obtener el resultado jurídico negocial perseguido. Tenían solamente jurisdicción entre quienes lo requerían”.²

Chiovenda expresa que los actos tendientes a dar solemnidad y fe a ciertos derechos en la doctrina y práctica de la Edad Media se llamaron iurisdicção voluntaria. Sin embargo, Fernando Dupuy quien ha trabajado con profundidad el tema en su tesis “La Jurisdicción Voluntaria en el Perú”, señala que en Las Siete Partidas, de Alfonso X, se da un fuerte centralismo, que contrasta con la delegación con márgenes tan amplios de la época romana, no obstante lo cual, las instituciones del Derecho Romano se filtran a través de la costumbre. En esta época no figura expresamente el término jurisdicción voluntaria. Los jueces y notarios se subordinan al poder político, no acceden al cargo por méritos sino por pertenecer a una determinada clase social.

El Tabullario, antecedente del notario, era un magistrado. En el Derecho castellano se separa la función de Escribano y Chanciller (notario en latín), el primero era el redactor de los actos y contratos que en la actualidad se conocen como de jurisdicción voluntaria, para su sanción necesitaban de la intervención del segundo de los nombrados, que guardaba los sellos del señor y le indicaba el que debía usar cada ocasión.

² BECERRA BAUTISTA JOSÉ. EL PROCESO CIVIL EN MÉXICO. 9a. ed. Ed. Porrúa. México, D.F. 1981. p. 444.

Dupuy, encuentra en la fusión de estos personajes el antecedente castellano de los notarios. La referencia al derecho castellano resulta particularmente interesante por ser la vigente durante el Virreynato. El mismo autor da cuenta de como los procedimientos no contenciosos que históricamente se habían realizado ante notarios se incluyeron en el Código de Procedimientos Civiles como atribuciones del Poder Judicial.

1.2 CARACTERÍSTICAS DE LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA EN LA ANTIGUEDAD.

1. Voluntariedad para las partes, no para el magistrado. El vocablo voluntaria no se refiere a que el magistrado por propia voluntad, pueda conceder o negar su participación, porque ésta constituye un deber, cuando la participación del magistrado se ejerce entre personas que espontáneamente, voluntariamente reclaman su intervención y que están de acuerdo de antemano sobre el resultado de la misma, con la particularidad que tal acuerdo debe persistir hasta el momento de la resolución del magistrado, sin que del mismo se derive un perjuicio para los derechos de terceras personas.

2. Ausencia de conflicto de intereses entre las partes. En los supuestos de Jurisdicción Voluntaria no hay un conflicto de intereses entre las partes sino que el magistrado se limita a sancionar, ratificar, legitimar o colaborar en la constitución de una situación o relación jurídica. Es decir, la actividad del magistrado consiste sólo en recibir y sancionar con su presencia las declaraciones y la postura pasiva

de las partes, suponiendo todo ello una especie de control de legalidad de la actuación del concurrente o concurrentes.

3. Asesoramiento de las partes. No existiendo partes adversas, la participación del magistrado consistía incluso en los tiempos más antiguos, en el asesoramiento de los concurrentes.

1.3 LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA EN LA LEGISLACIÓN COMPARADA.

En muchos países se ha legislado sobre el tema de Jurisdicción Voluntaria, transfiriendo la competencia de los asuntos no contenciosos, a los notarios. Tal es como de:

Alemania, cuyos trabajos preparatorios se remontan al año 1874, ha regulado el proceso “extrajudicial”, por no corresponder a actividades propias de la justicia, a la competencia notarial.

En el año 1898, se sancionó la Ley sobre Jurisdicción Voluntaria, la que ha sido posteriormente ampliada y modificada, a través de nuevas leyes que reordenaron el procedimiento no contencioso. Estas leyes introdujeron en este campo reformas sobre el Derecho Matrimonial y de Familia, en el año 1976; la Ley de Adopción y la Patria Potestad en 1979; y, modificaciones en el Derecho Procesal efectuadas en 1986, incorporándose temas referentes al divorcio,

alimentos, familia y tutela, hasta el 1 de enero de 1990 en que se unificó el proceso para las materias de Jurisdicción Voluntaria.

En Rusia desde el año de 1927 todos los actos de procedimientos no litigiosos son encargados al Notario Público del Estado.

El Código Italiano de 1940, ha intentado desaparecer a la Jurisdicción Voluntaria, sin embargo se encuentra contemplada dentro de su libro IV en procedimientos especiales. Al igual el Código de la ciudad del Vaticano.

Argentina, mantiene una tendencia dirigida a ampliar la competencia notarial basada fundamentalmente en la necesidad de aliviar a los jueces en el desempeño de sus funciones.

En este país, el notario, denominado escribano, tiene competencia para:

1. La protocolización de testamentos ológrafos.
2. Partición extrajudicial de herencia.
3. Partición, liquidación y adjudicación de bienes.
4. Cesación en la separación judicial de bienes por voluntad de los cónyuges.
5. Adopción mediante instrumento público, el padre o la madre del menor puede manifestar expresamente su voluntad para que el menor sea adoptado.
6. Confección de inventarios en juicios sucesorios, de division de condominio y en concursos civiles y comerciales.

7. Inscripción en el Registro de la propiedad de declaratoria de herederos o testamentos aprobados y otros.

Colombia sin duda alguna, es uno de los países que ha proporcionado mayor impulso a la legislación positiva que amplía la competencia notarial en actos de jurisdicción voluntaria; obteniendo de esta manera, un servicio de plena aceptación de la comunidad, por la celeridad del documento notarial y por la economía fiscal que significa solucionar los actos y asuntos no contenciosos en la actividad privada a través de la institución notarial.

El factor decisivo para llevar a la acción notarial, los actos de jurisdicción voluntaria, fue según el informe del Doctor Victor Armento Palacio, notario colombiano, la difícil situación por la que atravesaba la jurisdicción contenciosa.

Por las razones señaladas, se incluyeron en la esfera notarial, desde 1970 hasta 1989, un número muy significativo de actos, los cuales se detallan a continuación:

1. Apertura y publicación de testamentos cerrados.
2. Disolución de la sociedad conyugal por mútuo acuerdo.
3. Matrimonio civil mediante escritura pública.
4. Cambio de nombre de los menores de edad o de los hijos adoptivos, mediante escritura pública.
5. Correcciones de las partidas de los registros civiles por escritura pública.

6. Separación de cuerpos por mútuo acuerdo consentimiento de los cónyuges mediante escritura pública

7. Divorcio por escritura pública.

En el Salvador, la Ley de Ejercicio Notarial de la Jurisdicción Voluntaria, fue aprobada por la junta revolucionaria de gobierno el 13 de abril de 1982, mediante la cual se atribuye a los notarios los asuntos de jurisdicción Voluntaria, entre los cuales se señala la comprobación voluntaria de estado de gravidez, diligencias previas al nombramiento de curador, tutela o curatela, certificación de identidad personal y otros procedimientos.

En Guatemala, el sistema jurídico incorpora la intervención notarial en materias comprendidas en la jurisdicción voluntaria, la incorporación de las mismas al derecho positivo data de 1964, la que ha sido ampliada y modificada la Ley Reguladora de la Tramitación Notarial. Contempla la intervención de notarios en la autorización de matrimonios y tramitación de procesos sucesorios en forma extrajudicial.

Las normas relativas al proceso sucesorio se sustenta en el requerimiento del consentimiento unánime de todos los interesados y en caso de oposición, de alguna de las partes, el notario remitirá las actuaciones al juez correspondiente.

Así mismo son de tramitación notarial:

1. La declaración de ausencia.
2. La disposición y gravamen de bienes de menores, incapaces y ausentes.
3. El reconocimiento de preñez o parto.
4. El cambio de nombre, inscripciones de partidas y actas de registro civil.
5. Patrimonio familiar.
6. Adopción y otros.

En el Perú, no existe una definición precisa sobre jurisdicción voluntaria. Sin embargo, en el Código de Procedimientos Civiles del año 1912, se consignan los procedimientos no contenciosos, diferenciándolos de los procesos jurisdiccionales.

Esta distinción se mantiene en el Código Procesal Civil para el Perú, al señalar en su artículo 749 cuales son los procesos no contenciosos.

Para que entrará el tema de la jurisdicción voluntaria en la esfera notarial, fue planteado en el Perú en diversas oportunidades desde 1960 en los Congresos Internacionales del Notario Latino según da cuenta el español Rafael Gómez Ferrer Sapiña. Entre las conclusiones del XX Congreso celebrado en Cartagena de Indias, Colombia, en mayo de 1992, se afirma que basados en la necesidad de descongestionar de actividades y casos no jurisdiccionales a las Oficinas de los Juzgados y Tribunales, para lograr uno de los bienes más deseados en todos los países como es la agilización de la justicia.

CAPÍTULO II

LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA

2.1. DIVISIÓN DE LA JURISDICCIÓN.

La doctrina ha dividido a la jurisdicción por razón de su origen, en eclesiástica y secular, esta última es la que emana del poder del estado y ésta a su vez se subdivide en judicial, administrativa y militar, la jurisdicción judicial, se divide a su vez en contenciosa y voluntaria.

2.2 CONCEPTO DE JURISDICCIÓN.

“La jurisdicción es una función soberana del estado, que se desarrolla a través de los actos de autoridad que están encaminados a solucionar un litigio mediante la aplicación de la ley al caso concreto controvertido.”¹

La función judicial está encomendada en nuestro derecho positivo mexicano al poder judicial, siendo ejercida ésta por los jueces, entre otros, a través de un proceso, al hablar de proceso se supone una actividad generadora de actos jurídicamente reglados, encaminados a obtener una determinada resolución

¹ GÓM0EZ LARA CIPRIANO. TEORÍA GENERAL DEL PROCESO. 7a. ed. Ed. Universidad Nacional Autónoma de México. México, D.F. 1987. p. 113.

jurisdiccional, es decir, la suma de actos que se realizan para la composición del litigio, constituyen el proceso, el objetivo de estos actos, el orden y la sucesión de su realización, denotan el procedimiento. La culminación de la jurisdicción es la sentencia.

La jurisdicción sólo tiene una finalidad, que es la de resolver conflictos y toda demanda que se presente ante el tribunal, tiene un conflicto en potencia o en actividad.

2.3 DEFINICIONES DOCTRINALES DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA.

Siendo la jurisdicción voluntaria la que nos ocupa para su estudio, es preciso mencionar que en ésta el elemento de conflicto inter partes está ausente. Por esta razón, muchos autores han considerado a la jurisdicción voluntaria como una de carácter administrativo.

Es meramente difícil definir a la jurisdicción voluntaria, los procesalistas han tratado de explicarla de diversas formas, según cada uno la haya comprendido.

Así, para el objetivo de nuestro estudio citaremos y haremos una breve explicación de algunas definiciones de jurisdicción voluntaria, según diversos escritores.

Los catedráticos Mauro y Carlos de Miguel, al definir a la jurisdicción voluntaria manifiestan que: “Se consideran actos de este tipo, todos aquellos en que sea necesaria o se solicite la intervención del juez sin estar empeñada ni promoverse cuestión alguna entre partes conocidas y determinadas.”²

Mediante estos actos y a través precisamente de la intervención del órgano jurisdiccional, se trata de obtener una declaración de protección sobre cuestiones de derecho privado sin auténtica controversia entre las partes.

Las actuaciones con este motivo practicadas, se conocen con el nombre de expedientes. Estos expedientes no son acumulables a ningún juicio, y desde el momento en que surja oposición o contienda por alguno que tenga interés en el asunto, se hacen contenciosos.

Por estas razones se le ha llamado a estas intervenciones judiciales, actos de jurisdicción voluntaria y no juicios.

Por su parte, el escritor Adolfo Maldonado citando a José Alberto Dos reis, establece que “la llamada jurisdicción voluntaria no es voluntaria ni es jurisdicción. No es voluntaria, porque los interesados tienen que recurrir, se ven forzados a recurrir a la intervención del poder público, si quieren asegurar la eficiencia del acto; no es jurisdicción porque no representa la aplicación del derecho objetivo a

² DE MIGUEL ROMERO MAURO Y DE MIGUEL ALONSO CARLOS. DERECHO PROCESAL PRÁCTICO. T. II 11a. ed. Ed. Bosh. México, D.F. 1967. p. 270.

determinadas situaciones subjetivas. Los actos de jurisdicción voluntaria no son, por su naturaleza, actos del poder jurisdiccional, visto que el magistrado, al realizarlos, no se propone eliminar el contraste entre dos voluntades individuales relativamente a la aplicación de una regla de derecho objetivo; sino que son actos de naturaleza administrativa, pero están aún confiados a los magistrados judiciales, por la fuerza de la tradición.”³

Se podría decir que no es jurisdicción ya que no define conflictos y no es voluntaria porque existe siempre una resolución judicial.

El autor José Becerra Bautista está de acuerdo con la opinión citada con anterioridad, al llegar a la conclusión de que la jurisdicción voluntaria, no es jurisdicción, porque no tiende a la aplicación de la ley a un caso controvertido entre partes, es decir no hay aplicación del derecho objetivo; ni es voluntaria, porque los particulares se ven obligados a recurrir a ella para poder asegurar la eficacia de un acto jurídico determinado.

Becerra intenta explicarnos que no hay jurisdicción voluntaria, ya que no se trata, más que de un proceso voluntario, con intervención del órgano jurisdiccional, pero con fines distintos de la composición del litigio; falta la oposición de voluntades, faltan las partes que intervienen en la disputa, no hay conflicto de intereses y consecuentemente no hay litigio y no habiendo litigio ni controversia,

³ MALDONADO ADOLFO. DERECHO PROCESAL CIVIL. TEORÍA Y LEGISLACIÓN. 1a. ed. Ed. E.C.L.A.L. México, D.F. 1947. p. 175.

el proceso voluntario comprende solamente derechos subjetivos, en los que el órgano jurisdiccional realiza una función de vigilancia de la actividad jurídica de los particulares, en aquellos casos, en que la calidad del sujeto, o la estructura o función del acto, hagan más grave el peligro, por el mal uso que de él se pueda hacer.

Por otra parte, Alcalá – Zamora y Castillo sostiene que “la jurisdicción voluntaria, no es jurisdicción, porque en la variadísima lista de negocios que la integran será difícil encontrar alguno que satisfaga fines jurisdiccionales en sentido estricto, y mucho menos es voluntaria, porque con frecuencia la intervención judicial resulta para los interesados en promoverla tan necesaria como en la jurisdicción contenciosa. Tan no es jurisdicción voluntaria, como tampoco proceso voluntario.”⁴

Entre los autores peruanos, Francisco Velasco Gallo afirma que la jurisdicción graciosa o jurisdicción administrativa, llamada voluntaria, es aquella en la que el juez realiza funciones administrativas y las ejerce cuando los particulares solicitan su intervención para el perfeccionamiento o legalización de determinados actos, se ejerce siempre a solicitud o por consentimiento del peticionario o peticionarios.

⁴ ALCALÁ ZAMORA NICETO Y CASTILLO. ESTUDIOS DE TEORÍA GENERAL E HISTORIA DEL PROCESO. T. I. 2a. ed. Ed. Instituciones de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. México, D.F. 1974. p. 118.

De acuerdo con la opinion de Guasp la jurisdicción voluntaria no es auténtica jurisdicción, no es una figura jurídica procesal, sino una figura administrativa que por razones de diversa índole se confía a órganos judiciales.

No se trata de jurisdicción, puesto que jurisdicción no es otra cosa que una función procesal, y ésta no existe dentro de la llamada jurisdicción voluntaria, por no comprender verdaderas actuaciones procesales, es decir que no hay pretensiones procesales verdaderas, pues en ésta no puede verse conflicto entre partes.

No es voluntaria porque en ocasiones no es que las partes acudan voluntariamente ante el órgano jurisdiccional, sino que la intervención del juez es necesaria.

Señala el mismo autor que “la jurisdicción voluntaria es, por lo tanto, la administración judicial del derecho privado. La naturaleza de ésta tiene que buscarse en el campo de la administración, dentro de las figuras del derecho público, en el que indudablemente pertenece la denominada jurisdicción voluntaria, dada la presencia en ella de un órgano del Estado, a quien se le atribuye una comisión estrictamente administrativa. La jurisdicción es, pues, actividad administrativa.”⁵

⁵ GUASP JAIME. DERECHO PROCESAL CIVIL. T. II. 3a. ed. Ed. Instituciones de Estudios Políticos. Madrid, España 1973. p. 498.

La naturaleza de la actividad que desarrolla un funcionario por encargo del Estado, es aquella que forzosamente viene calificada por la intervención del Estado como jurisdiccional o administrativa.

Una actividad desplegada por el Estado como se da en la jurisdicción voluntaria, entraría siempre en la órbita de la función administrativa.

Según el pensamiento del Licenciado Pérez Palma la jurisdicción voluntaria se limita a tutelar ciertos intereses de particulares o a conceder eficacia legal a la voluntad privada, sin que para estas actividades se requiera del imperio o de la jurisdicción del juez, como en la jurisdicción contenciosa.

El procesalista Cipriano Gómez Lara citando a Cabanellas, define a la Jurisdicción voluntaria diciendo que es “aquella en que no existe controversia entre las partes; la que no requiere la dualidad de las mismas. Se trata de actuaciones ante los jueces, para solemnidad de ciertos actos o para el pronunciamiento de determinadas resoluciones que los tribunales deben dictar.”⁶

Para el autor Cipriano, la única genuina jurisdicción es la contenciosa, establece que “el contenido de todo proceso es siempre un litigio, por lo tanto en toda tramitación que no tenga por contenido un litigio, no habrá jurisdicción.

⁶ GÓMEZ. Op. cit. supra (3) p. 240.

No es jurisdicción porque tal denominación debe aplicarse exclusivamente a la función estatal en la que aplicando una ley general a un caso concreto controvertido, lo dirime o lo soluciona, y tiene como culminación a la sentencia y, este extremo, nunca se da en la jurisdicción voluntaria.

No es voluntaria, porque con frecuencia la intervención judicial resulta para los interesados en promoverla tan necesaria o más que la jurisdicción contenciosa.

La voluntad supone la necesidad de documentar, tutelar o garantizar una especial situación jurídica.

La jurisdicción voluntaria se trata sin duda, de una actividad administrativa, que por razones de política judicial se encomienda, o se pone en manos de los tribunales judiciales, con el objeto de que certifique, se sancione, se dé fe de ciertos hechos o actos jurídicos, como requisito formal y en ocasiones de autenticidad y de garantía de legalidad. No vemos obstáculo alguno para que, por razones de conveniencia la llamada jurisdicción voluntaria, en un momento dado pueda ponerse en manos de otros funcionarios administrativos o de notarios.”⁷

Para Chiovenda la jurisdicción voluntaria es una forma particular de actividad del Estado, ejercida en parte por los órganos judiciales, en parte por los administrativos y pertenecen a la función administrativa.

La resolución de la jurisdicción voluntaria, como acto de pura administración, no procede la cosa juzgada; el interesado podrá en todo momento obtener la revocación de un acto negativo y la modificación o la revocación de uno positivo, dirigiéndose al mismo órgano que lo ha dictado y convenciéndole de que se equivocó.

En similar sentido, Calamandrei coloca a la jurisdicción voluntaria en el lindero entre la función jurisdiccional y la administrativa; la cual siendo función administrativa es subjetivamente ejercida por órganos judiciales, es por eso que tradicionalmente se designa con el nombre equívoco de jurisdicción, si bien se acompaña con el atributo de voluntaria que la distingue de la verdadera y propia jurisdicción.

Los actos realizados por el órgano judicial en la jurisdicción voluntaria, que por razones subjetivas deberían calificarse de jurisdiccionales, son administrativos por su fin y por sus efectos.

Por su contenido el autor antes mencionado define a la jurisdicción voluntaria como “la administración pública del derecho privado ejercida por órganos judiciales y que comprenden todas aquellas actividades con las cuales, en diversas formas y a través de órganos variados, el Estado interviene para integrar

⁷ Ibidem supra (3) p. 241.

la actividad de los particulares dirigida a la satisfacción de sus intereses mediante el desarrollo de las relaciones jurídicas.”⁸

Finalmente, Carnelutti, asienta la jurisdicción voluntaria sobre la idea de negocios. Para él, el nombre de jurisdicción voluntaria proviene de que el juez no decide entre dos litigantes y, por tanto, contra uno de ellos, sino en relación a uno solo, que le pide que provea, y por esta razón menciona que tal denominación, si no es muy expresiva, tampoco es incorrecta.

Como podemos observar gran parte de la doctrina se ha manifestado en contra del término jurisdicción voluntaria y prefiere referirse a actos no contenciosos o procedimientos no litigiosos o voluntarios, en los que no se produce la llegada de la cosa juzgada. A través de los cuales se solicita a la autoridad judicial que verifique o constituya una situación jurídica en beneficio del o de los peticionarios o participantes, situación que se mantiene en tanto no cambien las circunstancias del negocio que les dio origen y mientras no surja una cuestión litigiosa o controvertida. Sostienen los autores que no se trata propiamente de una jurisdicción por no suponer conflicto ni litigio alguno, por no existir partes con intereses contrapuestos y porque la resolución que se expide no compone ninguna litis. Además, manifiestan que la jurisdicción voluntaria, se trata de una actividad administrativa, que por razones de política judicial se pone en manos de los tribunales judiciales.

⁸ CALAMANDREI PIERO. INSTITUCIONES DEL DERECHO PROCESAL CIVIL. T. I. 8a. ed. Ed. Jurídica Europa-América. Buenos Aires, Argentina 1962. p. 192.

Las resoluciones de jurisdicción voluntaria se traducen, por tanto, en acuerdos judiciales que declaran o constituyen una situación jurídica no controvertida.

2.4 DISTINCIÓN ENTRE LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA Y LA JURISDICCIÓN CONTENIOSA.

Entre la jurisdicción voluntaria y la contenciosa existen, ciertas diferencias fundamentales, las cuales se mencionan a continuación:

I. La jurisdicción contenciosa se ejerce entre personas que tienen que acudir a juicio contra su voluntad por no hallarse de acuerdo sobre sus pretensiones respectivas, mientras que la jurisdicción voluntaria se ejerce entre personas que se encuentran de acuerdo sobre el acto que se ejecuta o a solicitud de una sola persona a quien le importa la práctica de algún acto, en cuya contradicción no aparece interés de tercero.

II. La jurisdicción voluntaria difiere de la contenciosa, porque en la voluntaria falta el elemento esencial del juicio, es decir la cuestión entre las partes, aunque sean varias las partes que intervengan; las cuales tendrán el carácter de promoventes, de solicitantes que exigen la actividad del órgano jurisdiccional, pero no serán propiamente partes, ya que en ellas no habrá cuestión alguna que resolver.

III. La jurisdicción contenciosa tiene como elementos esenciales: lo pedido, pretensión del actor; la defensa, pretensión del demandado y; la sentencia, actividad del juez. Y en la jurisdicción voluntaria no existe esta relación, por falta del segundo elemento; y por eso el acto del juez no tiene el carácter y la fuerza de una sentencia destinada a declarar el derecho en relación con una situación controvertida. Es por esto que la resolución emanada de la jurisdicción voluntaria no constituye cosa juzgada.

IV. La jurisdicción contenciosa se verifica con conocimiento legítimo de causa, y la voluntaria sin conocimiento de causa o con sólo conocimiento formativo.

V. La jurisdicción contenciosa se ejerce pronunciando un fallo o providencia con arreglo a lo que resulta de lo expuesto y probado por las partes, y en la llamada voluntaria sólo se pide al juez la intervención de su autoridad para dar fuerza y eficacia a aquella petición.

VI. En la jurisdicción contenciosa se han de resolver situaciones jurídicas ya existentes, en tanto que en la voluntaria, el Estado interviene precisamente para la formación o creación de nuevas situaciones de derecho, para darle eficacia, pero no resuelven nada y por ello no requiere de la autoridad del juez.

2.5 CARÁCTERES ESPECÍFICOS DE LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA.

Una vez mencionadas las diferencias existentes entre la jurisdicción contenciosa y la llamada voluntaria, se deduce que los caracteres específicos de ésta son los siguientes:

1. No es necesariamente inherente a la función jurisdiccional del Estado, pues podría ser ejercida por otros órganos, en vista de que consiste sólo en actos de gobierno y de policía civil, tomada esta expresión en un sentido más amplio;

2. En el ejercicio de la jurisdicción voluntaria no se declaran derechos ni se sancionan obligaciones con la garantía de la ejecución forzada, sino que se realiza una tutela de intereses particulares.

3. En la llamada jurisdicción voluntaria no existe conflicto alguno que resolver porque no hay litigio, ni proceso en que se ejercite, ni jurisdicción a la que se dirija, ni partes que sean sus titulares, en lugar de partes podemos hablar de solicitantes o pretensores, el particular o pretensor no pide nada contra nadie, y no es parte porque no es contraparte de nadie.

4. En la jurisdicción voluntaria el juez, al resolver, emite una declaración basada exclusivamente en los elementos aportados por el peticionario, dicha declaración no produce efectos de cosa juzgada.

5. Las resoluciones son tomadas, no según criterios de estricta legalidad, sino según motivos de conveniencia y de oportunidad.

2.6 INTERVENCIÓN EN LA TRAMITACIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA.

Es pertinente señalar que en la mencionada jurisdicción voluntaria el juez, a quien se le ha encomendado tradicionalmente el ejercicio de ésta, actúa igual que el notario o que otro funcionario público.

Ahora bien si la jurisdicción voluntaria se trata de aquella en que se solicita la intervención del juez sin estar empeñada ni promoverse cuestión alguna entre partes, en donde el juez ejerce funciones administrativas, podría decirse que se trata pues de un procedimiento voluntario.

Por lo que es conveniente que la tramitación del procedimiento de la denominada jurisdicción voluntaria se ponga en manos de los notarios.

2.7 SUJETOS EN LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA.

Debe señalarse que los sujetos de la jurisdicción voluntaria no son partes, sino que se trata de solicitantes o promoventes pero nunca de partes. Quien promueve una jurisdicción voluntaria, aunque realiza un acto de instar, no se trata de una

verdadera acción, ya que en ella no hay partes, ni litigio, por lo que tampoco existe un proceso y por lo tanto no hay una jurisdicción, es por eso que parece inadecuado hablar de acción, sino que mas bien se trata de una solicitud o petición al tribunal.

2.8 OBJETO DE LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA.

Su objeto implica la necesidad, de que los procedimientos voluntarios sean sometidos al conocimiento de la autoridad judicial para que ésta dé fe de los mismos, los comuniqué a otras personas y, en algunos casos, los apruebe o verifique, ya que al no estar promovida cuestión alguna entre partes, dicho objeto se limita sólo a eso.

Podría decirse también que el objeto de la jurisdicción voluntaria es una relación juridical de derecho privado. Lo anterior quiere decir que el objeto, es la materia del derecho privado en la que el juez, espontáneamente, interviene.

No puede haber una jurisdicción voluntaria cuyo objeto sea una pretension procesal, pues en este caso se convertiría en juicio.

Así pues, el objeto de la denominada jurisdicción voluntaria consiste en una o más peticiones.

CAPÍTULO III

LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA EN EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL ESTADO DE GUANAJUATO

3.1 MATERIA DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA EN NUESTRA LEY ADJETIVA CIVIL.

En el Código de Procedimientos Civiles vigente para el Estado de Guanajuato, se encuentran contemplados los actos de jurisdicción voluntaria en el libro cuarto, título único, en los artículos del 705 al 744 y, comprende los siguientes temas.

- I. Disposiciones generales;
- II. Nombremiento de tutores y curadores y discernimiento de estos cargos;
- III. Enajenación de bienes de menores o incapacitados y transacción acerca de sus derechos;
- IV. Adopción
- V. Informaciones ad perpetuam;
- VI. Apeo y deslinde; y
- VII. Disposiciones relativas a otros actos de jurisdicción voluntaria.

Una vez mencionados los asuntos de jurisdicción voluntaria que contempla nuestro ordenamiento, pasaremos a transcribir los artículos correspondientes a

cada tema, asimismo haremos un pequeño análisis de éstos, para lograr una mejor comprensión del estudio que nos ocupa.

3.2 DISPOSICIONES GENERALES.

El Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Guanajuato expresamente dice:

Art. 705.- La jurisdicción voluntaria comprende todos los actos en que, por disposición de la ley o por solicitud de los interesados, se requiere la intervención del juez, sin que esté promovida ni se promueva cuestión alguna entre partes determinadas.

Como podemos observar el juez no resuelve controversia entre partes sino que interviene a solicitud de un interesado; es decir el órgano jurisdiccional no realiza actos de jurisdicción pues no hay controversia entre partes, siendo precisamente la ausencia de partes lo que caracteriza a la jurisdicción voluntaria.

Art. 706.- Cuando fuere necesaria la audiencia de alguna persona, se le citará conforme a derecho, advirtiéndole, en la citación, que quedan, por tres días, las actuaciones en la secretaría del juzgado, para que se imponga de ellas y señalándole día y hora para la audiencia, a la que concurrirá el promovente, sin que sea obstáculo para la celebración de ella la falta de asistencia de éste.

Art. 707.- Se oirá precisamente al Ministerio Público:

- I. Cuando la solicitud promovida afecte los intereses públicos;
- II. Cuando se refiera a la persona o bienes de menores o incapacitados;
- III. Cuando tenga relación con los derechos o bienes de un ausente;
- IV. Cuando lo dispusieren las leyes.

Art. 708.- Si a la solicitud promovida se opusiere parte legítima, se dará por concluida la jurisdicción voluntaria. Quedando a salvo los derechos del promovente para que los haga valer en la vía y forma que proceda.

Art. 709.- El juez podrá variar o modificar las providencias que dictare, sin sujeción estricta a los términos y formas establecidos respecto de la jurisdicción contenciosa.

No se comprenden en esta disposición los autos que tengan fuerza de definitivos y contra los que no se hubiere interpuesto recurso alguno, a no ser que se demuestre que cambiaron las circunstancias que determinaron la resolución.

Art. 710.- Las providencias de jurisdicción voluntaria serán apelables en ambos efectos, si el recurso lo interpusiere el promovente de las diligencias, y sólo en lo devolutivo, cuando el que recurre hubiere venido al expediente voluntariamente, o llamado por el juez.

3.3 NOMBRAMIENTO DE TUTORES Y CURADORES Y DISCERNIMIENTO DE ESTOS CARGOS.

Art. 711.- Ninguna tutela puede conferirse sin que previamente se declare el estado de minoridad o de incapacidad de la persona que va a quedar sujeta a ella. Lo dispuesto sobre tutela es aplicable, en lo conducente, a la curatela.

La declaración de estado de minoridad puede pedirse por el mismo menor, si ha cumplido diez y seis años; por su cónyuge; por sus presuntos herederos legítimos, y por el Ministerio Público.

Se entiende por estado de minoridad la cacidad que tiene la persona que aún no cumple la mayoría de edad.

La incapacidad de la persona consiste en la ineptitud del sujeto de poder actuar por sí mismo en la vida jurídica, en el ejercicio de sus derechos y en cumplimiento de sus obligaciones.

Tienen incapacidad natural y legal:

- I. Los menores de edad;
- II. Los mayores de edad privados de inteligencia por locura, idiotismo o imbecilidad, aun cuando tengan intervalos lúcidos;
- II. Los sordomudos que no sepan leer ni escribir; y

IV. Los ebrios consuetudinarios, y los que habitualmente hacen uso inmoderado de drogas enervantes. (Artículo 503 Código Civil de Guanajuato.)

Es oportuno aclarar que el objeto de la tutela consiste en la guarda de la persona y bienes de los que no estando sujetos a patria potestad tienen incapacidad natural o legal, o solamente la segunda, para gobernarse por sí mismos. La tutela puede también tener por objeto la representación interina del incapaz en los casos especiales que señale la ley.

En la tutela se cuidará preferentemente de la persona de los incapacitados. Su ejercicio queda sujeto en cuanto a la guarda y educación de los menores a las modalidades que le impongan las leyes. (Artículo 502 Código Civil de Guanajuato.)

Además brevemente mencionaremos que existen tres tipos de tutela: Testamentaria, legítima y dativa.

El ascendiente que sobreviva, de los dos que en cada grado deban ejercer la patria potestad (Padre y madre; Abuelo y abuela paternos y abuelo y abuela maternos) tienen derecho, de nombrar tutor en su testamento a aquellas sobre quienes la ejerzan. Tenemos aquí a la tutela testamentaria.

El nombramiento del tutor testamentario excluye del ejercicio de la patria potestad a los ascendientes de ulteriores grados.

Se da lugar a la tutela legítima cuando no hay quien ejerza la patria potestad, ni tutor testamentario y cuando por causa de divorcio deba nombrarse tutor.

Esta tutela legítima corresponde: A los hermanos, prefiriéndose a los que sean por ambas líneas; por falta de incapacidad de los hermanos a los demás colaterales dentro del cuarto grado inclusive.

La tutela dativa tiene lugar: Cuando no hay tutor testamentario, ni persona que conforme a la ley le corresponda la tutela legítima; cuando el tutor testamentario este impedido temporalmente de ejercer su cargo y no haya hermanos o parientes que puedan desempeñarla.

Siempre será dativa la tutela para asuntos judiciales del menor de edad emancipado.

De la misma forma mencionaremos que el tutor esta obligado:

- I. A alimentar y educar al incapacitado;
- II. A destinar de preferencia los recursos del incapacitado a la curación de sus enfermedades o a su regeneración si es un ebrio consuetudinario o abusa habitualmente de las drogas enervantes;
- III. A formar inventario circunstanciado, con intervención de Notario Público, de cuando constituya el activo y el pasivo del incapacitado, dentro del término que el

juez designe, con intervención del curador y del mismo incapacitado si goza de discernimiento y ha cumplido catorce años de edad.

IV. A administrar el caudal de los incapacitados. El pupilo sera consultado para los actos importantes de la administración cuando sea capaz de discernimiento y mayor de catorce años, pero la falta de consulta no perjudica a tercero. La administración de los bienes que el pupilo ha adquirido con su trabajo le corresponde a él y no al tutor;

V. A representar al incapacitado en juicio y fuera de él en todos los actos civiles, con excepción del matrimonio, del reconocimiento de hijos, del testamento y de otros estrictamente personales, y

VI. A solicitar oportunamente la autorización judicial para todo lo que legalmente no pueda hacer sin ella. (Artículo 591 Código Civil de Guanajuato.)

Es preciso mencionar que la tutela se extingue:

- I. Por la muerte del pupilo, por que desaparezca su incapacidad, y
- II. Cuando el incapacitado, sujeto a tutela, entre a la patria potestad por reconocimiento o por adopción.

Cabe señalar, que todas las personas sujetas a tutela, además de tutor tendrán un curador, excepto la tutela legítima de los menores abandonados y los acogidos por alguna persona, o depositos en establecimientos de beneficencia.

Por último, la curatela es aquella mediante la cual se instituye un vigilante al tutor para la protección permanente del pupilo, sin perjuicios de que llegue a substituir a aquél en sus funciones defensivas, cuando se produzca oposición de interés entre el tutor y su pupilo.

Las funciones del curador terminarán cuando el incapacitado salga de la tutela. Si varían las personas encargadas de la tutela, el curador continuará en su cargo. Este tiene derecho a ser revelado, pasados diez años desde que se encarga de la curaduría.

Art. 712.- Si a la petición de declaración de minoridad se acompaña la certificación del registro civil, se hará la declaración de plano. En caso contrario se citará inmediatamente a una audiencia, dentro del tercer día, a la que concurrirá el menor, si fuere posible, y el Ministerio Público. En ella, con o sin asistencia de éste, y por las certificaciones del registro civil, si hasta este momento se presentaren, o por el aspecto del menor, a falta de testigos, se hará o denegará la declaración correspondiente.

Art. 713.- Todo tutor, cualquiera que sea su clase, debe aceptar previamente y presentar las garantías exigidas por el Código Civil para que se le discierna el cargo, a no ser que la ley lo exceptuare expresamente.

Es preciso señalar que las garantías que debe presentar el tutor para asegurar su manejo son:

- I. La hipoteca o prenda, y
- II. Fianza

La garantía prendaria que preste el tutor se constituirá depositando la cosa dada en prenda en una institución de crédito autorizada para recibir depósitos; a falta de ella se depositará en poder de personas de notoria solvencia y honorabilidad. (Artículo 573 Código Civil de Guanajuato.)

La hipoteca o prenda y en su caso la fianza, se darán:

- I. Por el importe de las rentas de los bienes en los dos últimos años, y por los réditos de los capitales impuestos durante ese mismo tiempo;
- II. Por el valor de los bienes muebles y de los ensures y semovientes de las fincas rústicas;
- III. Por el de los productos de las mismas fincas en dos años, calculados por perito o por el término medio de un quinquenio, a elección del juez, y
- IV. En las negociaciones mercantiles o industriales por el veinte por ciento del importe de las mercancías y demás efectos muebles calculado por los libros, si están llevados en debida forma, o a juicio de perito. (Artículo 582 Código Civil de Guanajuato.)

Están exceptuados de la obligación de dar garantía:

I. Los tutores testamentarios cuando expresamente los haya relevado de esta obligación el testador;

II. El tutor que no administre bienes;

III. Cuando la tutela del incapacitado recaiga en el cónyuge, en los ascendientes o en los hijos, no se dará garantía, salvo el caso de que el juez, lo crea convenientes, y

IV. Los que acojan a un expósito, lo alimenten y eduquen convenientemente por más de diez años, a no ser que hayan recibido pensión para cuidar de él.

(Artículo 574 Código Civil de Guanajuato.)

Cabe mencionar que, el tutor debe manifestar si acepta o no el cargo dentro de los cinco días que sigan a la notificación de su nombramiento. En igual término debe proponer sus impedimentos o excusas, disfrutando un día más por cada cien kilómetros que medien entre su domicilio y el lugar de la residencia del juez competente.

Cuando el impedimento o la causa legal de excusa ocurrieren después del discernimiento de la tutela, los términos correrán desde el día en que el tutor conoció el impedimento o la causa legal de excusa.

La aceptación o el transcurso de los términos en su caso, importan renuncia de la excusa.

Es oportuno señalar también, que la tutela es un cargo público, del que nadie puede eximarse, excepto cuando se trate de:

- I. Los empleados y funcionarios públicos;
- II. Los Militares en servicio activo;
- III. Los que tengan bajo su patria potestad tres o más descendientes;
- IV. Los que fueren tan pobres, que no puedan atender a la tutela sin menoscabo de su subsistencia;
- V. Los que por el mal estado habitual de su salud, o por su rudeza e ignorancia, no pueden atender debidamente a la tutela
- VI. Los que tengan sesenta años cumplidos;
- VII. Los que tengan a su cargo otra tutela o curaduría; y
- VIII. Los que por su falta de ilustración, por su inexperiencia en los negocios, por su timidez o por otra causa igualmente trascendental a juicio del juez, no estén en aptitud de desempeñar convenientemente la tutela.(Artículo 565 Código Civil de Guanajuato.)

Art. 714.- El menor podrá oponerse al nombramiento de tutor hecho por la persona que, no siendo ascendiente, le haya instituido heredero o legatario, cuando tuviere diez y seis años o más.

Art. 715.- Siempre que el tutor o curador nombrados, no reúnan los requisitos que la ley exige para ser tutor o curador, el juez denegará el discernimiento del

cargo y proveerá al nombramiento en la forma y términos previstos por el Código Civil.

El Código Civil de Guanajuato. en su artículo 557 señala que, no pueden ser tutores, aunque estén anuentes en recibir el cargo:

- I. Los menores de edad;
- II. Los mayores de edad que se encuentren bajo tutela;
- III. Los que hayan sido removidos de otra tutela por haberse conducido mal, ya respecto de la persona, ya respecto de la administración de los bienes del incapacitado;
- IV. Los que por sentencia ejecutoria hayan sido condenados a la privación de ese cargo o a la inhabilitación para obtenerlo;
- V. El que haya sido condenado por robo, abuso de confianza, fraude o por delito contra la honestidad;
- VI. Los que no tengan oficio modo de vivir conocido o sean notoriamente de mala conducta;
- VII. Los que al deferirse la tutela, tengan pleito pendiente con el incapacitado;
- VIII. Los deudores del incapacitado en cantidad considerable, a juicio del juez al no ser que el que nombre tutor testamentario lo haya hecho con conocimiento de la deuda, declarándolo así expresamente al hacer el nombramiento;
- IX. Los jueces, magistrados y demás funcionarios de la administración de justicia en los casos de la tutela dativa;
- X. El que no esta domiciliado en el lugar en que deba ejercer la tutela;

XI. Los empleados públicos de Hacienda, que por razón de su destino tengan responsabilidad pecuniaria actual o la hayan tenido y no la hubieren cubierto;

XII. El que padezca enfermedad crónica contagiosa, y

XIII. Los demás a quienes lo prohíba la ley.

Art. 716.- En los juzgados de primera instancia habrá un registro en que se pondrá testimonio simple de todos los discernimientos que se hicieren del cargo del tutor y del curador.

El discernimiento es el cargo que el juez le otorga al tutor o curador confiriéndole las facultades que la ley le acuerda y le impone de las obligaciones del mismo, facultándolo para el ejercicio efectivo del cargo.

El discernimiento es una resolución judicial, no tiene naturaleza de sentencia. Al tutor o curador se le entregara un testimonio del discernimiento del cargo, con el cual acredita su calidad en los actos de la vida civil en que deba representar legalmente al pupilo.

Al tutor o curador se le entregará un testimonio del discernimiento del cargo, con el cual acredita su calidad en los actos de la vida civil en que deba representar legalmente a su pupilo.

Art. 717.- Dentro de los ocho primeros días de cada año, en audiencia pública, con citación del Ministerio Público, se procederán las siguientes medidas:

I. Si resultare haber fallecido algún tutor, se hará que sea reemplazado con arreglo a la ley;

II. Si hubiere alguna cantidad de dinero depositada para darle destino determinado, se hará que desde luego tengan cumplido efecto las prescripciones del Código Civil;

III. Se exigirá también que rindan cuenta los tutores que deban darla y que, por cualquier motivo, no hayan cumplido con las prescripciones expresas del Código Civil;

IV. Se obligará a los tutores a que depositen, en el establecimiento destinado al efecto, los sobrantes de las rentas o productos del caudal de los menores, después de cubiertas las sumas señaladas con arreglo al Código Civil, y de pagado el tanto por ciento de administración; y

V. Se pedirán las noticias que se estimen necesarias, del estado en que se halle la gestión de la tutela, y se adoptarán las medidas que se juzguen convenientes para evitar los abusos, y remediar los que puedan haberse cometido.

El Código Civil de Guanajuato en su artículo 572 dice: muerto el tutor que está desempeñando la tutela, sus herederos así como los ejecutores testamentarios están obligados a dar aviso al juez quien proveerá inmediatamente al incapacitado del tutor que corresponda según la ley.

El mismo ordenamiento civil en su artículo 642 manifiesta que el tutor está obligado a rendir al juez cuenta detallada de su administración, en el mes de enero

de cada año, sea cual fuere la fecha en que se le hubiere discernido el cargo. La falta de presentación de la cuenta, en los tres meses siguientes al de enero, motivará la remoción del tutor.

La cuenta de administración comprenderá no solo las cantidades del numerario que hubiera recibido el tutor por producto de los bienes y la aplicación que les haya dado, sino en general todas las operaciones que se hubieren practicado, e irá acompañada de los documentos justificativos y de un balance del estado de los bienes. (Artículo 644 Código Civil de Guanajuato.)

El mismo ordenamiento civil en su artículo 611 establece que el dinero que resulte sobrante después de cubiertas las cargas y atenciones de la tutela, el que proceda de las redenciones de capitales y el que adquiera de cualquier otro modo, se invertirá por el tutor, dentro de tres meses contados desde que se hubieren reunido cinco mil pesos, en hipoteca, en cédulas o bonos hipotecarios o títulos de capitalización de instituciones autorizadas por la ley.

Art. 718.- En todos los casos de impedimento, separación o excusa del tutor o curador propietarios, se nombrará tutor o curador interino, mientras se decide el punto. Resuelto, se nombrará, en su caso, nuevo tutor o curador, conforme a derecho.

Esto quiere decir que cuando el tutor este impedido, haya sido separado de su cargo o haya sido excusado, se nombrará un tutor como sustituto en lo que se designa el tutor propietario.

Art. 719.- Cuando, del examen de la cuenta, resulten motivos graves para sospechar dolo, fraude o culpa en el tutor, se iniciará desde luego, a petición de parte o del Ministerio Público, el juicio de separación que se seguirá conforme a las disposiciones del Libro Segundo, y si, de los primeros actos del juicio, resultaren confirmadas las sospechas, se nombrará desde luego un tutor interino, quedando en suspenso, entre tanto, el tutor propietario, sin perjuicio de que se remita testimonio de lo conducente a las autoridades penales, en su caso.

3.4 ENAJENACIÓN DE BIENES DE MENORES O INCAPACITADOS Y TRANSACCIÓN ACERCA DE SUS DERECHOS.

Art. 720.- Será necesaria licencia judicial para la venta de los bienes que pertenezcan exclusivamente a menores o incapacitados y correspondan a las clases siguientes: 1a. Bienes raíces; 2a. Derechos reales; 3a. Alhajas y muebles preciosos, y 4a. Acciones de compañías industriales o mercantiles, cuyo valor exceda de cinco mil pesos.

El Código civil de Guanajuato en su artículo 615 manifiesta que los bienes inmuebles, los derechos anexos a ellos y los muebles preciosos no pueden ser enajenados ni gravados por el tutor, sino por causa de absoluta necesidad o

evidente utilidad del incapacitado, debidamente justificadas y previa la audiencia del curador y con la autorización judicial.

Esto significa que para que se pueda realizar la venta de los bienes que pertenezcan a los menores o incapacitados es requisito indispensable obtener licencia o permiso judicial.

Dichos bienes corresponden a las siguientes clases:

1. Bienes raíces: Son los que consisten en fincas y derechos que tienen la consideración de inmuebles;
2. Derechos reales: Los de carácter privado que atribuyen un poder de inmediata dominación sobre la cosa frente a cualquier persona;
3. Alhajas y muebles preciosos; y
4. Acciones de compañías industriales o mercantiles, cuyo valor exceda de cinco mil pesos.

Por licencia judicial se entiende el permiso otorgado por el juez para hacer una cosa. A través de este permiso quienes ejercen la patria potestad o la tutela pueden obtener la autorización para vender determinados bienes del menor o incapacitado.

El menor como ya dijimos, es la persona que, de acuerdo con la ley, no tiene edad suficiente para disponer de sí ni de sus bienes.

Art. 721.- Para decretar la venta de bienes se necesita que, al pedirse, se expresen el motivo de la enajenación y el objeto a que deba aplicarse la suma que se obtenga, y que se justifique la absoluta necesidad o la evidente utilidad de la enajenación.

Si fuere el tutor quien solicitare la venta, debe proponer, al hacer la promoción, las bases del remate en cuanto a la cantidad que deba darles de contado, el plazo, interés y garantías del remate.

La solicitud del tutor se substanciará en forma de incidente con el curador y el Ministerio Público. La sentencia que se dicte es apelable en ambos efectos.

Los peritos que se designen para hacer el avalúo serán nombrados por el juez.

Esto es que para obtener la aprobación judicial de la enajenación, es necesario que se exprese el motivo de la enajenación y el objeto a que deba aplicarse la suma que se obtenga, también deberá justificarse la necesidad o utilidad de la misma. Para que así el juez pueda autorizar la venta.

.

Brevemente mencionaremos que el remate es la adjudicación que se hace de los bienes vendidos en subasta al mejor postor. La postura es el precio que el comprador ofrece. Se entiende por postura legal la que cubre las 2 terceras partes del precio fijado a la cosa, con tal que la parte de contado sea suficiente para pagar el importe de lo sentenciado. El remate permite a la autoridad realizar la

venta forzada de bienes para satisfacer una obligación. El avalúo es la valuación que se hace de una cosa, es decir, ponerle precio a esa cosa.

Art. 722.- Respecto de las alhajas y muebles preciosos, el juez determinará si conviniere o no la subasta, atendiendo en todo a la utilidad que resulte al menor; si se decreta, se hará por conducto del monte de piedad; de lo contrario, se procederá conforme al artículo 545.

El remate de los inmuebles se hará conforme a los artículos 516 y siguientes, y en el no podrá admitirse postura que baje de las dos tercias partes del avalúo pericial, ni la que no se ajuste a los terminos de la autorización judicial.

Si en la primera almoneda no hubiere postor, el juez convocara, a solicitud del tutor o curador, a una junta, dentro del tercer día, para ver si son de modificarse o no las bases del remate, señalándose nuevamente las almonedas que fueren necesarias.

El artículo 545 del Código de Procedimientos Civiles expresamente dice: cuando los bienes cuyo remate se haya decretado fueren muebles, se observará lo siguiente:

I. Valuados los bienes, se anunciara su venta por una vez durante el término de nueve días mediante edicto que se pondrá en la tabla de avisos del Juzgado, y por una sola vez en uno de los periódicos de mayor circulación en la localidad.

II. Si la venta no se logra, sin deducción alguna del precio, los bienes podrán venderse o adjudicarse en cualquier momento.

III. Quedando firme el remate, el ejecutado deberá entregar la factura, demás documentos relativos y en caso de rebeldía el tribunal procederá a su otorgamiento.

IV. En todo lo demás se estará a las disposiciones de éste capítulo.

Además cabe mencionar que el Código Civil de Guanajuato en su artículo 617 señala que la venta de bienes raíces del menor o incapacitado es nula si no se hace judicialmente en subasta pública. En la enajenación de alhajas y muebles preciosos, el juez decidirá si conviene o no la almoneda, pudiendo dispensarla, acreditada la utilidad que resulte al menor o incapacitado.

Es preciso comentar que al establecimiento público que, sobre el depósito de objetos de valor, concede préstamos a interés, se le llama monte de piedad.

Por almoneda se entiende la venta de bienes muebles en pública subasta, o a bajo precio que se hace entre los asistentes al acto, con adjudicación al que ofrezca mayor precio.

Art. 723.- Para la venta de acciones y títulos de renta se concederá la autorización sobre la base de que no se haga por menor valor del que se coticen en la plaza el día de la venta, y por conducto de corredor titulado, y, si no lo hay, de comerciante establecido y acreditado.

Art. 724.- El precio de la venta se entregará al tutor, si las fianzas o garantías prestadas son suficientes para responder de él. De otra manera se depositará en el establecimiento destinado al efecto.

El juez señalará un término prudente al tutor para que justifique la inversión del precio de la enajenación.

Cabe destacar que cuando la enajenación se haya permitido para cubrir con su producto algún objeto determinado. El juez señalará al tutor un plazo dentro del cual deberá acreditar que el producto de la enajenación se ha invertido en su objeto. Mientras que no se haga la inversión se observará lo dispuesto en la parte final del artículo 490, que señala que el precio de la venta se depositará en una institución de crédito, y la persona que ejerce la tutela no podrá disponer de él sin orden judicial.

Art. 725.- Para la venta de los inmuebles del hijo o de los muebles preciosos, requerirán, los que ejercen la patria potestad, la autorización judicial en los mismos términos señalados en el artículo 721. El incidente se substanciará con el Ministerio Público y con un tutor especial que, para el efecto, nombre el juez desde las primeras diligencias. La base de la primera almoneda, si es bien raíz, será el precio fijado por los peritos, y la postura legal no será menor de los dos tercios de ese precio.

Bajo las mismas condiciones podrán gravar los padres los bienes inmuebles de sus hijos o consentir la extinción de derechos reales.

Art. 726.- Para recibir dinero prestado en nombre del menor o incapacitado, necesita el tutor la conformidad del curador y la autorización judicial.

El artículo 629 del Código Civil de Guanajuato. menciona que sin autorización judicial no puede el tutor recibir dinero prestado en nombre del incapacitado, ya sea que se constituya o no hipoteca u otra garantía en el contrato.

Art. 727.- Lo dispuesto en los artículos que preceden se aplicará al gravamen y enajenación de los bienes de ausentes, así como a la transacción y arrendamiento por más de cinco años de bienes de ausentes, menores o incapacitados.

3.5 ADOPCIÓN.

Es imprescindible señalar que la adopción es un acto jurídico por el cual se confiere a uno o varios menores o incapacitados, aún cuando éstos sean mayores de edad, la posesión de estado de hijo del o de los adoptantes y a éstos los deberes inherentes a la relación de parentesco. (Artículo 446 Código Civil de Guanajuato.)

Es decir la adopción consiste en recibir como hijo, con los requisitos legales, al que no lo es por naturaleza.

Art. 728.- El que pretenda adoptar a alguna persona deberá acreditar las exigencias de los artículos 448 y 451 del Código Civil.

En la promoción inicial deberá manifestar el tipo de adopción que se promueva, el nombre, edad y domicilio del menor o incapacitado, y el nombre, edad y domicilio de quienes ejerzan sobre él la patria potestad o la tutela, así como, el nombre y domicilio de la institución de asistencia o beneficiencia que lo haya acogido.

En caso de querer variar el nombre del adoptado, en los terminos del artículo 462 del Código Civil se expresará en dicha promoción, el nuevo nombre que se pretende asignar.

Presentada la promoción y dentro de los tres días siguientes, se citara a quien ejerce la patria potestad o tutela sobre el menor o incapacitado, a fin de que otorgue su consentimiento en los terminos del artículo 452 del Código Civil, así como para que manifieste la situación jurídica del menor o incapacitado que se pretende adoptar.

Dentro del mismo plazo se señalará día y hora para que tenga verificativo el desahogo de la prueba testimonial, en que habrá de acreditarse la solvencia moral y económica así la reconocida probidad del o los adoptantes.

Cuando el menor hubiere sido acogido por una institución de asistencia o beneficencia, el adoptante recabará constancia del tiempo de la exposición o abandono para los efectos de la fracción IV del artículo 497 del Código Civil. Dicha fracción se refiere a cuando la patria potestad se pierde por el abandono que el padre o la madre hicieron de sus hijos, por más de tres meses.

Se solicitará a la Procuraduría en Materia de Asistencia Social haga las investigaciones correspondientes a efecto de constatar si la adopción solicitada por los adoptantes es benéfica para el menor o incapacitado, debiendo rendir un informe al juez en el término de tres días; en caso de no rendirlo se le tendrá por conforme con la adopción.

En caso de oposición se estará a lo dispuesto por el artículo 708 del Código de Procedimientos Civiles. El cual como ya sabemos establece que: Si a la solicitud promovida se opusiere parte legítima, se dará por concluida la jurisdicción voluntaria. Quedando a salvo los derechos del promovente para que los haga valer en la vía y forma que proceda.

Para explicar el artículo transcrito con anterioridad es preciso confirmar que tienen derecho a adoptar:

I. Las personas solteras mayores de veinticinco años, en pleno ejercicio de sus derechos;

II. Los cónyuges de común acuerdo, aunque solo uno de ellos cumpla el requisito de edad, y

III. El cónyuge puede adoptar al hijo del otro cónyuge habido fuera de matrimonio o en virtud de un vínculo matrimonial anterior. En este caso los vínculos consanguíneos del hijo que se adopta, no se destruyen.

En igualdad de circunstancias se preferirá a aquellas personas que ejerzan la custodia del menor o incapacitado en los términos de la fracción III del artículo 73. (Artículo 448 Código Civil de Guanajuato.)

De igual forma mencionaremos que los requisitos para adoptar son los siguientes:

- I. Tener el adoptante diecisiete años más que el adoptado;
- II. Ser benéfica la adopción para el adoptado;
- III. Tener el adoptante medios bastantes para proveer a la subsistencia, cuidado y educación del adoptado, y
- IV. Que el adoptante tenga buenas costumbres y reconocida probidad. (Artículo 451 Código Civil de Guanajuato.)

Asimismo, cabe mencionar que existen dos tipos de adopción:

1a. Adopción plena: Con la adopción plena, el adoptado se integra plenamente como miembro de la familia del adoptante, adquiriendo lazos de parentesco con

todos los parientes de éste, como si hubiera filiación consanguínea. Correlativamente se extinguirán todos los vínculos consanguíneos con la familia del adoptado, subsistiendo los impedimentos para contraer matrimonio. (Artículo 456 Código Civil de Guanajuato.); y,

2a. Adopción simple: Los derechos y obligaciones que nacen de la adopción simple, así como el parentesco que de ella resulta, se limitan al adoptante y al adoptado, excepto en lo relativo a los impedimentos de matrimonio, respecto de los cuales se observará lo dispuesto en el artículo 154. (Artículo 460 Código Civil de Guanajuato.).

El artículo 154 del Código Civil de Guanajuato dice: el adoptante no puede contraer matrimonio con el adoptado o sus descendientes, en tanto que dure el lazo jurídico resultante de la adopción.

De igual forma señalaremos que el adoptado podrá llevar los apellidos del adoptante, quién tendrá derecho a cambiar el nombre del adoptado, haciéndose las anotaciones correspondientes en el acta de adopción. Esto es en la adopción simple. (Artículo 462 Código Civil de Guanajuato.)

Y en la adopción plena, el adoptado llevará los apellidos del o de los adoptantes. (Artículo 457 Código Civil de Guanajuato.)

Además mencionaremos que para que la adopción pueda tener lugar deberán consentir en ella, en sus respectivos casos:

I. El que ejerza la patria potestad, y

II. Quien ejerza la tutela.

Si el menor que se va a adoptar tiene mas de catorce años, también se requiere su consentimiento para la adopción. (Artículo 452 Código Civil de Guanajuato.)

Art. 729.- Rendidas las justificaciones que se exigen en el artículo anterior, el Tribunal resolverá dentro del tercer día, debiendo remitir la resolución judicial y el duplicado del expediente relativo al Oficial del Registro Civil para los efectos correspondientes de los artículos 88, 458 y 464 del Código Civil.

Por lo que es importante señalar que ejecutoriada la resolución judicial que autorice la adopción, el adoptante dentro del plazo de quince días presentará ante el Oficial del Registro Civil, copia certificada de la misma, a efecto de que se asiente en el acta respectiva. El juez, en todo caso, enviará al Oficial del Registro Civil la copia mencionada, así como el duplicado del expediente relativo, para que se levante el acta de adopción y se anote en el acta de nacimiento. (Artículo 88 Código Civil de Guanajuato.)

Además, es indispensable mencionar que la resolución judicial que apruebe la adopción plena, contendrá la orden al Oficial del Registro Civil, para que cancele en

su caso el acta de nacimiento del adoptado, así como para que levante el acta de nacimiento en la que figuren como padres, el o los adoptantes; como hijo, el adoptado y como abuelos, los padres de aquél o aquéllos, y demás datos que se requieran conforme a la ley, sin hacer mención sobre la adopción.

El duplicado del expediente y la resolución judicial se guardarán en el apéndice del acta, quedando absolutamente prohibido dar información sobre ellos, salvo orden del juez competente. (Artículo 458 Código Civil de Guanajuato.)

El juez que apruebe la adopción remitirá el duplicado del expediente y la resolución judicial al Oficial del Registro Civil del lugar, para que levante el acta de adopción correspondiente. (Artículo 464 Código Civil de Guanajuato.)

Art. 730.- Cuando el adoptante y el adoptado pidan que la adopción sea revocada, el juez los citará a una audiencia verbal, para dentro de los tres días siguientes, en la que resolverá conforme a lo dispuesto en el Código Civil.

Si el adoptado fuere menor de edad, no se decretará la revocación sin recabar el consentimiento de quienes lo prestaron para la adopción y sin oír al representante del Ministerio Público.

Para acreditar cualquier hecho relativo a la conveniencia de la revocación, en los casos del artículo anterior, pueden rendirse toda clase de pruebas.

Es imprescindible establecer que la adopción simple puede revocarse:

I. Cuando las dos partes convengan en éllo, siempre que el adoptado sea mayor de edad. Si no lo fuere o se trate de un incapaz, es necesario que consientan en la revocación las personas que prestaron su consentimiento, conforme al artículo 452 del Código Civil, y

II. Por ingratitud del adoptante o el adoptado.(Artículo 464-B Código Civil de Guanajuato.)

En el caso de la fracción I del artículo anterior, el juez decretará que la adopción queda revocada si convencido de la espontaneidad con que se solicitó la revocación encuentra que ésta es conveniente para los intereses morales y materiales del adoptado. (Artículo 464-C Código Civil de Guanajuato.)

La resolución judicial que revoque la adopción deja sin efectos ésta, restituyendo la situación jurídica que guardaba antes de la adopción.(Artículo 464-G Código Civil de Guanajuato.)

La resolución que dicte el juez aprobando la revocación, se comunicará al Oficial del Registro Civil del lugar en que aquélla se hizo para que cancele el acta de adopción. (Artículo 464-H Código Civil de Guanajuato.)

Por último mencionaremos que la adopción plena es irrevocable cuando cause ejecutoria la sentencia que la pronuncie. (Artículo 459 Código Civil de Guanajuato.)

3.6 INFORMACIONES AD PERPÉTUAM.

Art. 731.- Las informaciones ad perpétuam podrán recibirse cuando no tenga interés más que el promovente y se traté:

- I. De justificar algún hecho o acreditar un derecho;
- II. De justificar la posesión como medio para acreditar el dominio pleno de un inmueble.

Al darse entrada a la promoción el juez ordenará: que se dé publicidad a la solicitud del promovente por medio de dos avisos que se publicarán en el Periodico Oficial del Gobierno del Estado, de ocho en ocho días, y en los lugares públicos y que se pida a cargo del promovente, un certificado del Registro Público, del último registro del inmueble de que se traté

La información se recibirá con citación del Ministerio Público y de los colindantes; los testigos deben ser por lo menos tres de notorio arraigo en el lugar de la ubicación de los bienes a que la información se refiere.

Estimada la prueba, en su caso, el juez hará la declaratoria que se menciona en el artículo 1252 del Código Civil y ordenará la protocolización.

III. Decomprobar la posesión de un derecho real.

En este supuesto, la información se recibirá con citación del propietario o de los demás partícipes del derecho real; y en el caso de la fracción I, con la del Ministerio Público.

El Ministerio Público y las personas con cuya citación se reciba la información, pueden tachar a los testigos por circunstancias que afecte su credibilidad.

Brevemente se puede mencionar que estas informaciones tienen por objeto llevar a cabo una averiguación de prueba destinada a justificar algún hecho o acreditar un derecho para que en lo sucesivo conste inequívocamente. Es decir su objeto consiste en hacer constar de una manera permanente, ciertos hechos que pudieran desaparecer u olvidarse en el transcurso del tiempo.

Para que puedan practicarse las informaciones para perpetua memoria es indispensable que los hechos que pretendan documentarse no sean susceptibles de causar perjuicios a persona determinada.

Dichas informaciones se hacen constar mediante la intervención judicial, se trata de que la documentación del testimonio sea lo más perfecta posible.

El juez recibe la solicitud, decreta providencias de trámite, manifiesta haberse desenvuelto el procedimiento con regularidad y expide las constancias documentales que requiera el interesado.

Por derecho real se entienden, el de carácter privado que atribuye un poder de inmediata dominación sobre la cosa frente a cualquier persona.

La posesión es el poder que se ejerce sobre una cosa mediante actos que corresponden al ejercicio de la propiedad. La posesión de un derecho consiste en gozar de él.

Para que se pueda acreditar la posesión tiene que ser pacífica, pública y continua.

Es imprescindible manifestar que el artículo 1252 del Código Civil textualmente dice: El que húbiera poseído bienes inmuebles por el tiempo y con las condiciones exigidas por este código para adquirirlos por prescripción, puede promover juicio contra el que aparezca como propietario de esos bienes en el Registro Público de la Propiedad a fin de que se declare que la prescripción se ha consumado y que ha adquirido, por ende, la propiedad.

Comprobada debidamente la posesión, el juez declarará que el poseedor se ha convertido en propietario en virtud de la prescripción y tal declaración se tendrá

como título de propiedad y será inscrito en el Registro Público previa su protocolización.

Cuando no se esté en el caso de deducir la acción que se menciona en el párrafo primero, por no estar inscrita en el Registro, la propiedad de los bienes en favor de persona alguna, se podrá demostrar ante el juez competente, que se ha tenido la posesión, rindiendo la información respectiva en los términos que establezca el Código de Procedimientos Civiles.

Es preciso aclarar que la prescripción es un medio de adquirir bienes o de librarse de obligaciones, mediante el transcurso de cierto tiempo y bajo las condiciones establecidas por la ley. La adquisición de bienes en virtud de la posesión se llama prescripción positiva.

Se entienden por título la causa generadora de la posesión. Por justo título se entienden el acto jurídico adquisitiva de la posesión en concepto de dueño.

Art. 732.- El juez está obligado a ampliar el examen de los testigos con las preguntas que estime pertinentes para asegurarse de la veracidad de su dicho.

Art. 733.- Si los testigos no fueren conocidos del juez o del secretario, la parte deberá presentar dos que abonen a cada uno de los presentados.

Art. 734.- En el caso de la fracción II del artículo 731 si el promovente demuestra que ha tenido la posesión del inmueble, con los requisitos que exige el Código Civil para adquirirlo por prescripción, el juez dictará resolución en tal sentido; pero dicha resolución no surtirá efectos contra persona ajena al procedimiento, ni la información testimonial rendida en jurisdicción voluntaria podrá ser estimada como tal en juicio contradictorio.

En los casos de las fracciones I y III del precepto legal mencionado, el juez dictará resolución declarando acreditando o no el hecho o el derecho materia de la información, o por comprobada o no la posesión de un derecho real con las salvedades apuntadas en el párrafo anterior.

Las informaciones en que haya recaído resolución favorable al promovente, se mandarón protocolizar en el protocolo que aquél designe.

Es vitalmente importante señalar que la posesión para prescribir según artículo 1246 del Código Civil de Guanajuato. debe ser:

I. Civil en los términos de la parte fina del artículo 1039 del Código Civil, el cual manifiesta que él que posee una cosa a título de propietario tiene una posesión civil;

II. Pacífica;

III. Contínua, y

IV. Pública.

La posesión pacífica es la que se adquiere sin violencia.

La posesión continua es la que no se ha interrumpido por alguno de los medios enumeradas en el artículo 1265 del Código Civil, que dice, la prescripción se interrumpe: I. Si el poseedor es privado de la posesión de la cosa o del goce del derecho por más de un año; II. Por demanda o cualquier otro género de interpelación judicial notificada al poseedor o al deudor en su caso. Se considerará la prescripción como no interrumpida por la interpelación judicial, si el actor desistiese de ella, o fuese desestimada su demanda, y III. Porque la persona a cuyo favor corre la prescripción reconozca expresamente, de palabra o por escrito o tácitamente por hechos indudables, el derecho de la persona contra quien prescribe.

La posesión pública es la que se disfruta de manera que pueda ser conocido de todos; también lo es la que está inscrita en el Registro Público de la Propiedad.

Además, señalaremos que con los requisitos a que se refiere el artículo 1246 del Código Civil los bienes inmuebles se prescriben: I. En cinco años cuando se poseen con justo título y con Buena fe, y II. En diez años cuando se poseen con justo título y de mala fe.

Es poseedor de buena fe el que tiene o fundamente cree tener título bastante para darle derecho a poseer.

Es poseedor de mala fe el que entra a la posesión y posee sabiendo que no tiene título alguno para poseer, el que sin fundamento cree que lo tiene y el que sabe que su título es insuficiente o vicioso.

Los bienes inmuebles prescribirán también en veinte años aun cuando la posesión sea sin justo título y de mala fe, siempre que sea civil, pacífica, continua y pública. No operará esta causa de prescripción si el hecho que dio origen a la posesión, hubiere sido declarado delito por sentencia ejecutoria (Artículo 1248 Código Civil de Guanajuato).

Art. 735.- En ningún caso se admitirán, en jurisdicción voluntaria, informaciones de testigos sobre hechos que fueren material de un juicio comenzado.

3.7 APEO Y DESLINDE.

Art. 736.- El apeo o deslinde tiene lugar siempre que no se hayan fijado los límites que separan un predio de otro u otros, o que, habiéndose fijado, hay motivo fundado para creer que no son exactos, ya porque naturalmente se hayan confundido, ora porque se hayan destruido las señales que los marcaban, o porque éstas se hayan colocado en lugar distinto del primitivo.

Se entiende por apeo la operación de medir el terreno que va a deslindarse; es el deslinde mismo. Se considera que esta diligencia se compone de tres partes: el

apeo, osea, el reconocimiento del lugar, luego su deslinde, por medición o de acuerdo con los datos que arrojen los planos que se hayan exhibido o el dicho de los testigos o peritos que intervengan en la diligencia y finalmente el amojonamiento, esto es, la puesta de señales que fijen los linderos o límites de la heredad. Así pues el deslinde consiste en señalar y distinguir los términos de un lugar.

Mientras se realice el deslinde estando de acuerdo los interesados, es decir sino existe cuestión entre los colindantes, se encuentra dentro de un procedimiento voluntario, pero cuando haya oposición entre los colindantes o interesados sería ya un asunto contencioso.

Art. 737.- Tiene derecho para promover el apeo:

- I. El propietario;
- II. El poseedor con título bastante para transferir el dominio;
- III. El usufructuario.

Art. 738.- La petición de apeo deberá hacerse ante un tribunal o notario público, y en ella se expresarán:

- I. El nombre y ubicación de la finca que debe deslindarse;
- II. La parte o partes en que el acto debe ejecutarse;
- III. Los nombres de los colindantes que puedan tener interés en el apeo;

IV. El sitio donde están y donde deben colocarse las señales, y, si éstas no existen, el lugar donde estuvieron;

V. Los planos y demás documentos que vengan a servir para la diligencia, y designación de un perito por parte del promovente.

Art. 739.- Hecha la promoción, el juez o el notario público, mandará hacerla saber a los colindantes para que, dentro de tres días, presenten los títulos o documentos de su posesión y nombren perito, si quieren hacerlo, y señalará el día, hora y lugar para que dé principio la diligencia de deslinde.

Si fuere necesario identificar alguno o algunos de los puntos de deslinde, los interesados podrán presentar dos testigos de identificación, cada uno, a la hora de la diligencia.

Art. 740.- El día y hora señalados, el juez y el secretario, o el notario público, se harán acompañar de peritos, testigos de identificación e interesados, que asistan al lugar designado para dar principio a la diligencia y procederán conforme a las reglas siguientes:

I. Practicará el apeo, asentándose acta en que constarán todas las observaciones que hicieren los interesados;

II. La diligencia no se suspenderá por virtud de las observaciones, sino en el caso de que alguna persona presente, en el acto, un documento debidamente registrado que pruebe que el terreno que se trata de deslindar es de su propiedad;

III. El juez o el notario público al ir demarcando los límites del fundo deslindado, otorgará posesión al promovente del predio que quede comprendido dentro de ellos, si ninguno de los colindantes se opusiere, o mandará que se le mantenga en la que esté disfrutando;

IV. Si hay oposición de alguno de los colindantes respecto a un punto determinado, por considerar que, conforme a sus títulos, queda comprendido dentro de los límites de su propiedad, el tribunal o el notario público oirá a los testigos de identificación y a los peritos, e invitará a los interesados a que se pongan de acuerdo. Si esto se lograre, se hará constar y se otorgará la posesión según su sentido. Si no se lograre el acuerdo, se abstendrá el juez o el notario público de hacer declaración alguna en cuanto a la posesión, respetando en ella a quien la disfrute, y mandará reservar sus derechos a los interesados, para que los hagan valer en el juicio correpondiente; y

V. El juez o el notario público mandará que se fijen las señales convenientes en los puntos deslindados, las que quedarán como límites legales.

El notario público en la práctica de las diligencias, observará el procedimiento conducente, pero si llegare a apreciar la existencia de algún hecho que pueda ser controversial o que genere un litigio, remitirá inmediatamente el expediente al juez competente.

Los puntos respecto a los cuales hubiere oposición, no quedarán deslindados ni se fijará en ellos señal alguna, mientras no haya sentencia ejecutoria que resuelva la cuestión dictada en el juicio correspondiente.

Art. 741.- Los gastos generales del apeo se harán por el que lo promueva. Los que importen la intervención de los peritos que designen y de los testigos que presenten los colindantes, serán pagados por el que nombre a los unos o presente a los otros.

Como podemos observar la petición de apeo y deslinde ya se puede hacerse también ante notario público, como queda expreso en los artículos anteriores.

3.8 DISPOSICIONES RELATIVAS A OTROS ACTOS DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA.

Art. 742. Se tramitará en la forma de incidente, que en todo caso habrá de seguirse con el Ministerio Público:

I. La autorización judicial que soliciten los emancipados por razón del matrimonio para enajenar o grabar bienes raíces o para comparecer en juicio; en este último caso se les nombrará un tutor especial;

II. La calificación de la excusa de la patria potestad, en los casos a que se refiere el Código Civil;

En cuanto al primer supuesto, cabe mencionar que el matrimonio del menor de dieciocho años produce de derecho la emancipación. Aunque el matrimonio se disuelva, el cónyuge emancipado, que sea menor no recaerá en la patria potestad.

El emancipado tiene la libre administración de sus bienes, pero siempre necesita durante su menor edad: 1o. De la autorización judicial para la enajenación, gravamen o hipoteca de bienes raíces, y 2o. De un tutor para negocios judiciales.

El último de los casos nos establece que también se tramitará en forma de incidente la excusa de la patria potestad. Por lo que cabe señalar que la patria potestad no es renunciable por el padre ni por la madre. Los únicos que podrán excusarse de ejercerla son los abuelos cuando tengan sesenta años cumplidos o cuando por el mal estado habitual de su salud no puedan atender debidamente a su desempeño.

Art. 743.- Podrá decretarse el depósito de menores o incapacitados que se hallen sujetos a la patria potestad o a tutela y que fueren maltratados por sus padres o tutores o reciban de estos ejemplos perniciosos, a juicio del juez, o sean obligados por ellos a cometer actos reprobados por las leyes, y de huérfanos o incapacitados que queden en abandono por la muerte, ausencia o incapacidad física de la persona a cuyo cargo estuvieren.

La mujer menor de edad que, deseando contraer matrimonio, necesite acudir a la autoridad competente para suplir el consentimiento de sus padres, puede solicitar su depósito.

En ambos casos no son necesarias formalidades de ninguna clase, asentándose solamente en una o más actas las diligencias del día.

Art. 744.- Los actos de jurisdicción voluntaria que no estén especialmente reglamentados, se sujetarán a las disposiciones del Capítulo I de este Título.

CAPÍTULO IV

COMPARACIÓN ENTRE LA TRAMITACIÓN DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA REGIDA EN EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES DE JALISCO Y LA DE NUESTRO ORDENAMIENTO.

Acontinuación analizaremos de manera muy breve la tramitación de la jurisdicción voluntaria regida en el Código de Procedimientos Civiles del estado de Jalisco, regulada dentro del título Décimotercero, abarcando los artículos del 954 al 1064, asimismo haremos una breve comparación con la jurisdicción voluntaria regida en nuestro Código de Procedimientos Civiles. Ya que en el Estado de Jalisco los asuntos no contenciosos pueden ser trámitados por los interesados ante el juez o ante el notario público que éste designe como su auxiliar. Y se pretende lograr que en nuestro ordenamiento todos los asuntos de jurisdicción voluntaria, además del apeo y deslinde puedan ser también tramitados por los interesados ante notario público.

4.1 DISPOSICIONES GENERALES.

Art. 954.- La jurisdicción voluntaria comprende todos los actos en que, por disposición de la ley o por solicitud de los interesados, se requiere la intervención del juez o del notario público que aquél designe como su auxiliar quien para ese efecto tendrá las mismas facultades que al juez le confiere la ley, sin que se haya

promovido ni se promueva cuestión alguna entre partes determinadas, exceptuándose los actos de posesión en los que solo intervendrá el juez o el auxiliar autorizado, cuando así lo exija la ejecución de una sentencia o en los demás casos en que la ley expresamente lo autorice o disponga.

Como podemos observar en el precepto anterior a diferencia de nuestra Ley Adjetiva Civil, en el estado de Jalisco todos los asuntos de jurisdicción voluntaria ya pueden ser competencia del notario público, siempre y cuando éste sea designado por el juez como su auxiliar, el notario releva al juez en los asuntos no contenciosos, en tal forma que éste se vea más desahogado en sus labores. Para tal efecto el notario tendrá las mismas facultades que la ley le otorga al juez.

Art. 955.- Las resoluciones de jurisdicción voluntaria se formularán por escrito ante los jueces de primera instancia, salvo los casos en que la ley disponga otra cosa.

Cuando se realice la solicitud por una institución oficial, dedicada a la protección de la familia o a la asistencia pública, se presumirán como ciertos, salvo prueba en contrario, los dictámenes y documentos por ellas elaborados y que se acompañen a la misma.

Art. 955 bis.- En su escrito inicial la parte interesada podrá solicitar y el juez, si la naturaleza del acto lo permite, deberá autorizar como su auxiliar, para el desahogo de trámites y diligencias previstas en este título, la intervención de un

notario público, con facultades para actuar conforme a la ley del notariado en el lugar donde deban practicarse.

No se proveerá la solicitud hecha en el sentido antes indicado si en el escrito respectivo no se contiene la designación con su nombre, apellidos, número y lugar de adscripción del notario público; si éste es titular, suplente o asociado, el domicilio de su oficina notarial, y la constancia de aceptación al cargo de auxiliar, debidamente autorizada con su firma y sello.

El notario público, el interesado y los demás intervinientes, en todo caso, deben observar las disposiciones generales y las especiales establecidas en este título y en especial la contenida en el artículo 959. Una vez concluidos o agotados los trámites o transcurrido un mes sin que el promovente demuestre su interés en agotar los mismos, el notario público protocolizará el acta o las actas que hubiere levantado para el desahogo de los citados trámites encomendados, las que hará constar en pliegos sueltos, que deberán expresar lugar, día, mes y año en que se realizó la actuación notarial, hora de inicio y conclusión de la misma y deberá ser firmada por el notario y personas que intervengan en el acta correspondiente, o en su defecto levantará constancia de que estos últimos se negaron o no quisieron hacerlo o de la existencia de algún impedimento para ello. Las actas se insertarán íntegramente en el testimonio que se expida para el juzgado que previno del conocimiento de las diligencias, o se relacionarán en dicho testimonio, anexándose copia certificada de las mismas.

El testimonio deberá expedirse dentro de los quince días siguientes a declarar agotados los trámites correspondientes y presentarse en forma directa por el notario o a través del solicitante al juzgado, el que al recibirlo ordenará se agregue al expediente correspondiente.

Los honorarios del notario serán cubiertos por quien solicitó su nombramiento e intervención, y aquél no tendrá obligación de expedir y remitir el testimonio respectivo hasta que no estén satisfechos los mismos.

Los artículos 956, 957, 959, 960 y 961 del Código de Procedimientos Civiles de Jalisco, establecen lo mismo que nuestro Código de Procedimientos Civiles en sus artículos 706, 707, 708. 709 y 710 respectivamente.

Siguiendo con el ordenamiento de Jalisco los siguientes artículos establecen:

Art. 958.- Se admitirán cualesquier documentos que se presenten e igualmente las justificaciones que se ofrecieren sin necesidad de citación ni de ninguna otra solemnidad.

Art. 963.- Los actos de jurisdicción voluntaria de que no se hiciere mención en este código, se sujetarán a lo dispuesto en este capítulo.

Art. 964.- Los actos de que tratan los capítulos siguientes se sujetarán a las reglas que en ellos se establecen y a las contenidas en el presente, en cuanto no se opongan a lo establecido en sus respectivos capítulos.

4.2 DECLARACIÓN DE ESTADO; NOMBRAMIENTO DE TUTORES Y CURADORES, DISCERNIMIENTO DE ESTOS CARGOS Y CUENTAS DE LA TUTELA.

Art. 965.- La declaración de estado de minoridad puede pedirse:

- I. Por el mismo menor que ha cumplido catorce años;
- II. Por su cónyuge;
- III. Por sus presuntos herederos legítimos;
- IV. Por el ejecutor testamentario; y
- V. Por el Ministerio público y los consejos de familia.

Como podemos observar el artículo mencionado anteriormente establece lo mismo que el artículo 711 de nuestro ordenamiento, excepto que nuestro precepto legal establece que para que el menor pueda pedir la declaración de estado de minoridad es necesario que éste haya cumplido diez y seis años. Además el ordenamiento de Jalisco señala que también puede pedirse por el ejecutor del testamento.

El artículo 966 del ordenamiento de Jalisco manifiesta lo mismo que nuestro Código de Procedimientos Civiles en su artículo 712.

Art. 967.- La declaración de incapacidad por causa de demencia, idiotismo, imbecilidad, embriaguez habitual o toxicomanía, podrá pedirse:

- I. Por el cónyuge;
- II. Por los presuntos herederos legítimos;
- III. Por el ejecutor testamentario;
- IV. Por el Ministerio público, que en todo caso sera oído; y
- V. Por el consejo de familias.

Art. 968.- En los casos del artículo anterior, presentada la solicitud de interdicción el tribunal proveerá auto que, dentro de los tres días siguientes, sea reconocido el incapacitado por tres medicos que nombrará; la diligencia de reconocido se practicará en presencial del tribunal, del Ministerio público y de la persona que solicitó la interdicción, levantándose acta en que conste el resultado.

Art. 969.- Si del dictamen pericial resultare comprobada la demencia o por lo menos duda fundada acerca de la incapacidad de la persona cuya interdicción se pide, el tribunal dictará las siguientes medidas:

I. Nombrará tutor y curador interinos, sujetándose a las disposiciones de este capítulo, pero sin que pueda ser nombrada la persona que haya promovido la interdicción;

II. Pondrá los bienes del presunto incapacitado bajo la administración del tutor interino, y los de la copropiedad, si los hubiere, bajo la administración del otro cónyuge; y

III. Proveerá legalmente a la patria potestad o tutela de las personas que tuviere bajo su guarda el presunto incapacitado.

Del auto en que se dicten esas providencias no procederá apelación sino en el efecto devolutivo.

Art. 970.- Dictadas las providencias que establece el artículo anterior y previo nuevo reconocimiento del presunto incapacitado, que deberá practicarse como se dispone en el artículo 968, dentro de un término que en ningún caso excederá de cuarenta días, el juez dictará a junta en la cual, si estuvieren conformes el tutor y el Ministerio público, dictará su resolución declarando o no el estado de interdicción, según el sentido en que hayan emitido su dictamen la mayoría de los peritos. Si hubiere oposición se sustanciará el respectivo juicio ordinario entre el que pide la interdicción y el opositor u opositores. En el juicio sera oído el presunto incapacitado si lo pidiere y durante la terminación subsistirán las medidas decretadas conforme al artículo 969.

Art. 971.- En todo procedimiento, para declarar la interdicción se observarán las siguientes reglas:

I. Mientras no se pronuncie sentencia irrevocable, la tutela interina debe limitarse a los actos de mera protección a la persona y conservación de los bienes del incapacitado. Si ocurriere urgente necesidad de otros actos, el tutor interino podrá obrar prudentemente previa autorización judicial;

II. El estado de demencia puede probarse por testigos o documentos; pero en todo caso se requiere certificación de tres médicos, por lo menos, que nombrará el juez, sin perjuicio de la prueba pericial que las partes promuevan. El tutor puede nombrar un médico para que tome parte en el reconocimiento o reconocimientos que se practiquen, y se oiga su dictamen;

III. El que promueva dolosamente la interdicción incurrirá en las penas que la ley impone por falsedad y calumnia y, sin perjuicios de la responsabilidad civil en que incurra, deberá pagar una multa hasta por el importe de ciento ochenta días, a favor del erario estatal;

IV. Luego que cause ejecutoria la sentencia de interdicción, el juez llamará al ejercicio de la tutela a las personas a quienes corresponda conforme a la ley, o hará el nombramiento de tutor en los casos que para ello esté legalmente facultado. Cuando el cargo de tutor definitivo deba recaer en el tutor interino, bastará confirmar el nombramiento anterior; lo mismo se observará para el nombramiento del curador definitivo.

Art. 972.- El procedimiento que tenga por objeto hacer cesar la interdicción, se seguirá en todo caso como el que la declaró, observándose en lo conducente las disposiciones de los artículos anteriores.

Art. 973.- La declaración del estado de los sordomudos se hará mediante el dictamen unánime de tres facultativos que reconozcan al incapaz, en presencia del juez y del Ministerio público.

Art. 974.- Las sentencias que declaren la interdicción y las que le pongan término, se publicarán en el Periódico Oficial y en el diario de mayor circulación en el estado, a juicio del juez, por tres veces de tres en tres días.

El artículo 975 del reglamento de Jalisco señala lo mismo que nuestro régimen en su artículo 711 primer párrafo.

Art. 976.- Acreditado el nombramiento del tutor hecho por el que ejerce la patria potestad, en última disposición, se discernirá el cargo por el juez sin exigir fianza al nombrarlo, si se le hubiere dispensado de ella, salvo que con posterioridad a su nombramiento haya sobrevenido causa ignorada por el testador que, a juicio del juez haga necesaria aquélla.

Art. 977.- No habiendo relevación de garantía se exigirá ésta proporcionada al caudal que haya de administrarse y con entera sujeción a lo prescrito en el Código Civil.

Art. 978.- Si el que no está en el ejercicio de la patria potestad nombra tutor con arreglo a lo dispuesto en el capítulo de la tutela testamentaria en el Código Civil, se discernirá el cargo con relevo de garantía, si así lo hubiere dispuesto el testador en cuanto al caudal que deje. Lo dispuesto en este artículo se entenderá sin perjuicios de lo previsto en el artículo 976 de este código.

Art. 979.- Siempre que corresponda al juez el nombramiento de tutor, deberá recibir información sumaria de estar el menor en alguno de los casos que conforme al código civil tiene lugar la tutela dativa, y convocará por edictos publicados por dos veces en el boletín judicial, o en el periódico oficial del estado, así como en un diario de los de mayor circulación, a juicio del juez, a los parientes del incapacitado a quienes pueda corresponder la tutela legítima.

Art. 980.- Cuando expire el término de los edictos sin que se presente algún pariente del incapacitado, se procederá al nombramiento de tutor dativo. Se hará lo mismo en casos de suma urgencia, aun cuando no haya concluido dicho término.

Los artículos 981, 982 y 984 del reglamento de Jalisco establecen lo mismo que nuestro Código de Procedimientos Civiles en sus artículos 714, 715 y 713 respectivamente.

Art. 983.- Si sobre el nombramiento de un tutor se empeñare cuestión, se sustanciará ésta en la vía sumaria y en el pleito que se siga representará al menor un tutor interino, que el juez nombrará para este solo efecto.

Art. 985.- El importe de la garantía se determinará con audiencia del Ministerio público.

Art. 986.- También se dará audiencia al Ministerio público para la apreciación y aprobación de la garantía que se otorgue.

Art. 987.- Para facilitar y asegurar el otorgamiento de la garantía, los jueces nombrarán desde luego curador en los casos en que conforme al código civil les corresponda hacer el nombramiento, o conformirán el que haya hecho el autor de la herencia, o el menor en su caso.

Art. 988.- El tutor interino que en estos casos deba nombrarse conforme al código civil, presentará dentro del término que designe el juez y con presencia de los datos que existan en los libros de la testamentaría o del intestado, un cómputo aproximado de la cuantía de los bienes, productos y rentas, cuya administración y manejo deba garantizar con arreglo al referido código.

Art. 989.- De este cómputo se dará traslado al Ministerio público y en vista de su respuesta se determinará el otorgamiento de la garantía.

Art. 990.- Previa la aceptación del tutor designado y la presentación de la garantía en la forma que queda prevenida, se le discernirá el cargo, proveyendo auto en que se le faculte para ejercerlo con sujeción a la ley. De este auto se le darán los testimonios que pidiere para acreditar su personalidad.

Art. 991.- No se exigirá fianza a los tutores interinos cuando no tengan administración de bienes.

Art. 992.- En todo caso en que se nombre al menor, tutor interino, se le designará curador con el mismo carácter, si no lo tuviere definitivo, o si teniéndolo se halla impedido.

Art. 993.- La oposición de interés entre los sujetos a patria potestad y los que la ejerzan o entre los incapaces sujetos a la misma tutela, se calificará siempre con audiencia del Ministerio público y sólo que éste pida de conformidad, se nombrará el tutor interino.

Art. 994.- En todo auto de discernimiento del cargo de tutor, deberá el juez expresar el tanto por ciento que como retribución le corresponda al nombrarlo, o la pensión o legado que por el desempeño de su encarga le hubiese asignado el autor de la herencia.

Art. 995.- Los autos de nombramiento de tutor y de discernimiento del cargo se comunicarán al Oficial del Registro Civil para que levante el acta respectiva, se

publicarán por dos veces, de tres en tres días, en el boletín judicial o en el Periódico Oficial del Estado y en el diario de mayor circulación a juicio del juez.

Art. 996.- Si al diferirse la tutela se encontrare el incapaz fuera de su domicilio del juez de primera instancia y en su falta el juez menor o el de paz de la población en que se hallare, hará inventariar y depositar los bienes muebles que el incapaz tenga en su poder y lo avisará inmediatamente al juez del domicilio, remitiéndole testimonio de estas diligencias.

Art. 997.- Esta misma obligación tendrá en el caso de quedar vacante la tutela por cualquier causa.

Art. 998.- De las resoluciones que se dicten conforme a los dos artículos anteriores no se admitirá apelación más que en el efecto devolutivo.

Art. 999.- El Ministerio público será oído siempre que el juez deba interponer su autoridad en los negocios relativos a tutela, sean de la clase que fueren.

Art. 1000.- Una vez acreditado el nombramiento de curador, hecho por la persona facultada para ello por la ley u otorgado por el juez en los casos en que deba hacerlo, se hará saber la designación al nombrado y se procederá a discernirle el cargo, observándose en lo conducente las disposiciones de la sección anterior.

Art. 1001.- En los juzgados de primera instancia, bajo el cuidado y responsabilidad del juez, se llevará un registro de los discernimientos que se hicieron de los cargos de tutor y de curador. En este registro, que estará siempre a disposición del consejo de familias y demás interesados, se insertará copia autorizada por el secretario, de los autos de discernimiento y se anotarán los demás actos que afecten el desempeño de la tutela.

Como podemos ver el artículo mencionado con anterioridad sostiene lo mismo que el artículo 716 en su primer párrafo de nuestro mandato.

El artículo 1002 del ordenamiento de Jalisco de igual forma señala lo mismo que nuestro Código Procesal Civil en su artículo 717.

Art. 1003.- Los tutores al rendir sus cuentas deberán hacer una exposición sucinta que comprenda la administración de los bienes en el periódico a que se refieran, y listarán por riguroso debe y haber los ingresos y egresos precisando el saldo y presentarán los documentos justificativos, a excepción de los de aquellas partidas que no excedan de cinco pesos.

Se tendrán como justificativos:

- I. La autorización para hacer el gasto contenido en cada partida, sea la general dada al principio de la administración, sea la especial posterior; y
- II. El documento que pruebe que realmente se hizo el gasto.

Art. 1004.- Cuando fueren muchos los libros y documentos que deban cotejarse, bastará que se presente la cuenta en extracto si estuvieren conformes el curador y el Ministerio público, quienes tendrán derecho de examinar por sí mismos los libros originales; el juez podrá cuando alguno de ellos lo pida, nombrar un perito que glose la cuenta.

Art. 1005.- El tutor cuyo cargo haya concluído puede, al hacer la entrega de los bienes, retener los documentos para formar su cuenta previo consentimiento del curador o del pupilo, si salió ya éste de la menor edad y autorización judicial, a fin de presentarlos con ella.

Art. 1006.- Presentada la cuenta en los términos que quedan establecidos, mandará el juez correr traslado de ella al curador y al Ministerio público, por un término que no podrá exceder en ningún caso de diez días para cada uno de ellos.

Art. 1007.- Si al presentar la cuenta el tutor, la suscribe también el curador, no se correrá a éste el traslado que proviene el artículo precedente, pero se exigirá la ratificación de las firmas y sólo se entenderá el traslado con el Ministerio público.

Art. 1008.- Si ni el Ministerio público ni el curador hacen observaciones, el juez dictará dentro de diez días su auto de aprobación, salvo que del examen que por sí mismo verifique resulte que deben hacerse algunas rectificaciones o aclaraciones, las que mandará se practiquen en un término prudente.

Art. 1009.- Si el curador o el Ministerio público hacen observaciones relativas sólo a la forma de la cuenta, la mandará el juez enmendar o reponer en un plazo que no excederá de cinco días.

Art. 1010.- Si se hacen observaciones relativas al fondo de la cuenta o se objetan de falsas o de no justificadas algunas partidas, se sustanciará la oposición en sumarla.

Art. 1011.- El Ministerio público y el curador podrán apelar de la resolución que apruebe las cuentas, si las hubieren impugnado; los mismos y el tutor podrán apelar de la que las desapruebe.

El artículo 1012 del Código de Procedimientos Civiles de Jalisco establece lo mismo que el artículo 719 de nuestro ordenamiento.

Art. 1013.- En todos los casos en que el tutor necesita para algún acto de la licencia del juez o de su aprobación, se requerirá la previa audiencia del curador, con el cual, en caso de oposición, se substanciará juicio ordinario. En este juicio se decidirá solamente la diferencia entre el tutor y el curador y no se admitirá, ni de las sentencias definitivas ni de las interlocutorias, recurso alguno. De la denegación de la licencia que haya pedido el tutor con aprobación del curador, se admitirán los recursos que correspondan según derecho, a los negocios de mayor interés.

4.3 DISPOSICIÓN DE BIENES DE MENORES, INCAPACITADOS Y AUSENTES Y TRANSACCIÓN SOBRE SUS DERECHOS.

Lo que establecen los artículos 1014, 1015, 1016, 1017 y 1018 del ordenamiento de Jalisco establecen lo mismo que nuestro precepto legal en sus artículos 720, 721, 722, 723 y 724 respectivamente.

Art. 1019.- El juez cuidará, bajo su responsabilidad, de que se dé al precio que se haya obtenido la aplicación indicada al solicitar la autorización.

Art. 1020.- Si el tutor no estuviese relevado de dar garantía y faltare ésta o no fuere suficiente la que hubiere dado, el precio se depositará conforme al artículo 528.

Los artículos 1021 y 1022 del Código de Procedimientos Civiles de Jalisco ordenan lo mismo que nuestro Código Procesal Civil en sus artículos 725 y 726 respectivamente.

Art. 1023.- Para transigir sobre derechos de menores o incapacitados, deberán observarse en lo relativo las disposiciones de los artículos anteriores, teniendo presente que la autorización deberá recaer sobre las bases de la transacción propuesta.

Art. 1024.- Cuando en virtud de la transacción reciba el menor alguna cantidad, se observará lo dispuesto en este capítulo.

El artículo 1025 del ordenamiento de Jalisco señala lo mismo que nuestro mandato en su artículo 727.

Art. 1026.- Cuando se trata de enajenar, graver o hipotecar a título oneroso, bienes que pertenezcan al incapacitado como copropietario, se comenzará por mandar justipreciar dichos bienes para fijar con toda precisión su valor y la parte que en ellos represente el incapacitado, a fin de que el juez resuelva si conviene o no que se dividan materialmente dichos bienes para que aquél reciba en plena propiedad su porción; o si, por el contrario, es conveniente la enajenación, gravamen o hipoteca fijando en este caso las condiciones y seguridades con que debe hacerse; pudiendo, si lo estimare conveniente, dispensar la almoneda siempre que consientan en ello el tutor y el curador.

4.4 ADOPCIÓN.

Art. 1027.- El que pretenda adoptar a alguna persona deberá acreditar los requisitos establecidos en el Código Civil según se traté de adopción plena o adopción simple.

En la promoción inicial deberá manifestarse: el nombre y edad del menor o incapacitado, el nombre y domicilio de quienes ejercen sobre él la patria potestad

o la tutela y, en su caso, el de la persona o institución de beneficencia que lo tenga acogido.

Como podemos observar el artículo 1027 del ordenamiento de Jalisco manifiesta lo mismo que nuestro ordenamiento en su artículo 728, pero únicamente en sus dos primeros párrafos, ya que nuestro mandato ha sido modificado.

Art. 1028.- Rendidas las justificaciones que se exigen en el artículo anterior y obtenidos el consentimiento de las personas que deban darlo conforme al capítulo de adopción del Código Civil, el tribunal resolverá dentro del tercer día.

El artículo 1029 del mandato de Jalisco señala lo mismo que nuestro ordenamiento en su artículo 730.

Art. 1031.- Cuando se apruebe la adopción o se deje sin efecto, el juez remitirá copias de la resolución respectiva al oficial del Registro Civil para que levante el acta correspondiente o para que cancele el acta de adopción si fue revocación.

4.5 EXCUSA Y PÉRDIDA DE LA PATRIA POTESTAD Y LA EMANCIPACIÓN.

El matrimonio del menor de dieciocho años produce de derecho la emancipación. Aunque el matrimonio se disuelva el cónyuge emancipado, que sea menor de edad no recaer en la patria potestad.

Se entiende por patria potestad la relación de derechos y obligaciones que recíprocamente tienen el padre y la madre con los hijos no emancipados.

Art. 1032.- La renuncia o excusa de la patria potestad se presentarán por escrito ante el juez del domicilio del menor expresando los motivos en que se funden, y si hay otro ascendiente en quien deba recaer aquellá o si el menor tiene otros parientes a quienes corresponda la tutela legítima.

Se puede decir que este artículo tiene relación con el artículo 742, fracción II de nuestro mandato.

Cabe destacar que la patria potestad se pierde: 1o. Cuando quién la ejerce comete un delito internacional que afecte al menor o a su patrimonio, es igual en los dos Estados; 2o. Cuando el que la ejerce abandone por más de un día a su descendiente, esto en el estado de Jalisco, pero en Guanajuato es cuando el padre o la madre los abandone por más de seis meses; 3o. En los casos de divorcio cuando así se establezca, es igual en ambos Estados; 4o. Por malas costumbres de quienes la ejerzan, malos maltratos o malos tratamientos o abandono de sus deberes que pudieran afectar la salud, seguridad o moralidad de los hijos, también para los dos Estados es igual; 5o. Cuando el que la ejerce es condenado expresamente a su pérdida, es igual en los dos Estados. En Guanajuato existe una razón más por la que se pueda perder la patria potestad, ésta es cuando el que ejerza la patria potestad viva en concubinato a menos que se trate de hijos nacidos en éste.

En los dos Estados podrán excusarse de ejercer la patria potestad los abuelos que hayan cumplido sesenta años de edad y cuando por el mal estado habitual de su salud no puedan atender debidamente su desempeño.

Art. 1033.- El juez admitirá la excusa si la encuentra debidamente fundada y mandará requerir al ascendiente para que se encargue del menor; en su defecto requerirá la intervención del ministerio público para la designación del tutor y curador que corresponda, cuando no lo hicieren las personas a quienes la ley concede este derecho.

Art. 1034.- El menor que hubiere cumplido catorce años, sus parientes y a falta de éstos el ministerio público, podrá solicitar al juez competente la declaración de la pérdida de la patria potestad en los casos previstos por el Código Civil. El juez, tan luego como reciba la solicitud, citará a las partes interesadas a una audiencia dentro del tercer día. Si el que ejerce la patria potestad está conforme con el hecho denunciado, se hará la declaración correspondiente y se llamará al sustituto al ejercicio de ese derecho.

Art. 1035.- La oposición se resolverá en juicio sumario, debiendo el juez dictar las medidas provisionales que estime necesarias para el depósito de los hijos y el aseguramiento de los bienes.

Art. 1036.- El ascendiente que pierda la patria potestad en ningún caso podrá ser llamado a la tutela del menor.

Art. 1037.- El que solicite la emancipación, elevará su solicitud al juez de su domicilio, acompañando los justificantes de:

- I. La edad que tenga el menor;
- II. Estar el menor en aptitud para el manejo de sus intereses; y
- III. Observar el incapacitado Buena conducta.

Los hechos a que se refiere las dos últimas fracciones podrán acreditarse con información testimonial.

Art. 1038.- El juez oirá en forma de incidente al padre o tutor y al ministerio público y, sin más trámite, dictará resolución en la que autorice o niegue la emancipación.

De este último auto no cabe recurso alguno y el que la conceda sera apelable en ambos efectos.

Art. 1039.- De las resoluciones en que se conceda la emancipación se remitirá copia certificada al oficial del Registro Civil para los efectos de levantar el acta y hacer las anotaciones que correspondan, de acuerdo a lo dispuesto al respecto por el Código Civil.

4.6 DEPÓSITO DE LAS PERSONAS.

El artículo 1040 del Código de Procedimientos Civiles de Jalisco ordena lo mismo que nuestro precepto lega en su artículo 743.

Art. 1041.- En los casos de la fracción I del artículo anterior, para decretar el depósito sera necesario:

- I. Que lo solicite por escrito el interesado; y
- II. Que se justifiquen los malos tratamientos, ejemplos perniciosos o abusos de los ascendientes o tutores.

Estos hechos podrán acreditarse con información testimonial.

Art. 1042.- Podrán los jueces, no obstante lo dispuesto en el artículo anterior, decretar el depósito sin solicitud escrita del interesado, cuando les conste la imposibilidad en que se encuentre de formularlo o a petición del ministerio público.

Art. 1043.- El depósito se hará en poder de la persona que el juez estime conveniente y al depositado se le dará la cama y ropa de su uso; de todo lo cual se formará inventario que se agregará al expediente.

Si sobre esto se promoviese cuestión, el juez sin ulterior recurso determinará las ropas que hayan de entregarse.

Art. 1044.- El juez, atendiendo a las circunstancias de las personas, determinará la suma que para los alimentos deba abonarse provisionalmente al depositario por el ascendiente que ejerza la patria potestad o por el tutor.

Art. 1045.- Verificando el depósito, en el caso de los artículos que preceden, se hará saber al curador, si lo tuviere el depositado, a fin de que practique en su defensa las gestiones que correspondan. Si no tuviere curador, se le exigirá que lo nombre o se nombrará en su caso.

Art. 1046.- Inmediatamente que tuviere noticia un juez de que algún huérfano, menor o incapacitado, se hallare en el caso de que habla la fracción II del artículo 1040, procederá a depositarlo donde estime conveniente para evitar abusos de todo género y dispondrá que se provea al interesado de tutor, conforme a derecho.

Art. 1047.- En el caso de la fracción III del artículo 1040, recibida la solicitud del depósito, que deberá ser hecha por escrito, el juez se trasladará al domicilio del menor, y si éste ratifica la solicitud, se prevendrá al ascendiente o tutor para que designe depositario del menor. Sobre esta designación se oirá al interesado, y si éste no se opone o el juez estima infundada la oposición, el juez nombrará a la persona que estime conveniente para que actúe como depositario.

Art. 1048.- Hecho el nombramiento del depositario el juez practicará el depósito como se deposite en los artículos 1043 y 1044.

Art. 1049.- Durará el depósito hasta que se verifique el matrimonio, salvo que el juez niegue la autorización para contraerlo o que el menor depositado desista de sus pretensiones.

En los dos últimos casos el juez volverá al menor a casa de las personas bajo cuya potestad se encontraba. El acta de la diligencia deberá obrar en el expediente del depósito.

Art. 1050.- En las diligencias de que trata este capítulo se oirá precisamente al ministerio público y contra las resoluciones que se dicten no procederá recurso alguno.

4.7 INFORMACIONES AD PERPÉTUAM.

Art. 1051.- Las informaciones ad-perpétuam podrán decretarse cuando sólo tenga interés el promovente y se traté:

- I. De justificar algún derecho;
- II. Cuando se pretenda justificar la posesión como medio para acreditar el dominio pleno de un inmuebles; y
- III. Cuando se traté de comprobar la posesión de un derecho real.

La información se recibirá siempre con citación del Ministerio público, notificando personalmente el auto inicial al síndico del Ayuntamiento y al delegado

de Hacienda del municipio en que queden ubicados los bienes o derechos sobre los que verse la información. En los casos de las fracciones I y II, con citación también de los colindantes y del encargado del Registro de la Propiedad y de la compression donde estuviere ubicado el inmueble, y los comprendidos en la fracción III, con audiencia del propietario y de los demás partícipes del derecho real cuando los haya.

Art. 1052.- El que haya poseído bienes inmuebles por el tiempo y con las condiciones exigidas para prescribirlos, y no tenga título de propiedad o teniéndolo no sea registrable por defectuoso, o ampare superficie diferente a la registrada, si no está en el caso de deducir la acción de usucapión, por no estar inscrita en el Registro de la Propiedad de los bienes, podrá demostrar ante el juez competente que ha tenido en esa posesión rindiendo la información testimonial. A su solicitud acompañará precisamente certificado del Registro Público, que demuestre que los bienes no están registrados, que deberá comprender los últimos 10 años. La anterior solicitud deberá contener la descripción precisa del inmueble del que se trata.

La información se recibirá siempre con citación del ministerio público, del Registro de la Propiedad y de los colindantes, y del síndico del Ayuntamiento del municipio en que estén ubicados los bienes.

Los testigos deben ser por lo menos tres de notorio arraigo en el lugar de la ubicación de los bienes a que la información se refiere.

No se recibirá la información sin que previamente se haya mandado publicar un edicto que deberá contener un extracto de la demanda en el boletín judicial o en el Periódico Oficial del Estado, así como en un diario de mayor circulación, a juicio del juez. También se publicará el edicto fijándolo durante diez días en la puerta del juzgado y en el Ayuntamiento.

Comprobada debidamente la posesión, el juez declarará que el poseedor se ha convertido en propietario en virtud de la prescripción y tal declaración será inscrita en el Registro Público como resolución judicial, y previa protocolización de las diligencias se registrará como título de propiedad.

Art. 1053.- Tres días después de publicados los edictos a que se refiere el artículo anterior, de lo cual se pondrá constancia en los autos, si no se hubiere presentado el opositor, el juez señalará día y hora para recibir la información testimonial.

Art. 1054.- Los testigos serán por lo menos tres, de notorio arraigo en el lugar de la ubicación de los bienes a que la información se refiera; el juez ampliará su examen con las preguntas que estime pertinentes para asegurarse de la veracidad de su dicho y respecto de aquellos testigos que no sean de él conocidos o del secretario, exigirá la presentación de dos que abonen a cada uno de aquellos.

El ministerio público y las personas con cuya citación se reciba la información, podrán tachar a los testigos por circunstancias que afecten a su credibilidad.

Art. 1055.- El que tenga una posesión apta para prescribir, de bienes inmuebles no inscritos en el Registro Público, aún antes de que transcurra el tiempo necesario para prescribir, puede registrar su posesión, mediante resolución judicial que dicte el juez competente, ante quien la acredite del modo establecido en el artículo 1052 de este código.

La información que se rinda para demostrar la posesión se sujetará a lo dispuesto en los párrafos segundo, tercero y cuatro del artículo 1052 de este código.

Las declaraciones de los testigos versarán sobre el hecho de la posesión, sobre los requisitos que deben tener para servir de base a la usucapión, y sobre el origen de la posesión.

El efecto del registro sera tener la posesión inscrita como apta para producir una prescripción al concluir el plazo de cinco años, contados desde la fecha del registro.

Art. 1056.- Si húbiere oposición y se fundare en título debidamente registrado con anterioridad, sin más trámite el juez declarará sin lugar la información.

Art. 1057.- No tendrá valor la información cuando se húbiere recibido habiendo juicio pendiente o anunciado, aun cuando se pretenda que se ratifique ante el juez.

Como se ha visto en los artículos establecidos con anterioridad, lo regulado en lo relativo a las informaciones ad perpétuam se rigen en forma similar en nuestro Código de Procedimientos Civiles en los artículos 731 al 735.

4.8 APEO Y DESLINDE

Con respecto a esta materia cabe señalar que la diligencia de apeo y deslinde regida en el Código de Procedimientos Civiles de Jalisco en sus artículos del 1058 al 1063, se lleva exactamente el mismo procedimiento que en nuestro ordenamiento en sus artículos del 736 al 741, ya que éste ha sido modificado y esta diligencia ya puede promoverse por los interesados directamente ante notario público como en el estado de Jalisco.

4.9 DISPOSICIONES RELATIVAS A OTROS ACTOS DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA EN EL ESTADO DE JALISCO.

Art. 1064.- Se tramitarán como está prevenido para los incidentes, oyendo precisamente a los interesados con derecho a oponerse y al Ministerio público;

I. Las dispensas que para contraer matrimonio procedan conforme al Código Civil;

II. Dispensa para no habitar en el domicilio conyugal en los casos previstos por el Código Civil;

III.- La suplicia de consentimiento de los ascendientes o tutores para que un menor de dieciocho y mayor de dieciséis años contraiga matrimonio o para que uno solo de los cónyuges obligue o enajene o para que un cónyuge acepte o repudie la herencia común sin consentimiento del otro;

IV. La autorización a los cónyuges menores de edad para enajenar, gravar o hipotecar sus bienes o para celebrar el convenio en que se liquide la sociedad conyugal.

Cabe señalar en relación con la fracción I que esta se refiere, que para contraer matrimonio es necesario que el hombre y la mujer hayan cumplido dieciséis años. Pero los jueces de la residencia de los interesados pueden conceder dispensa de edad por causas graves y justificadas.

En cuanto a la fracción II se puede decir que cuando uno de los cónyuges se establezca en lugar insalubre, indecoroso, peligroso o traslade su domicilio a país extranjero, a menos que sea en servicio público, el consejo de familia podrá recomendar se de libertad de la obligación a alguno de ellos de vivir en el domicilio conyugal.

En relación a la fracción III, cabe señalar que los interesados podrán ocurrir al consejo de familia, cuando los ascendientes o tutores nieguen su consentimiento. Las autoridades mencionadas, después de levantar una información sobre el particular, suplirán o no el consentimiento.

Por último en cuanto a la fracción IV es preciso mencionar que el marido y la mujer, menor de edad, podrán administrar sus bienes, pero necesitan de autorización judicial para transferirlos, gravarlos o hipotecarlos y un tutor para sus negocios judiciales.

Al igual este último precepto también se encuentra regulado en nuestro ordenamiento en su artículo 742 fracción I.

CAPÍTULO V

EL DERECHO NOTARIAL Y EL NOTARIO

5.1 ORIGEN Y ANTECEDENTES DEL NOTARIO EN MÉXICO.

En México tubo su origen el notariado en la época de la nueva españa. Le fue otorgada la escribanía del Ayuntamiento de Asús, a Hernán Cortés, éste práctico su inclinación por las cuestiones del notariado durante un lapso de cinco años. En los años de 1512 a 1519 obtuvo la escribanía de Santiago de Baracoa.

Cortés familiarizado con las leyes que aplican los escribanos, aquilató el papel primordial e indispensable que éste puede y aún debe desempeñar en sociedad. Y cuando Cortés tomó posesión de la tierra de Tabasco. Todas las leyes de Castilla tuvieron una rápida incorporación en la nueva españa; y con la presencia e influencia del conquistador no tardó en aplicarse las de la práctica notarial.

Así, el 9 de Agosto de 1525 se abrió el volumen primero del protocolo de Juan Fernández de Castillo, con el otorgamiento de un instrumento que lleva el número uno.

Entre las colecciones o recopilaciones que contienen disposiciones legales relacionados al ejercicio de la función notarial, deben mencionarse:

I. El Cedulaario de Puga, que contiene dos reales cédulas; la primera determina que el real escribano de minas debe desempeñar personalmente su función; la Segunda determina que no debe cobrar honorarios excesivos.

II. El Cedulaario indiano de Diego de la encima, en el cual, se regulan las características y uso del libro protocolar; el sistema de archivación; el manejo del oficio de escribanos de gobernación, y de escribanos de cámara de Justicia. Siguen las disposiciones incluidas en la recopilación de Indias, y en los reales decretos, pragmáticas y cédulas recopiladas hasta el año del 1775.

III. La recopilación sumaria de todos los autores acordes de la real audiencia y sala del crimen; y

IV. Las pandectas hispano-mexicanas de Juan N. Rodríguez de San Miguel, que son una síntesis de disposiciones genuinamente mexicanas sobre el notariado.

Desde 1573 los escribanos de la ciudad de México decidieron formar una cofradía que llamarón “De los cuatro Evengelistas”, cuyas producciones y licencia son del año 1592. En 1777 decayó la institución como agrupación de escribanos ya que permitió que se integraran toda clase de personas.

En 1776 un grupo de escribanos de la ciudad de México comenzarán hacer trámites para fundar su colegio de escribanos parecido al establecido en Madrid. El rey Don Felipe V, le informó a la audiencia de México haber concedido a los escribanos de cámara, a los reales y a los demás, autorización para que pudieran establecer colegio con el título real. Fundandose así el 27 de Diciembre de 1792 el

real colegio de escribanos de México. Además, la real audiencia fundó el 24 de enero de 1793 una academia de enseñanza notarial, a la cual debían concurrir cuando menos dos veces por mes los aspirantes a escribanos, y creó el cargo de revisor de protocolo, de igual forma otorgó certificados de competencia para el ejercicio del cargo, y, estableció una biblioteca para uso y preparación de los estudiantes y de los escribanos. Se creó que el real colegio de escribanos de México, fué el primero que se fundó en el continente, actualmente se le conoce por “Colegio de Notarios de la ciudad de México”.

Históricamente, la Ley del Ventoso XI de 1803, fué la que por primera vez estableció que el Notario es un funcionario público.

El 30 de noviembre de 1834 se expidió un decreto sobre “Organización de los juzgados del ramo civil y de lo criminal en el Distrito Federal”, determinando que en cada juzgado de lo civil deberán existir anexos dos oficios públicos, vendibles y renunciables servidos por los escribanos propietarios de ellos.

Por otro lado, cabe señalar que a través del tiempo se ha acostumbrado a llamar al Notario: Escribano, por su oficio de escribir; tabelión, de las tablas, que fueron su instrumento; actuario, por las actas de su ejercicio; cartulario, por los papeles (charta) de su labor y finalmente notario, por las notas de su registro.

De manera que en la antigüedad al Notario se le conocía con el nombre de escribano el que por oficio público estaba autorizando para dar fe de las escrituras

y demás actos y hechos jurídicos que pasaban ante él. Fué hasta el año de 1867, cuando se dictó el ordenamiento denominado “Ley Orgánica de Notarios y Actuarios del Distrito Federal”, que por primera vez, le da el nombre de Notario, al escribano público y lo disvíncula de la función jurisdiccional. En ella dice que el Notario es el funcionario que reduce a instrumento público, los actos, contratos y últimas voluntades, además expresaba que como funcionarios tenía la atribución exclusiva de autorizar en sus protocolos toda clase de instrumentos públicos; señalaba también que los requisitos de ingreso para notario eran: 1o. Ser abogado o haber cursado dos años de preparatoria más dos de estudios profesionales en los que se incluía cursos de derecho civil, mercantil, procesal y notarial; 2o. Ser ciudadano mexicano por nacimiento; 3o. No menor de 25 años, sin impedimento físico habitual, ni haber sido condenado a pena corporal, tener buenas costumbres. Así como además de pasar un primer examen de dos horas ante el Colegio, aprobado, debía presentar un segundo ante el Tribunal Superior de Justicia; una vez obtenidos la certificación del Tribunal acudía por su título al gobierno para que pudieran expedirle el Fiat.

El presidente Lerdo de Tejada, por Decreto del 28 de mayo de 1875, declara la profesión del notariado.

Durante la presidencia de Porfirio Díaz, el 14 de Diciembre de 1901, fue promulgada la ley del Notariado. La mencionada ley nos explica que independientemente de que el notario debe ser un profesor de derecho, debe quedar sujeto al gobierno; quien ha de nombrarlo y vigilarlo, así como limitar el

número de notarios; obliga a que el notario actúe asistido de testigos instrumentales; fija reglas para ciertos instrumentos, como son protestos, notificaciones, protocolizaciones, entre otros. Esta Ley por vez primera, exige al notario el otorgamiento de una fianza para garantizar responsabilidades en las que pudieran incurrir; fija a cincuenta el número de notarios e incluye el arancel correspondiente. Además, calificó al notario como funcionario público.

Posteriormente surge la ley del Notario del 9 de enero de 1932, dicha ley sostiene que la función notarial es de orden público y sólo puede provenir del Estado; define al notario diciendo que es el funcionario dotado de fe pública para hacer constar los actos y hechos a los que los interesados deban o quieran dar autenticidad conforme a las leyes; fija a sesenta y dos las notarías en el Distrito Federal.

Surge también la ley del Notariado para el Distrito Federal del 31 de Diciembre de 1945, su vigencia data a partir del 23 de marzo de 1946, la cual ha sufrido modificaciones, supresiones y adiciones para adecuar sus normas a las necesidades socio-jurídicas actuales.

Nuevamente la ley de 1901 calificó al Notario como funcionario público. Las posteriores de 1932, 1945 y en el texto original de la ley de 1980 siguieron este criterio.

Por otro lado, la Ley del Notariado Francesa de 1943, rectifica su postura y lo denomina “Oficial Público”.

Por reformas publicadas en el Diario Oficial de la federación, en México, el 13 de enero de 1986, se estableció que el notario es: Un profesional del derecho.

De igual forma y, ya desde 1948, La Unión Internacional del Notariado Latino, en su primer congreso Internacional, celebrado en Buenos Aires en Octubre de ese año, definía al notario latino como, el profesional del derecho encargado de una función pública que consiste en recibir, interpretar y dar forma legal a la voluntad de las partes, redactando los instrumentos adecuados a ese fin y confiriéndoles autenticidad, conservar los originales de éstos y expedir copias que den fe de su contenido.

Por último añadiremos que como pudimos observar en la antigüedad, antes del ordenamiento dictado en 1867. El escribano público, como fedatario que era, daba fe de los actos y hechos jurídicos, tanto dentro como fuera de los procedimientos y juicios civiles y criminales. En los juicios se les denominaba escribanos de diligencias.

El juez no tenía ni tiene fe pública. Las audiencias, notificaciones, comparecencias y actuaciones del juzgado, eran y son certificadas por el secretario, con pleno valor probatorio.

5.2 NATURALEZA DEL DERECHO NOTARIAL.

El Derecho Notarial, se encuentra constituido por derechos subjetivos, ya sea que tengan carácter privado o público. Sabemos que el derecho subjetivo es el conjunto de facultades reconocidas al individuo por la ley para ejecutar determinados actos. El derecho subjetivo es el mismo derecho objetivo puesto a la disposición de los particulares, puesto que, el derecho objetivo es el conjunto de normas, reglas que además de imponer deberes conceden facultades. Esto es, que la norma jurídica en cuanto a su aplicación se halla condicionada a una declaración de voluntad de la persona a quien favorece.

La voluntad puede ser decisiva en la creación de una norma jurídica concreta, tal acontece en materia contractual y testamentaria. La misma voluntad otras veces sólo es apta para actualizar un derecho reconocido potencialmente, para concretarlo o robustecerlo, como en los llamados derechos potestativos o facultativos. Finalmente, la misión de la voluntad puede quedar reducida a condicionar la ejecución de un derecho establecido en la ley o en cualquier otra norma jurídica.

En el primer caso, la función de la voluntad es de carácter normativo, y en los otros dos, de estricta aplicación jurídica. El primero es la substancia propia del Derecho Notarial: los contratos y testamentos han constituido siempre el objeto de las escrituras notariales. El segundo también es materia del Derecho Notarial pero

a veces se exige el ejercicio de la acción judicial. Por último el tercero entra plenamente en el campo del derecho procesal.

Por lo anteriormente expuesto se deduce que el Derecho Notarial es de naturaleza adjetiva, formal y pública.

Es de carácter adjetivo, ya que, se halla al servicio del Derecho, tanto público-político y administrativo, como privado-civil y mercantil, en cuanto uno u otro concede derechos a los particulares, esto es, en la medida en que la aplicación de las leyes se hace depender de la declaración de voluntad de los interesados.

Esto es, se encuentra al servicios del derecho público, porque, éste regula las relaciones de los particulares con el estado, o bien de estados entre sí, del derecho político, ya que, éste es el conjunto de derechos que poseén los ciudadanos dentro del estado, por medio de ellos se participa en la vida política, (ya ejerciendo un voto ó siendo electo para el desempeño de un cargo público) y, al servicio del derecho administrativo, toda vez, que éste regula las relaciones de la administración pública con los particulares, la organización y funcionamiento del poder ejecutivo. Asimismo se halla al servicio del derecho privado, ya que, éste regula las relaciones de los particulares entre sí, del derecho civil, puesto que, éste regula las relaciones del particular en lo que se refiere a su persona, cosas y sucesiones, obligaciones y contratos y, por último al servicio del derecho mercantil, dado que, éste regula las relaciones de todas aquellas personas que ejecuten un acto de comercio.

El Derecho Notarial, por imperativo natural de la función autenticadora, sólo garantiza aquella parte del ordenamiento jurídico que confiere derechos. Y como éstos se dan particularmente en el derecho privado, es aquí donde característicamente se desarrolla la labor del notario, pero no por ello el notario deja de intervenir en las ramas del derecho público, en ciertos casos de existencia de derechos públicos subjetivos.

Asimismo debe señalarse que el Derecho Notarial también posee una naturaleza de carácter formal. En dos aspectos: En cuanto es una ordenación del derecho Sustantivo desde el punto de vista de la autenticidad, legitimidad, legalidad, coordinación de intereses y eficacia ejecutiva; esto es, en cuanto el material dado es informado por los referidos principios (forma interna); y en el respecto de valerse como medio para su práctica aplicación de la forma instrumental (forma externa).

Por último, cabe mencionar su naturaleza pública, la cual se deriva de la función autenticadora que regula. En ocasiones, la ley establece que el comportamiento jurídico sea según lo que disponga algún órgano del Estado, este caso se da en el derecho público, y en otras según lo que ordene el mutuo acuerdo o los interesados, caso que se da en el derecho privado.

Como derecho formal el Derecho Notarial es público, dado que la función de autenticar es, en relación a los particulares, ejercida por el notario, con estricto

rigor por mandato de la ley, sin tener en cuenta la voluntad de los interesados. Pero el contenido es frecuentemente derecho privado.

Sin embargo, es preciso mencionar que el Derecho Notarial tiene aspectos que no permiten considerarlo enteramente dentro de la esfera del derecho público. Ya que la función autenticadora sólo puede ejercitarla el notario una vez que halla sido solicitada por la voluntad del particular y para intereses de carácter privado y la relación jurídica formal se halla condicionada por la relación substancial, generalmente de derecho privado. Esto último es consecuencia del carácter adjetivo del Derecho Notarial.

5.3 DEFINICIÓN DE DERECHO NOTARIAL.

Una vez expuesto el tema anterior se puede definir al Derecho Notarial como una entidad jurídica, autónoma, es decir, independiente, de naturaleza objetiva, formal, de ser un derecho para el derecho objetivo en la medida que confiere derechos subjetivos, de orden público y que procede del Ejecutivo de la Unión.

Bañuelos Sánchez Froylan en su texto de Derecho Notarial lo define desde cuatro puntos de vista. Establece que: “1o. Es Positivo, vale decir, reconocido por la ley; 2o. Es Normativo, porque, se valora substancial y formalmente por los preceptos que gobiernan y disciplinan las declaraciones unilaterales de la voluntad

humana; 3o. Es Générico, ya que, rige para todos en cuanto favorece o afecte por igual, y 4o. Es Autenticador, o lo que es igual, trasunta veracidad, fe pública”¹.

En forma resumida define al Derecho Notarial como el conjunto de normas positivas y genéricas que gobiernan y disciplinan las declaraciones humanas formuladas bajo el indicio de la autenticidad pública.

Entre los más destacados juristas dedicados al estudio del Derecho Notarial encontramos a Mengual y Mengual, José M., que, lo definen en dos sentidos: “En sentido positivo lo considera como, conjunto de normas jurídicas de carácter positivo que regulan el funcionamiento y organización de la Institución Notarial en los distintos países. En sentido Doctrinal dice de él que, es aquella rama científica del derecho público que, constituyendo un todo orgánico, sanciona en forma fehaciente las relaciones jurídicas voluntarias y extrajudiciales mediante la intervención de un funcionario que obra por delegación del poder público”.²

El sentido positivo se refiere al conjunto de reglas que regulan la organización y función del notariado en los diversos países.

Doctrinalmente podemos decir que lo considera dentro del derecho público. Puesto que constituye un todo orgánico, ya que, el Ejecutivo de la Unión le confiere la facultad para obrar, al funcionario público, para que por medio de su

¹ BAÑUELOS SÁNCHEZ FROYLÁN. DERECHO NOTARIAL. 1a. ed. Ed. Cárdenas. México, D.F. 1997. p. 13.

² Op. Cit. Supra (11) p. 14

intervención, ratifique y de fé de los hechos y actos jurídicos voluntarios extrajudicialmente, es decir, sin que tenga que ver el poder judicial.

Por su parte Enrique Gímenez-Arnau dice que el Derecho Notarial es el “Conjunto de doctrinas, o de normas jurídicas que regulan la organización de la función notarial y la teoría formal del instrumento público”.³

Se puede decir que esta definición es la más acertada al Derecho Notarial. Toda vez que, se entienden por función notarial aquella actividad jurídico-cautelar encomendada al escribano, que consiste en dirigir imparcialmente a los particulares en la individualización regular de sus derechos subjetivos, para dotarlos de certeza jurídica conforme a las necesidades del tráfico y de su prueba eventual.

Instrumento público es el documento original que el notario redacta y asienta en el protocolo sobre los actos y hechos sometidos a su autenticación y autorizando con su firma y sello.

Los juristas mencionados con antelación, situán al Derecho Notarial en la rama del derecho objetivo, entendido éste por el conjunto de normas obligatorias para toda conducta social, a la vez que impliquen o posibiliten el ejercicio del derecho subjetivo y persigan el bien común en las relaciones de convivencia humana.

5.4 CONCEPTO DOCTRINAL Y LEGAL DEL NOTARIO.

En primer lugar, para comprender la noción del notario, es necesario señalar algunas definiciones doctrinales de éste, dadas por los más ilustres juristas que han dedicado sus vidas al estudio del Derecho Notarial.

Así, tenemos que para Giménez-Arnau: “El Notario es un profesional del derecho que ejerce una función pública para robustecer, con una presunción de verdad, los actos en que interviene, para colaborar en la formación correcta del negocio jurídico y para solemnizar y dar forma legal a los negocios jurídicos privados, y de cuya competencia sólo por razones históricas están sustraídos los actos de la llamada jurisdicción voluntaria”.⁴

La definición anterior se traduce en: el notario es aquella persona que posee un título de la profesión de derecho, quien desempeña un servicio al interés de todas las personas, que tengan o quieran dar autenticidad conforme a la ley de los actos y negocios jurídicos revistiéndolos de todas las formalidades establecidas por las leyes para tenerlos como válidos. Y sólo por razones históricas no se encuentran dentro de su competencia los llamados actos de Jurisdicción Voluntaria o actos no contenciosos.

³ Idem.

⁴ Op. Cit. Supra (12)

Se entienden por formalidades o formalismos, el conjunto de normas establecidas por el orden jurídico o por las partes, que señalan como se debe exteriorizar la voluntad, para la validez del acto jurídico y del contrato.

El jurista Carlos Emérito González, en su Teoría General del Instrumento Público, antes de dar la definición de notario, describe sus atributos y menciona que: La etapa inicial de la estructuración instrumental está a cargo del notario autorizando de dar fe. Señala que éste recibe las declaraciones de voluntad de las partes que intervienen, procede a su interpretación, ordenando los conceptos, les va dando la forma conveniente en doble proceso, que, es pensar y desplegar o manifestar en el protocolo y cuando ya todos los actuantes reiteran su consentimiento sobre el contenido del instrumento, lo autoriza procediendo a su firma, el instrumento llega a tener plena validez o eficacia.

Establece, que la obra del notario es el instrumento público, para ello el Estado le confirió la fe pública y a su nombre dirá que todo cuanto pasa en su presencia es cierto, es verdad, debe ser creíble. En la construcción del instrumento debe emplear su ciencia, su conciencia y su sentido de lo justo y lo moral. Es hombre de derecho antes que nada. Menciona que la función jurídica en todos sus aspectos, reclama emoción, vocación para el derecho, sentimiento de Justicia, y el derecho además de pensarlo hay que sentirlo. En la fe que da, todos confían y quien se atreva a negarla deberá probar la falsedad.

Además dice, que el notario es documentador, formador de documentos, si bien reconoce que es sólo una parte de la profesión del notario, ya que a él no sólo se va para hacer construir un documento, sino que interviene en la formación del juicio jurídico no tanto en vista de la litis como el defensor, sino en vista del negocio jurídico que es el concepto complementario y antitético de litis. Es por eso que antes de llamarle notario, dice que es alusivo a la función: consultor-jurídico.

Asimismo, menciona que se podría afirmar una antítesis fundamental entre el juez y el notario: cuanto más notario tanto menos juez; cuanto más consejo del notario, cuanta más conciencia del notario, cuanta más cultura del notario, tanto menos posibilidad de litis, y cuanto menos posibilidad de litis, tanto menos necesidad del juez. Entonces, además de consultor jurídico, es un consultor moral.

Carnelutti afirma que es más difícil estructurar un negocio jurídico para que no oculte en su regazo un litigio, que redactar un escrito procesal. El abogado interviene cuando la litis ya ha estallado o está por estallar; la obra del notario tiende primordialmente a que no estalle.

Por su parte Mengual define al notario diciendo, que: "Es el funcionario público que jerárquicamente organizado y obrando por delegación del Poder del Estado, y por lo mismo revestido de plena autoridad en el ejercicio de su función autentica las relaciones jurídicas normalmente creadas por la libre voluntad de las personas jurídicas dándoles carácter de verdad, certeza y permanencia, previo el estudio,

explicación y aplicación del derecho positivo, a cada uno de los actos jurídicos de carácter normal en los cuales interviene”.⁵

No quiere decirse que sea funcionario público en el sentido del derecho administrativo en cuanto no es parte de los poderes del Estado ni depende directamente de ellos, ni percibe sueldo, ni está sujeto a los derechos y a los deberes de los funcionarios oficiales, pero no se le puede negar desde el punto de vista de sus funciones que tiene el carácter público.

El autor Bañuelos Sánchez en su obra de Derecho Notarial, cita a Antonio F. Colomar quien afirma, que prestar autenticidad, conocer el derecho, aplicarlo, dar veracidad, configurar el acto jurídico, son las características principales del notario y dice, que éste es un profesional del derecho, que a instancia de las partes a quienes interesa su exteriorización, da forma a los actos y contratos y los autentica ejercitando una función pública.

El mismo autor expresa, que la ley del 25 ventoso del año XI del 16 de marzo de 1803 manifiesta que los notarios son los funcionarios públicos, establecidos para recibir todos los actos y contratos, a los cuales las partes deben o quieren hacer dar el carácter de autenticidad, atribuidos a los actos de la autoridad pública y para asegurar la fecha, conservar el depósito, librar las copias y expediciones.

⁵ Op. Cit. Supra (11) p. 16

Por otro lado, el autor, Pedro Avila Alvarez en su texto Estudios del Derecho Notarial, define al Notario como el técnico jurídico a quien el Estado confía la función de autenticar hechos por su reflejo en los documentos que autoriza y de dar por éstos forma pública a los actos y negocios jurídicos.

Según las definiciones anteriores, podemos decir, que el notario es la persona, varón o mujer, que tiene la profesión de derecho, investida de fe pública y con autorización para hacer constar los actos y hechos jurídicos, revistiéndolos de solemnidad y formas legales y a los que los interesados deban o quieran dar autenticidad conforme a las leyes. Entendiendo por solemnidad las formalidades establecidas por las leyes para que este acto o documento jurídico sean auténticos y se tengan por válidos. La formación de los instrumentos sólo se hará a petición de parte.

La Ley del Notariado para el Estado de Guanajuato establece que: “Notario es el profesional del derecho a quien se ha investido de fe pública para ejercer la función notarial. Compete a los notarios fedatar los hechos y actos a los que las personas deban o quieran dar autenticidad conforme a las leyes. La formación de los instrumentos sólo se hará a petición de parte”.⁶

Cabe mencionar que la fe pública del notario significa la capacidad para que aquello que certifica sea creíble. La fe del notario es pública porque proviene del estado.

La función del notario contribuye al orden público, a la tranquilidad de la sociedad en que actúa y da certeza que es una finalidad del derecho. Al estado corresponde la función notarial. La vigilancia del cumplimiento de la Ley del Notariado y la función notarial, dependen del Poder Ejecutivo, Las demás funciones las realiza a través de la Secretaría de Gobierno y de la Dirección de Registros Públicos y Notarías, ya que, corresponde a estas dependencias intervenir en la inspección de notarios.

En forma similar define al notario la Ley del Notariado para el Estado de Jalisco, señala: “Notario es el profesional del derecho y funcionario público, investido por delegación del Estado, a través del Titular del Poder Ejecutivo, de la capacidad de dar fe para hacer constar actos, negocios y hechos jurídicos a los que se deba o quiera dar autenticidad y seguridad jurídica conforme a las leyes. La actuación notarial es una función de orden público y tendrá el carácter de vitalicia”.⁷

Pero como podemos observar, éste ordenamiento además de definir al notario como profesional de derecho, afirma que es un funcionario público, entendiéndose por éste, aquella persona que desempeña una función pública, la cual se traduce como círculo de asuntos que deben ser regidos por una persona ligada con el Estado por la obligación del derecho público de servirle y la desempeñan los

⁶ Guanajuato. Ley del Notariado, vigente. Art. 1.

⁷ Jalisco. Ley del Notariado, vigente. Art. 1.

organismos, autoridades, agentes y auxiliares del poder público para el ejercicio real y efectivo de este mismo poder en cualquiera de sus órdenes y aspectos.

Asimismo establece que esta investido de dar fe para hacer constar actos, negocios y hechos jurídicos a los que se deba o quiera dar autenticidad y seguridad jurídica conforme a las leyes. Por lo que es indispensable aclarar que, negocio jurídico es el acto jurídico lícito integrada por una o varias declaraciones de voluntad privada que el derecho reconoce como base para la producción de efectos jurídicos buscados y queridos por su autor o autores, siempre que concurren determinados requisitos o elementos.

Mientras que nuestro régimen define al notario como un profesional de derecho, sin embargo existen algunas teorías sobre la naturaleza jurídica de la actuación notarial que afirman que es un funcionario público, otras lo consideran un profesionista liberal, y las mixtas, sostienen que es una función pública desarrollada por un profesionista liberal.

Vale decir, que conforme a nuestro ordenamiento el notario no es un funcionario público, ya que, en el desarrollo de la función certificante, el notario no actúa a nombre y por cuenta del estado, no obliga al estado como consecuencia de su actuación, ni está sujeto a un jefe jerárquico al que debe obedecer y de quien deba recibir órdenes, tampoco recibe remuneración del Estado, los ingresos del notario no están previstos en la Ley Federal de Egresos, sino que el notario cobra sus honorarios del particular, de acuerdo con el arancel respectivo y

además la función notarial no se encuentra ubicado dentro de la Ley Federal de la Administración Pública.

Por lo tanto, el notario no es un funcionario público pero si tiene fe pública, que significa la capacidad para que aquello que certifica sea creible.

Por otro lado tenemos la definición del notario, formuladas por el precepto legal para el Distrito Federal, la cual se asemeja más a la definición de nuestra Ley, al decir que: “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. La formulación de los instrumentos se hará a petición de parte”.⁸

5.5 EL NOTARIO COMO PROFESIONAL.

Antes que nada señalaremos que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos garantiza la libertad para escoger la profesión o trabajo que más convenga a la persona y determina que la ley reglamentaria de cada Estado, indica cuales son las profesiones que necesitan título para su ejercicio. Así, tenemos que el art. 5to. Constitucional en sus párrafos primero y segundo dice: A ninguna persona podrá impedirse que se dedique a la profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode, siendo lícitos. El ejercicio de esta libertad sólo podrá vedarse por determinación judicial, cuando se ataquen los derechos de

⁸ Distrito Federal. Ley del Notariado vigente. Art. 10.

tercero, o por resolución gubernativa, dictada en los términos que marque la ley, cuando se ofendan los derechos de la sociedad. Nadie puede ser privado del producto de su trabajo, sino por resolución judicial. La ley determinará en cada Estado cuáles son las profesiones que necesitan título para su ejercicio, las condiciones que deban llenarse para obtenerlo y las autoridades que han de expedirlo.

Así, tenemos que el notario como profesional del derecho tiene la misión de asesorar a quienes reclamen su ministerio y aconsejarles los medios jurídicos más adecuados para el logro de los fines lícitos que se proponen alcanzar.

El notario busca soluciones que, repetidas y halladas adecuadas por la generalidad, llegan a tomar carta de naturaleza en el cuadro de las instituciones jurídicas. Interpreta las normas, para extraer de ellas todo su contenido para la solución de los casos concretos, a favor de la libertad y autonomía de los individuos en sus relaciones de Derecho Privado.

Por lo que la función notarial se encomienda para su desempeño a particulares, licenciados en derecho, mediante la expedición de la patente respectiva. Es decir, se ejerce por particulares con este grado académico y que después de haber presentado dos exámenes obtiene la patente.

La Ley del Notariado para el Estado de Guanajuato, establece que: “Los notarios tendrán derecho a obtener de los interesados los gastos erogados en

relación con el servicio y a cobrar los honorarios que devenguen en cada caso, conforme al convenio que al efecto celebren con los particulares, a falta de convenio se estará a lo dispuesto por la Ley Arancelaria aplicable”.⁹

Como podemos ver el notario cobrará sus honorarios del particular, de acuerdo con el arancel respectivo. Su remuneración no proviene del erario federal ni local, sino del interesado que acude a pedir la presentación de sus servicios.

Algunos juristas consideran que la relación del notario y el particular deriva de un contrato de prestación de servicios profesionales y, otros opinan que se trata de una relación mixta; de una prestación de servicios del profesional del derecho que aconseja a las partes y resuelve consultas y de orden público, ya que, presta un servicio público, cuya actuación es obligatoria.

La ley lo considera un profesional del derecho. Conforme al sistema latino, al que pertenece el notario mexicano, el notario es una persona que ha demostrado tener los conocimientos necesarios para actuar como profesional del derecho, que conoce la ciencia jurídica. Su función es diferente a la que cumplen otro tipo de notarios, como en el caso del anglosajón en el que no es necesario que el notario sea perito o profesional del derecho, puesto que su función no es redactar el contrato y revisar la legalidad de los actos que ante él se celebren, sino únicamente dar fe de conocimiento y del otorgamiento de las firmas. El cargo del

⁹ Op. Cit. Supra (16) Art. 7

notario es temporal y no vitalicio; puede recaer en cualquier persona mayor de edad, independientemente de su profesión u ocupación.

5.6 EL NOTARIO PERSONA INVESTIDA DE FE PÚBLICA.

En el sistema jurídico mexicano, el notariado, sin formar parte de la organización del Poder Ejecutivo, es vigilado y disciplinado por él. Por disposición de ley recibe la fe pública del Estado por medio del titular del mencionado Poder Ejecutivo. La fe pública es un atributo del Estado que tiene en virtud del ius imperium y es ejercida a través de los órganos estatales y del notario.

Hablar de la fe pública, nos lleva al concepto de la fe. Así, fe significa creer en aquello que no se ha percibido directamente por los sentidos. Podemos señalar que existen dos sentidos de expresión de fe pública, el jurídico y el vulgar. Jurídicamente dar fe equivale a testiguar solemnemente: es un acto positivo, supone la existencia de una verdad oficial; en cambio en sentido vulgar o gramatical dar fe es prestar crédito a lo que otra persona o autoridad manifiesta: es una actitud pasiva.

La potestad de atestiguar solemnemente no puede encomendarse a cualquier persona privada, debe ser exclusiva de los funcionarios o autoridades a quien el Estado la encomienda. Es por eso que en su aceptación técnica puede definirse la fe pública como la función específica, de carácter público, cuya misión es robustecer con una presunción de verdad los hechos o actos sometidos a su amparo.

En la doctrina existen diversas opiniones de los tratadistas. Tenemos por ejemplo a Giménez Arnau, quien señala que el concepto jurídico de la fe pública es: “La necesidad de carácter público, cuya misión es robustecer con una presunción de verdad los hechos o actos sometidos a su amparo, queramos o no queramos creer en ellos”.¹⁰

De manera que la fe pública nos obliga a estimar como auténticos e indiscutibles los hechos o actos sometidos a su amparo, por virtud de un imperativo jurídico o imposición que nos obliga a tener por ciertos determinados hechos o acontecimientos, sin que podamos decidir sobre su objetiva verdad cada uno de los que formamos el ente social.

El autor Gonzalo de las Casas dice que la fe pública es presunción legal de veracidad respecto a ciertos funcionarios a quienes la ley reconoce como verdaderos, facultándoles para darla a los hechos y convenciones que pasan entre los ciudadanos.

Por su parte Mengual establece que la fe pública “es el sentimiento que, con carácter de verdad y certeza, prestamos a lo que manifestado por aquellos a quienes el poder público revista de autoridad, asignándoles una función”.¹¹

¹⁰ PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO BERNARDO. DERECHO NOTARIAL. 5a. ed. Ed. Porrúa. México, D.F. 1990. p. 19.

¹¹ Op. Cit. Supra (11) p. 19 y 21.

Asimismo asegura el mismo autor que el fundamento de la fe pública se halla en la necesidad que tiene la sociedad para su estabilidad y armonía, a fin de que las manifestaciones externas de estas relaciones sean garantía para la vida social y jurídica de los ciudadanos y hagan prueba plena ante todos y contra todos, cuando aquellas relaciones jurídicas entran en la vida del derecho en su estado normal.

Según la opinión de Morón Liminiana, señala como ideas que forman el concepto intelectual de la fe pública las de testimonio, solemnidad y presunción legal de veracidad.

Como podemos observar en estas definiciones hay una evidente coincidencia ya que, se considera como requisito esencial la interposición entre un negocio jurídico cualquiera; ya sea privado o público, y sus efectos, al ejercitar la misión típica de solemnizar, o bien de atestiguar una verdad jurídica e imponer la credibilidad de esa verdad.

Resumiendo lo expuesto con antelación, podemos asentar, que: Fe es la creencia que se da a las cosas por la autoridad del que las dice o por la fama pública. Pública quiere decir notoria, patente, manifiesta, que la ven o la saben todos. Etimológicamente, quiere decir del pueblo. Por lo que fe pública vendría a ser, entonces, en el sentido literal de sus dos extremos, creencia notoria y manifiesta.

Pero para el objetivo de nuestro estudio es evidente que cuando usamos este concepto en el lenguaje jurídico realizamos un juicio lógico, es decir, afirmamos que esta fe o creencia es pública y no privada, esta fe no privada tiene un contenido jurídico, no religioso, ni político, ni mucho menos amistoso. De tal modo que es necesario no confundir la Buena fe y la fe pública. La buena fe es una creencia; la fe pública es la calidad autoridad de una atestación. La Buena fe es un estado colectivo, una cierta forma de salud espiritual que hace que los hombres crean en la realidad de las apariencias. Mientras que la fe pública no es una creencia, sino una atestación calificada. El funcionario cuyos documentos hacen fe, asevera lo que ante él ha ocurrido, lo representa en el documento y esa representación es tenida por cierta dentro de los límites que determina el derecho positivo. No se trata, pues, de la creencia del pueblo, sino más bien de una declaración dirigida hacia el pueblo para que éste crea bajo la fe del funcionario que presenció los hechos.

La fe pública no es un estado de creencia colectiva. Por ejemplo cuando el Código Penal reprime determinados hechos por considerarlos atentatorios contra la fe pública; no se refiere a ésta, precisamente, sino a la Buena fe. Tampoco fe pública es sinónimo de plena fe. La ley otorga eficacia de plena fe a los actos oficiales regularmente expedidos; pero esa plena fe no es la fe pública. La plena fe es una medida de eficacia y no una calidad de documento.

Así, tenemos que la fe pública es la fe del escribano o notario y no otra. El notario da fe de cuanto ha percibido; y el derecho da fe a lo que el notario asegura

haber percibido. Esa fe es, además pública. Lo es, en terminos generales, en cuanto emana del notario, porque éste desempeña una función pública; y lo es, además del público, por antonomasia. Lo específico de la fe pública, lo constituye su emanación notarial.

La fe pública del notario significa la capacidad para que aquella que certifica sea creible, o lo que es igual, los notarios certifican por escrito alguna cosa que ha pasado ante ellos. Esta función del notario contribuye al orden público, a la tranquilidad de la sociedad en que actúa, y da certeza que es una finalidad del derecho. La fe pública es la garantía que da el estado de que son ciertos determinados hechos que interesan al derecho. El concepto de fe pública se asocia a la función notarial de manera más directa que a cualquier otra actividad humana. La fe pública del notario no es más que una especie de la fe pública estatal, así pues, se habla de fe pública notarial. Por lo tanto la fe pública notarial es una facultad del Estado otorgado por la ley. La fe del notario es pública porque proviene del estado y porque tiene consecuencias que repercuten en la sociedad. La fe pública notarial es la exactitud de lo que el notario ve, oye o percibe por sus sentidos. Asimismo la fe pública es una calidad propia que la intervención notarial acuerda a ciertos instrumentos.

Además, se puede decir que así como la fe pública es la garantía que da el estado, se puede decir que la fe notarial es la garantía que da el notario al estado y al particular al determinar que el acto se otorgó conforme a derecho y que lo relacionado en él es cierto, proporcionando así seguridad jurídica.

Por último, para saber en sí, cuál es el contenido de la fe pública es necesario señalar, que lo primero de esta fe pública es, pues, la aseveración misma. Esta aseveración, a su vez, es una representación. Los hechos que han ocurrido bajo los sentidos del notario, aparecen en el documento representados, es decir, presentados nuevamente, bajo la forma escrita. Por lo que podemos afirmar, que el contenido de la fe pública es su calidad representativa de los hechos.

Por forma se puede entender, en derecho, todo elemento sensible que envuelve exteriormente un fenómeno jurídico. Es, en sí misma, una hechura plástica que permite distinguir los hechos jurídicos de todos aquellos que no lo son, caracterizándolos, permitiéndoles distinguir en función de sus manifestaciones aparentes. En resumen, podemos decir, que el contenido de la fe pública es el valor representativo de la aseveración notarial.

5.7 FACULTAD DEL NOTARIO PARA AUTENTICAR.

La Ley del Notariado para el Estado de Guanajuato en su artículo 3ro., como ya lo habíamos señalado, establece que compete a los notarios fedatar los hechos y actos a los que las personas deban o quieran dar autenticidad.

Entendiendose por autenticidad la circunstancia o el requisito que hace auténtica alguna cosa. La autenticidad implica seguridad, certeza, legitimidad, es

decir, verdad. La facultad de autenticar surge de la ley y de la calidad de fedatario que significa el que da fe pública. Así pues, los hechos y actos contenidos en los instrumentos que certifica el notario, tienen el carácter de auténticos, valen erga omnes.

Entendiendo por auténtico lo acreditado del modo verdadero, cierto y positivo. Lo autorizado o legalizado de modo que haga fe pública. Documento que, por circunstancias, debe ser creído.

5.8 EL NOTARIO ACTUA A PETICIÓN DE PARTE.

La ley ordena que la formación de los instrumentos solo se hará a petición de parte. Este es el principio de rogación. Este principio consiste en que el notario actúa porque se lo solicitan, sólo presta sus servicios cuando una persona, ya sea física o moral interesada en el otorgamiento de una escritura o en hacer constar un hecho o un acto jurídico, se lo pide.

Es pertinente señalar que la actuación notarial además de rogatoria es obligatoria.

5.9 FUNCIÓN NOTARIAL

La doctrina española o clásica, centra a la función notarial en el concepto de la fe pública, la función del escribano es la de dar fe de ciertos actos, y el valor del instrumento es el de hacer fe de su existencia y de todo o parte de su contenido.

En esta línea de pensamiento, el autor Gibert definía el arte de notaría como aquel que enseña con fundamento a redactar auténticamente los negocios legítimos de los hombres.

Frente a esta posición que sitúa la función del escribano en la teoría de las pruebas legales, se ha sostenido que la doctrina de las formas jurídicas es la base del derecho notarial y el punto de apoyo para poner en movimiento la función notarial. Conforme a tal doctrina, la función del escribano consiste en dar forma a los negocios jurídicos o establecer la presunción de forma a los negocios jurídicos o establecer la presunción de verdad de ciertos hechos, mediante la formación pasiva de su evidencia hecha por el agente en el instrumento público.

Por su parte, González Palomino sostiene que la doctrina de la fe pública es incompleta, ya que explica el acta notarial, pero no la escritura pública.

El jurista Rufino Larraud en su curso de derecho notarial señala la naturaleza de la función notarial. Expresa que, según su carácter jurídico de la función notarial, el que hacer propio del escribano es desarrollado para lograr fines jurídicos. Su actividad precautoria se refiere al ámbito jurídico de la vida social.

Los particulares llevan al notario una relación económica o moral, pero él la considera, profesionalmente, en su dimensión jurídica, como problema de derecho, y es desde este punto de vista que le presta su atención cautelar.

Asimismo, manifiesta que la función notarial tiene carácter preventivo, y tiende a lograr la inobjetabilidad de los derechos privados, haciendo ciertas las relaciones y situaciones subjetivas concretas de que ellos derivan.

La función notarial se ejerce dentro de la normalidad de las relaciones jurídicas, haciendo conciliación pacífica de intereses, su finalidad consiste en evitar la oposición aguda o el conflicto.

Afirma que el carácter imparcial de la función notarial consiste en que, el escribano ejerce una verdadera magistratura precautoria, espontáneamente requerida por los interesados. Su profesión le obliga a proteger a las partes con igualdad, librándolas con sus explicaciones imparciales y oportunas, de los engaños a que pudiera conducirles su ignorancia, y de los ardidés que pudiera tenderles la mala fe, él se debe en igual medida y con la misma lealtad, al cliente habitual, que al accidental; al que lo elige, como al que lo acepta; al que lo paga y al que se beneficia de su actividad.

En cuanto al carácter público de la función notarial, sostiene que la función pública es aquella actividad propia y característica del estado, por razón de que la comunidad está interesada de manera directa en su organización y en su cumplimiento regular y continuo, incumbe al estado de otorgar protección jurídica, el estado cumple este deber a través del notario.

Por lo general, la doctrina acepta que la función a cargo del escribano es de carácter público. No importa que ella se ejerza sobre actos y hechos que se relacionan con derechos privados, pues la intervención del notario, más que al interés particular, atiende a un interés general.

Finalmente el carácter técnico de la función notarial, se traduce en que la función a cargo del escribano tiene carácter técnico, debido a que el ejercicio de cualquier profesión liberal es técnico.

En cuanto al notariado se refiere, es evidente que buena parte de su actuación depende, de modo principal, de la perfección de su tecnicismo.

El mismo autor conceptua la función notarial al decir que “es aquella actividad jurídico-cautelar cometida al escribano, que consiste en dirigir imparcialmente a los particulares en la individualización regular de sus derechos subjetivos, para dotarlos de certeza jurídica conforme a las necesidades del tráfico y de su prueba eventual”.¹²

Por otro lado el autor Pedro Avila Alvarez asegura que doctrinalmente, no se puede dar un concepto de la función notarial sin examinar antes las teorías formuladas sobre ella.

¹² LARRAUD RUFINO. CURSO DE DERECHO NOTARIAL. 1a. ed. Ed. Depalma. Buenos Aires, Argentina 1966. p. 145.

Pero que se puede describir de la siguiente manera: “El punto culminante de la función es la autorización del instrumento público y exige una actividad funcional complementaria. Así la función del notario consiste en: Recibir la voluntad de las partes; asesorar como técnico a las partes y con ello dar forma jurídica a esta voluntad; redactar el escrito que ha de convertirse en instrumento público, interpretando aquella voluntad; autorizar el instrumento público con el que se da forma pública al negocio o se autentican hechos; conservar el instrumento autorizado y expedir copias de él para acreditar su contenido”.¹³

Existen diversas teorías sobre la función notarial. A continuación exponemos las que conciben la función notarial como:

I. Legitimadora. La función notarial, lo mismo que la registral y la judicial, están destinadas a dar carácter jurídico a las personas, las cosas y los actos aplicando el derecho, emanando las tres de un mismo poder legitimador, que deba sustituir al Poder Judicial de la clásica división tripartite de Montesquieu.

II. De representación de los derechos en la normalidad. Partiendo de la distinción entre la vida del derecho en su normalidad y en la contienda, concibe la función notarial como la exteriorización o representación de los derechos privados en la normalidad, frente a la actividad de los Tribunales a los que compete la aplicación del derecho cuando éste se presenta violado o en contienda.

¹³ AVILA ALVAREZ PEDRO. ESTUDIOS DEL DERECHO NOTARIAL. 4a. ed. Ed. Montecorvo. México, D.F. 1973. p. 12.

III. Legitimadora especial. Junto a las tres funciones clásicas (legislativa, ejecutiva y judicial) hay que admitir la función legitimadora, que comprende las normas e instituciones por las cuales el Estado asegura la firmeza, legalidad, autenticidad y publicidad de los hechos jurídicos y derechos de ellos derivados; órgano más importante de esta función es el notariado, si bien por abarcar otras misiones de índole distinta (asesoras, autenticadoras) tiene en su conjunto una configuración especial.

IV. Teoría de la fe pública. Según esta teoría, la función del notario es la de dar fe de ciertos actos; y el valor del instrumento el de hacer fe de su existencia y de todo o parte de su contenido. Sería imposible si pudiéramos negar o poner en duda todos los actos y contratos cuya celebración no hubiéramos presenciado. El poder público, cuando aquellos actos se han celebrado en presencia de un “testigo público”, impone a todos la creencia en su certeza. En esa certeza y eficacia que concede el Poder público a los actos auténticos por el Notario en quien él delega, consiste la fe pública notarial.

V. Teoría de la jurisdicción voluntaria. La consideración histórica del notario como “judex chartularii” encargado de “juzgar” los procesos simulados a que las partes “volentes” acudían para obtener el resultado jurídico negocial perseguido, ha llevado a algunos autores a concebir la función notarial como una actividad de jurisdicción voluntaria. La actividad notarial participa de las notas que definen esa jurisdicción, ya que, se ejerce sin estar empeñada ni promoverse cuestión alguna entre partes conocidas y determinadas, tienen una misión preventiva de litigios,

perpetuando o legalizando la memoria de algún hecho; constituye situaciones jurídicas, fuente de ejercicio de derechos, etc. Esta teoría califica al notariado como órgano de jurisdicción voluntaria.

VI. Teoría de la forma pública. Esta teoría señala que el estado observa las ventajas que se derivan de la forma escrita en los negocios jurídicos, de que éstos consten por escrito. Y observa asimismo que esas ventajas suben de punto cuando esa forma escrita está intervenida por un funcionario público. Es preciso que todos los negocios, de cualquier clase que sean, puedan acogerse a una forma pública, puedan disfrutar de las ventajas que la intervención de un funcionario público reporta. Por lo que es necesario crear un órgano Nuevo cuya función exclusiva sea precisamente intervenir cualesquiera negocios jurídicos, darles por su intervención, forma pública.

Este órgano es el Notario, cuya función es, sencillamente, documentadora, creadora de formas públicas. Creado este órgano y rodeada su actuación de determinadas garantías (previas, simultáneas y posteriores) el derecho no tiene inconveniente en conceder a su intervención determinados efectos legitimadores, substantivos, probatorios, ejecutivos. Etc.

En realidad estas teorías vienen a explicar aspectos distintos de la función notarial: Su naturaleza, su eficacia entre otras cosas. Las tres primeras teorías únicamente se fijan en el valor probatorio del resultado de la actividad notarial. La cuarta teoría tiene la ventaja de permitir aprovechar la elaboración científica sobre

la jurisdicción voluntaria, injertando la función notarial en otra de más antiguo origen. La teoría de la forma pública explica los efectos substantivos del instrumento público.

Para destacar la naturaleza de la función notarial y la fuerza y efecto de la intervención notarial, diríamos que la función notarial es una función que, participando de la naturaleza de la jurisdicción voluntaria, impone la creencia en la realidad de los hechos que el que la ejerce, como testigo público, presencia actas y escrituras y da forma pública a los negocios jurídicos.

Por otro lado Giménez Arnau señala las posiciones doctrinales sobre encuadramiento de la Función Notarial de la siguiente manera:

I. A juicio de un sector la función notarial forma parte de la administración o Poder Ejecutivo del estado, con la misión de colaborar en la realización pacífica del derecho, teniendo en consecuencia características muy semejantes o demasiado semejantes a las de la prestación de un servicio público.

II. Partiendo de considerar insuficiente la clásica división de los poderes del estado, en legislativo, ejecutivo y judicial, consideran este grupo de tratadistas que el Estado tiene además de las potestades o poderes antes mencionados, un cuarto poder denominado certificante que en su mayor parte es confiado al Notario, o como dice el tratadista Otero Valentín, es una función autorizante instrumental.

III. La función notarial se puede considerar según esta tercer postura como una función jurisdiccional, dentro de la cual se encuentra localizada equiparada a la jurisdicción voluntaria.

Dentro de la misma función notarial podemos señalar que la actividad del Notario y la de las partes que intervienen en el acto, no es más que el de perseguir la finalidad que es la de producir el instrumento público.

El mismo autor manifiesta que el estudio de dicho instrumento se vincula a la forma, ya que el desarrollo de la vida jurídica, todo hecho que excede del campo puramente intelectual, debe tener una forma, igualmente el estudio del instrumento se vincula a la prueba y negocio jurídico que contiene, los requisitos o solemnidades que deben concurrir para el perfeccionamiento de este.

La forma tiene que existir, es un requerimiento lógico, ya que es la exteriorización del modo como se ejercita la actividad que busca una representación de los hechos.

El hombre crea y procude hechos jurídicos, luego pone su voluntad y estos se convierten en actos jurídicos. Para que el exterior conozca esa declaración de voluntad debe de darle una forma, misma que en el instrumento público constituye una de las bases fundamentales para la sistematización de la disciplina jurídica notarial, la que sirve a la vez para poner en movimiento a la función notarial.

Por otra parte tenemos que La Ley del Notariado para el Estado de Guanajuato establece en su artículo 1o. que la función notarial corresponde al título del Poder Ejecutivo.

Como comentario podemos decir que la función fedante no la ejerce uno de los poderes del Estado, sino el Estado mismo. El notario actúa por delegación del estado. La facultad de nombrar a los notarios históricamente ha correspondido al titular del Poder Ejecutivo, es decir al Presidente de la República y Gobernadores de los Estados. Al Estado corresponde la función notarial. La vigilancia del cumplimiento de la Ley del Notariado y la función notarial, depende del Poder Ejecutivo. Al Ejecutivo le corresponde expedir el fiat de notario, éste sólo puede recaer en la persona que haya satisfecho los requisitos legales.

Cabe mencionar que la naturaleza jurídica de la función notarial ha sido ampliamente debatida. Ya que unas teorías afirman que es un funcionario público, otras lo consideran un profesionista y otras sostienen que es empleado público. Sin embargo ha quedado claro que no es funcionario público por no estar dentro de la administración pública, no recibir un salario además de que no existe contrato de trabajo o relación jurídica de dirección y dependencia. El Estado no responde de sus actos sino que el responsable ante las personas que solicitan sus servicios es directamente él.

No debe ser un empleado público para no comprometerse con el Estado y actuar parcialmente a su favor; no puede aceptar nombramientos que lo

conviertan en empleado o funcionario bajo la dirección o dependencia sino por el contrario para actuar con imparcialidad en garantía de los particulares.

Lo que si es evidente al definir al notario nuestro ordenamiento en su artículo 3o. es que la función notarial esta a cargo de un profesional en derecho a quien se le ha investido de fe pública.

La función del notario es de orden público, ya que es una función a la que el estado le ha catalogado con una importancia superior a la de otras, en consecuencia cualquier acto que vaya en contra de su naturaleza es por completo nulo; y a través de esta se satisfacen necesidades de interés social: autenticidad, certeza y seguridad jurídica. La función del notario es una función legal prestada a nombre del estado.

El mismo precepto legal señala que la formación de los instrumentos sólo se hara a petición de parte. Es decir, el notario actuará porque se lo ha solicitado una persona, sea de carácter físico o moral, para que se haga constar un hecho o acto jurídico. Por lo que, la actuación que desempeña el notario es rogatoria y obligatoria, ya que la función que ejerce es de orden público y está reservada para el estado, sin embargo se faculta a particulares especialistas en derecho para su ejercicio a través de la expedición de la patente. Por lo que, el servicio que presta el notario es público y su finalidad es brindar seguridad jurídica, autenticidad y certeza. De ahí que el notario actúe y preste sus servicios de forma obligatoria cuando este de acuerdo.

Además nos manifiesta el mismo ordenamiento en su artículo 4o. que las personas que ejerzan la función notarial no podrán ser destituidos o suspendidos de la misma, ni revocarse el fiat, sino en los casos y con los requisitos que determina esta ley.

La misma Ley nos dice que los notarios sólo podrán desempeñar la función dentro del Partido Judicial de adscripción que se les hubiere señalado. Los notarios están facultados para desempeñar sus funciones cuando los bienes que sean objeto del acto jurídico que motive su ejercicio, se encuentren fuera de su adscripción o cuando dicho acto surta sus efectos jurídicos en lugar distinto al que se comprende en dicha adscripción. (Artículo 5o. Ley del Notariado de Guanajuato.)

Quienes hayan obtenido el fiat para el ejercicio de la función notarial deberán iniciar sus funciones en un plazo que no exceda de noventa días hábiles siguientes a la fecha de entrega del mismo, salvo causa justificada.

El mismo precepto en su artículo 25 expresa que los notarios antes de iniciar el ejercicio de la función notarial, deberán:

I. Rendir protesta legal ante el titular del poder ejecutivo o ante el funcionario en quien delegue esta facultad. Es decir el notario deberá prometer que a de obrar y acatarse a lo que establece la ley dejando a un lado intereses personales.

II.- Proveerse a su costa de protocolo y sello. Esto es, que el notario deberá suministrar, abastecer, o recoger a su costa los folios que numerados progresivamente, perforados y ordenados. Así como el sello de la Dirección de Registros, el encargado de proveerlos es la Secretaría de Gobierno. Sin embargo para hacer más ágil la procuración de los folios la Secretaría de Gobierno los distribuye a los colegios de notarios y son estos los encargados de proveerlos a los notarios.

III. Registrar su sello, firma y rubrica, ante la Unidad Administrativa que corresponda de la Secretaría de Gobierno y ante el Consejo de Notarios. Por rúbrica se entienden el rasgo, trazo que completa las letras de la firma. Es costumbres poner la rúbrica a continuación del nombre o apellido.

IV. Comunicar que iniciará sus funciones, por medio de oficio en el que estampará su sello y pondrá su firma a la Secretaría de Gobierno, al Supremo Tribunal de Justicia, a la Procuraduría General de Justicia, a la Unidad Administrativa que corresponda de la Secretaría de Gobierno a la autoridad Municipal de la ubicación de la Notaría y al Registro Público de la Propiedad y del Comercio de la adscripción que el corresponda, así como al Consejo de Notarios;
y

V. Establecer Oficina para el ejercicio de la función notarial.

Además, nos señala la Ley que los notarios en el ejercicio de su función, deberán guardar reserva sobre lo pasado ante ellos, ya que es obligatorio para todo profesionista y que además exige la misma ética. Si no se sujeta a lo

señalado anteriormente, puede recibir penas sea de carácter económico o corporal.

Por lo tanto, es necesario que no incurra el notario en el ejercicio de su función en la revelación de secreto, ya que las partes le confían al notario para que los escuche y redacte conforme a la voluntad de ellas, el instrumento, por lo que se cuenta con la discreción del notario.

Por lo que el notario al ejercer la función notarial la ley lo obliga a guardar reserva o secreto del contenido de los instrumentos que autoriza. Sin embargo existen dos excluyentes. 1o. Informe que debe rendir el notario en forma obligatoria porque lo establecen así las leyes. Por ejemplo los jueces en materia penal y civil, están facultados para solicitar al notario que sean expedidos los testimonios relacionados con el juicio o causa que se siga ante ellos, así como ordenar que se realice una inspección ocular del protocolo; y, 2o. Actos que deban inscribirse en el Registro Público de la Propiedad de los cuales podrán enterarse las personas que no hubiesen intervenido, siempre que tengan interés legítimo.

5.10 ACTIVIDAD DEL NOTARIO.

Es de vital importancia aclarar que la actividad del notario es la misma función notarial. La doctrina nos señala que la actividad del notario consiste en escuchar, interpretar, aconsejar a las partes, preparar, redactar, certificar, autorizar y reproducir el instrumento.

La expresión escuchar significa: prestar atención a lo que se oye. Dar oídos, atender un aviso, consejo o sugerencia.

Para poder entender en que consiste escuchar, podemos mencionar, que cuando una persona quiere celebrar algún contrato o se encuentra en un problema jurídico, acude al notario, y en la primera audiencia, le plantea sus conflictos los cuales son escuchados con atención por éste. El notario trata de conocer todas las circunstancias que le puedan dar oportunidad de entender la inquietud de las partes y sus alcances. Tal vez en el bosquejo de las situaciones de hecho presentadas ante su consideración, existan matices que es preciso aclarar, de los que pudieran resultar consecuencias que los clientes no se habían imaginado.

Esto es que cuando el solicitante desea celebrar un contrato o tiene alguna cuestión jurídica, acude con el notario, al cual le expone sus conflictos o lo que le solicita, éste lo escucha cuidadosamente y trata de conocer toda la situación o circunstancias que le dan oportunidad de saber que es lo que quieren las partes y lo que les preocupa.

La palabra interpretar consiste en explicar o declarar el sentido de una cosa; en especial textos faltos de claridad. Traducir de una lengua a otra. Comprender y expresar el asunto o materia de que se trató.

Ahora bien, interpretar es cuando el notario después de escuchar a sus clientes, se sensibiliza y busca los motivos y causas que han tenido para llevar a

cabo una operación, interpretando su voluntad y pretendiendo describir sus deseos y el modo de satisfacerlos dentro del ámbito jurídico.

Esto quiere decir que el notario una vez que presta atención al cliente, siente lo que éste le expresa, de ahí que se dice que el notario tiene que percibir con sus sentidos lo que el cliente le dice, y señala las razones y fundamentos que se seguirán para obtener un buen resultado o para tener una buena solución al planteamiento jurídico, interpretando la voluntad y tratando de descubrir los deseos del cliente para satisfacerlos dentro de su contorno jurídico. Por lo que el notario debe de ser un perito en derecho, para que al interpretar la norma y elaborar el instrumento notarial, lo haga de la manera más conveniente dentro del marco de legalidad y conforme a la voluntad de los comparecientes.

Otra de las actividades del notario es aconsejar, cabe mencionar que una vez que los problemas han sido establecidos por las partes y asimilados por el notario, éste dentro de su repertorio jurídico, se encuentra en actitud de dar un consejo eficaz. Es muy frecuente que un planteamiento jurídico tenga diferentes soluciones, las cuales pueden encontrarse en los negocios jurídicos típicos o buscando una solución atípica particular. La capacidad, preparación jurídica, conocimientos y experiencia del notario, son fundamentales para dar una solución y aconsejar lo más adecuado ante los hechos presentados por sus clientes.

Lo anterior Significa, que una vez que las partes hayan expuesto ante el notario sus problemas o necesidades, éste las comprende y dentro de su

recopilación de datos, jurídicamente se encuentra en la postura de dar un consejo efectivo. Es muy común que un problema jurídico tenga diversas soluciones, estas pueden encontrarse en los negocios jurídicos típicos o buscando una solución atípica, particular, se podría decir, un “saco a la medida”. La preparación, conocimientos jurídicos y experiencia del notario. Son necesarias y esenciales para dar una solución y aconsejar lo más apropiado o correcto ante los hechos presentados por sus clientes.

Asimismo el notario debe de preparar, redactar, certificar, autorizar y reproducir el instrumento.

Para la preparación y redacción de una escritura pública, se necesitan cumplimentar requisitos previos a la firma, al momento de la firma de la escritura, se manifiesta el consentimiento de los otorgantes, osea que para preparar y redactar una escritura pública es necesario cumplir con ciertos requisitos antes de que sea firmada. Un ejemplo sería en los traslativos de dominio de un bien inmueble, debe obtenerse: Del registro público de la propiedad, el certificado de gravámenes; de la autoridad fiscal, la constancia de no adeudo de impuestos y derechos; contar con título de propiedad, entre otras cosas y una vez satisfaciendo los requisitos se está en la posibilidad de redactar el instrumento.

El vocablo redactar quiere decir poner por escrito cosas sucedidas, acordadas o pensadas con anterioridad. Para redactar es necesario expresarse con propiedad, claridad y concision. Además el notario debe utilizar un lenguaje

técnico jurídico. Osea, que la redacción de la escritura pública debe de ser, transparente sin lagunas ocultas, con la mayor brevedad posible, exacta y de manera peculiar.

Las partes expresan su deseo, el notario califica y determina el tipo del acto jurídico de que se trata y procede a la redacción de las cláusulas en las que vuelva su creatividad de profesional del derecho, demostrando su calidad de jurisconsulto. Desarrolla su labor de perito en derecho reconocido por la ley, así como su práctica en la redacción adquirido a través de la experiencia. Gracias al estudio que tiene, conoce cuales son las disposiciones que integran el orden jurídico, sabe adecuarlas y ordenarlas para formar el instrumento necesario a las partes. La redacción de las cláusulas requiere del conocimiento legal y responsabilidad profesional para evitar que en el contrato se declare como verdadero algo que no es cierto, así, como se requiere que predomine el orden jurídico y la buena fe. Si la redacción del clausulado es jurídicamente correcta y se usa propiedad y sencillez en el lenguaje, no habrá conflicto entre las partes.

Una actividad más del notario es certificar, que significa asegurar, afirmar algo. Dar por verdadera una cosa. Hacer cierta una relación, un acto o un hecho mediante un instrumento público, por la fe de quien lo autoriza.

En la certificación el notario da fe adecuando la función notarial al caso particular. Es la parte donde manifiesta el contenido de su fe pública, que es: fe de existencia de los documentos relacionados en la escritura, fe de conocimientos; fe

de lectura y explicación del instrumento; fe de capacidad de los otorgantes y finalmente, fe de otorgamiento de la voluntad. La fe pública notarial es siempre documental. El notario por su calidad de fedatario al certificar formula un juicio de certeza que se impondrá a los demás.

Es necesario mencionar que documento notarial es aquél que consta en forma original en los protocolos: escritura pública y acta. También son los testimonios, copias certificadas y certificaciones. Por ser un documento público notarial, tiene un pleno valor probatorio y conserva la apariencia jurídica de validez mientras no sea declarado judicialmente nulo.

Otra actividad del notario es autorizar, éste término significa legalizar el escribano o notario una escritura o instrumento, de forma que haga fe pública.

De manera que la autorización de la escritura es el acto de autoridad del notario que convierte al documento en auténtico, quien ejerce sus facultades como fedatario público, da eficacia jurídica al acto de que se trató, permite, en el caso de un hecho, que las circunstancias produzcan los efectos de prueba plena. Es decir, lo convierte en un documento verdadero, cierto y positivo, dando fe pública. Así pues, la autorización es el acto del autor y creador de la escritura o del acta notarial.

El notario autoriza el instrumento con su firma y sello. Por lo que es importante señalar que para autorizar los instrumentos los notarios tendrán un sello en forma

circular, de cuatro centímetros de diámetro, el cual tendrá al rededor el nombre y apellido del notario, número y lugar de ubicación de la notaría; al centro el escudo nacional y la leyenda: Estados Unidos Mexicanos. Con el cual autoriza, al igual con su firma los actos en que se intervengan, ya que la falta de impresión del sello en un instrumento público tiene como consecuencias la nulidad del mismo o carecería de seguridad jurídica.

El sello es el instrumento que el notario utiliza para ejercer su carácter de fedatario, es decir, es el símbolo de la fe pública del Estado. Este sello, lo debe de imprimir siempre el notario en el ángulo superior derecho del anverso de cada folio que se vaya a utilizar, debiendo hacerlo también en todas las actuaciones notariales.

Por último, una actividad más del notario es reproducir, este vocablo significa volver a hacer presente lo que antes se dijo o alego. Es una nueva producción, copia, facultad de publicar nuevamente un escrito u obra.

El notario satisface plenamente la seguridad jurídica debido a la actividad examinadora que integra su función y además porque responde a los principios de conservación y reproducción del documento. En los documentos notariales existe la posibilidad de reproducción, ya que, existe una matriz que los conserva en forma permanente. El notario conserva los documentos en su poder por un término de veinticinco años, después deberá remitirlos al Archivo General de Notarías.

En todas estas etapas de la actividad del notario, o sea, escuchar, interpretar y aconsejar a las partes; preparar, redactar, certificar, autorizar y reproducir el instrumento, debe caracterizarlo su imparcialidad, espíritu conciliador, discreción en los secretos recibidos, equidad en el cobro de los honorarios, preparación técnica y jurídica; desempeño personal; y cumplimiento de las demás normas éticas y jurídicas.

Es imprescindible señalar que la Ley del Notariado para nuestro Estado, en su artículo 28 establece que en ejercicio de su función el notario tiene la obligación de ilustrar a las personas que le soliciten sus servicios, debiendo recibir, interpretar y dar forma a la voluntad de las mismas redactando los documentos para conferirles autenticidad, advirtiéndoles de las consecuencias legales de sus declaraciones de voluntad.

Esto quiere decir, que uno de los deberes y obligaciones que se le imponen al notario en el ejercicio de la función notarial es ser asesor imparcial de los peticionarios, es decir, aconsejar a los solicitantes imparcialmente, ya que cuando solicitan los servicios del notario es necesario que éste ilustre a los interesados, o sea, el notario busca cuales son los motivos y causas que van a llevar acabo dicha operación, por medio de la interpretación de su voluntad. Así dará forma a la voluntad de los interesados para que sea redactado de manera adecuada y eficaz el acto o escritura notarial, dando autenticidad, es decir legitimidad a los mismos.

Esta redacción debe ser con propiedad, claridad y concisión, utilizando un lenguaje sencillo y con propiedad, para que no exista algún conflicto entre los peticionarios, por lo que será necesario que el notario despliegue sabiduría legal y además el notario tiene una gran responsabilidad para evitar que se declare verdadero aquellos que no es cierto.

Por lo tanto, el notario tiene la obligación de orientar y explicar a los solicitantes el contenido y las consecuencias legales del acto que ante él se otorguen.

5.11 ELEMENTOS NOTARIALES.

Es preciso establecer que existen elementos notariales esenciales y secundarios que el notario necesita para su confección, los cuales en mi opinión son principales o esenciales: Protocolo, folio, apéndice, índice, sello y notaría. Mientras que algunos autores los clasifican como esenciales: protocolo, apéndice, sello y notaría; y secundarios, como Oficina, archivo, guía, índice y rótulo.

El protocolo es el libro en que el notario en ejercicio de la función de la fe pública notarial asienta y autoriza con las formalidades legales los instrumentos notariales los cuales son: las escrituras públicas y las actas notariales.

Se entienden por formalidades legales el conjunto de normas establecidas por el ordenamiento jurídico o por los peticionarios, que señalan como se debe exteriorizar la voluntad, para la validez del acto jurídico y del contrato.

Es imprescindible señalar que instrumento notarial “es el documento original que el notario redacta y asienta en el protocolo sobre los actos y hechos sometidos a su autenticación, firmado por los otorgantes, por los instrumentales o de conocimiento, cuando se requieran y autorizando por el notario”.¹⁴

Como ya mencionamos con anterioridad el notario autoriza el instrumento con su firma y sello. De igual forma señalamos que el instrumento notarial lo constituye el acta y la escritura pública.

“Acta notarial es el instrumento que a petición de parte interesada el notario extiende en los folios de su protocolo, para hacer constar bajo su fe uno o varios hechos presenciados por él y que autoriza mediante su firma y sello”.¹⁵

Se entienden por hecho jurídico el acontecimiento natural o del hombre, previsto en la norma como supuesto para producir consecuencias de derecho.

Las actas notariales, se redactan con la misma estructura de las escrituras públicas, con la excepción de que no existen cláusulas, es decir, no existe la

¹⁴ Op Cit. Supra (16) Art. 70

¹⁵ Op. Cit. Supra (16) Art. 91

manifestación de la voluntad. Pero si: 1o. Prohemio: el cual consiste en el lugar, fecha, nombre y número del notario, así como el del solicitante y el tipo de acta de que se trata; 2o. Antecedentes: se debe mencionar que todas las actas del notario, se rigen a instancia de parte, además se hace mención de que en todas las actas se relacionan todos los hechos que dieron motivo a la comparecencia del notario; 3o. Generales: el compareciente tiene obligación de mencionar sus datos generales, nombre, domicilio, edad, ocupación etc. excepto actas de protesta de títulos de crédito, notificaciones o interpelaciones, donde únicamente basta con el nombre de con quien se entienden la diligencia; 4o. Certificaciones: el notario público, al expedir un acta, certifica bajo su fe la verdad de los hechos relacionados; que conoce a los comparecientes o se identificaron con diferentes medios; que lo inserto y relacionado concuerda con los originales; que les dio lectura del acta, les hizo las explicaciones necesarias y quienes formaron y quienes se negaron a hacerlo; 5o. Autorización; para que tenga validez, el notario debe autorizarlo con su firma y sello. En ocasiones se requiere la firma de los comparecientes; 6o. Representación: esta parte del acta, se presenta, cuando el solicitante sea el apoderado o mandante de una persona física o persona jurídica moral, la cual tendrá la obligación de acreditar dicha representación.

La escritura pública es el documento original asentado en el protocolo por medio del cual se hace constar un acta jurídica, que lleva la firma y sello del notario.

Entendiéndose por acto jurídico, manifestación de la voluntad que tiene por objeto crear, transmitir, modificar o extinguir derechos u obligaciones.

Cabe señalar que la firma del notario, es el nombre y apellidos de éste que se pone al pie del escrito en el cual consta una escritura o un acta notarial para acreditar que procede de quien lo suscribe para autorizarlo ahí manifestando, con la firma el notario acredita la comparecencia de la persona y la conformidad con los hechos y declaraciones que suscribe, a menos que haya sido obtenida por engaño o amenaza, de carecer la firma, los escritos se consideran simples borradores o proyectos, por ello la firma del notario proporcionar seguridad y certeza a los otorgantes.

El protocolo esta integrado por folios y apéndice. Además el protocolo se dividirá en tomos. Los instrumentos y tomos que integran el protocolo deberán ser numerados progresivamente.

Cabe señalar, que a partir del primero de enero de 1997, la introducción del protocolo, por folios, vino a modernizar al notariado guanajuatense, permitiéndole ahorrar tiempo y materiales; se eliminaron las costosas gelatinas y el manchante papel hectográfico. Los folios son las hojas numeradas progresivamente, que deberán contener las características que determine la Unidad Administrativa que corresponda de la Secretaría de Gobierno. Además deberán contener la firma o rubrica y sello del notario, éstos folios o hojas deberán ser coleccionadas,

ordenadas y solidamente empastadas y junto con su apéndice constituirán el protocolo.

Los folios deberán ir numerados para acreditar que ningún instrumento notarial halla sido sustraído y para facilitar su cita, además de darle la seguridad requerida para que no puedan ser fácilmente sustituidos o falsificados, deben de estar perforados para que su protección sea más correcta y debe llevar un orden progresivo para facilitar el seguimiento de todos los instrumentos que consten en el protocolo y evitar cualquier pretension de inmoralidad.

El folio del protocolo utilizado por el notario debe de contener el nombre de éste, esto implica no sólo el nombre de pila, sino el nombre completo y sus apellidos. Además debe de incluir el número del notario que le es otorgado cuando se le confiere el fiat y es propio de él en cuanto no haya otro notario con el número igual en el mismo partido judicial o adscripción en el cual el notario ejerce la función notarial. De igual forma debe de contener el domicilio legal del notario el cual es el lugar en el que la ley le fije su residencia.

Es necesario señalar que el notario no puede autorizar ningún acto sin hacerlo en el folio ya que la fe pública notarial es documental y jamás podrá ser de manera verbal y esto es porque los instrumentos notariales hacen prueba plena y, para ello sólo es posible mediante la presentación del documento en el cual conste de un acto o un hecho jurídico que fueron pasados ante la fe del notario.

Para asentar las escrituras y actas en los folios podrá utilizarse cualquier procedimiento de la escritura o impresión que sea firme, inborrable y legible, sólo en casos urgentes a juicio del notario podrán ser manuscritas. Toda actuación notarial se escribirá en español sin abreviaturas expresando las fechas y cantidades con letra y número.

Los folios deberán utilizarse en forma progresiva por ambas caras para evitar que con posterioridad se puedan hacer modificaciones o agregar disposiciones no establecidos originalmente y puedan variar el sentido de la escritura o acta, cambiando totalmente su sentido.

Todo instrumento se iniciará al principio de un folio, y si al final del último empleado en el mismo queda espacio, es decir, si en último folio utilizado de cada escritura húbiera necesidad, después de la firma de autorización preventiva o definitiva cuando la primera no sea necesaria, el notario pondrá después el encabezado de notas complementarias. Si la parte final del folio no fuere suficiente, las notas complementarias se podrán hacer en hojas comunes por lo que no se requerirá que sean folios, pero dichas hojas deberán tener las mismas características que los folios.

Como ya se mencionó anteriormente el protocolo además se divide en tomos. Los instrumentos y tomos que integran el protocolo deberán ser numerados progresivamente.

Los instrumentos, es decir, los actos y escrituras que se asientan o constan en los folios, se ordenarán en tomos que tendrán siempre doscientos folios en que se contengan documentos completos; en su caso cancelarán los folios no utilizados y que sean necesarios para completar el tomo.

Se entiende por tomo cada una de las partes de compaginación distinta o encuadernación separada de una obra importante, el tomo como ya digimos debe de tener doscientos folios, los cuales deben de tener documentos completos. Al iniciar la formación de un tomo el notario hará constar el lugar y fecha en que se inicia, el número que le corresponderá dentro de la serie de los que sucesivamente se hayan abierto en la notaría a su cargo, el lugar donde ésta situada la notaría y la mención de que el tomo se formará con doscientos folios, que contengan los instrumentos autorizados por el notario o quien legalmente lo sustituya. Y obviamente deben de ir numerados progresivamente.

El número del tomo es para llevar un control y para que sea difícil el hecho de que puedan ser sustraídos sin darles cuenta y así los otorgantes tengan la certeza y seguridad jurídica.

La hoja en que se asiente la razón a que se refiere lo anteriormente mencionado, o sea, en la cual conste la razón o certificación de apertura no es foliada, ya que, los folios solo se utilizan para hacer constar actas y escrituras.

Es necesario señalar que, en relación con los tomos del protocolo el notario llevará una carpeta en donde irá depositando los documentos que se refieren en las escrituras y los actos. El contenido de esta carpeta se llama apéndice, el cual se considerará como parte integrante del protocolo.

De manera que el apéndice es la carpeta en donde se depositan o guardan los documentos que se refieren a las actas y escrituras, las cuales se agregan al apéndice ya sea porque son parte, son complemento o porque tienen relación con las escrituras o actas, ya que al ir coleccionadas, ordenadas y sólidamente empastadas se pegan o aglutinan, formando un libro, que en derecho notarial se le denomina como protocolo.

Las carpetas de los apéndices se encuadernarán ordenadamente y se empastarán pudiendo formarse uno o más volúmenes a juicio del notario en atención al número de hojas que contenga, a más tardar ciento ochenta días después de la fecha del cierre del tomo del protocolo a que pertenecen con el mismo número.

Los documentos del apéndice no podrán desglosarse, los conservará el notario y seguirán a su tomo respectivo. Esto sirve al notario para llevar el control de los apéndices de cada uno de los instrumentos notariales que protocoliza, ya que muchas veces el acta o escritura consta de varios documentos que forman parte, complementan o se relacionan por lo que al ordenar una encuadernación y un empastado formando ya uno o varios volúmenes hace más rápida la

localización de los documentos al contar con un número progresivo que le corresponda.

Los tomos del protocolo y apéndice serán guardados por el notario bajo su más estricta responsabilidad.

Por otro lado independientemente de los tomos y de las carpetas del apéndice, los notarios tienen la obligación de formar un índice general, de todos los instrumentos que autoricen. El índice general es una libreta que cada notario tiene la obligación de llevar. Anteriormente la Ley del Notariado para el estado de Guanajuato no completaba el índice.

En esta libreta se asientan, en orden alfabético los nombres de las personas que han intervenido en los instrumentos autorizados por el notario. Aunque nuestra ley menciona nada más, que el índice es una libreta, que el notario tiene la obligación de llevarla, por lo que no queda muy claro lo que es el índice.

Otro de los elementos notariales es el sello, del cual se hizo mención dentro de la actividad del notario, en la autorización de la escritura, pero podemos agregar que es un utensilio de metal o de caucho casi siempre, que reproduce, escudos, nombres, de un estado o autoridad y que se emplea en los documentos para darles mayor autenticidad y aclarar la firma o procedencia de quien lo emite o lo suscribe, proporcionando así seguridad ya que es difícil imitar estos sellos. Y como ya dijimos con anterioridad, los notarios deben de tener un sello para

autorizar los instrumentos, con el que autoriza los actos en que interviene, al igual con su firma.

Finalmente, a la oficina del notario se le denomina Notaría Pública y debe de tener en el exterior un letrero visible, con el nombre y apellidos del notario y el número asignado; misma que deberá estar en el lugar designado para la ubicación de la notaría. Cuando dos notarios estén asociados, se hará mención de esta circunstancia.

El profesional del derecho a quien se le ha otorgado el Fíat para el ejercicio notarial, sólo podrá utilizar la denominación de Notaría Pública en la oficina del notario.

El titular del Poder Ejecutivo determinará si se crean nuevas notarías tomando en cuenta las necesidades de la prestación del servicio notarial, para lo cual se analizará el número de habitantes de la adscripción de la nueva notaría, de acuerdo con los datos del último censo general de población. No podrá haber más de una notaría, por cada quince mil habitantes del lugar de ubicación de la nueva notaría; asimismo debe de tomar en cuenta el número de actos que se inscribieron en el Registro Público de la Propiedad y del Comercio.

Existen otros elementos notariales que, a mi criterio son secundarios como lo es: El archivo y guía, Los cuales no estan contemplados por la ley, pero en la práctica existen.

El archivo del notario se compone de los expedientes, los protocolos, folios y los documentos que forman parte del apéndice. También existen documentos que integran su archivo particular como recibos, empadronamiento, papelería, etc. Este archivo no es público, sólo se utiliza por el notario o por la persona que lo sustituya, pues en él se encuentran documentos que le han entregado, los comparecientes, en forma confidencial.

Es preciso manifestar, que nuestro ordenamiento, si bien no menciona el archivo particular del notario, si establece el archivo general de notarías, el cual depende del titular de la unidad administrativa correspondiente de la Secretaría de Gobierno. Y se forma de la siguiente manera: 1o. Con los documentos que los notarios del estado remitan a este; 2o. Con los protocolos y sus anexos, que no sean aquellos que los notarios puedan conservar en su poder; 3o. Con los sellos de los notarios que deban depositarse o inutilizarse; y, 4o. Con los expedientes, manuscritos, libros y demás documentos entregados a su custodia, o que sean utilizados para la prestación del servicio del archivo.

El notario debe conservar los documentos en su poder por un término de 25 años, transcurrido el cual deberá remitirlos al Archivo General de Notarías. Aunque hasta la fecha todavía la Dirección de Registros Públicos y Notarías no dispone del inmueble e instalaciones necesarias para ese fin.

Por último la guía es un documento público, el cual no esta contemplado en la ley, sino que en la práctica algunos notarios hacen uso de esta guía. En ésta

anotan en forma progresiva los instrumentos otorgados por él y el estado en que se encuentran.

5.12 REQUISITOS PARA SER NOTARIO.

La Ley del Notariado para el Estado de Guanajuato en su artículo 12 nos dice que para obtener el fiat de Notario se requiere:

- I. Ser mexicano en pleno ejercicio de sus derechos;
- II. Tener residencia de cuando menos dos años en el estado;
- III. Acreditar, haber y tener Buena conducta;
- IV. Gozar de capacidad física y mental que permita el ejercicio del notariado;
- V.. Tener título de licenciado en derecho, o sus equivalentes académicos, legalmente expedido;
- VI. Tener título de notario público o sus equivalentes académicos, que impliquen la especialización en la material, legalmente académico;
- VII. Haber practicado durante un año por lo menos, en alguna de las Notarías del Estado de Guanajuato;
- VIII. No haber sido condenado por sentencia ejecutoria por delito doloso que amerite pena privativa de libertad;
- IX. Acreditar como mínimo cinco años de ejercicio profesional como Licenciado en Derecho;

X. Presentar solicitud ante la unidad administrativa que corresponda de la Secretaría de Gobierno, acompañando las constancias documentales que sirvan para acreditar que se reúnen en los requisitos que anteceden; y

XI. Haber obtenido la calificación a que se refiere el artículo 20.

Es oportuno señalar, que el fiat es el consentimiento, autorización o mandato para que algo tenga efecto. El fiat es el documento por el cual el estado autoriza al particular a ejercer la función notarial, no obstante al ejecutivo le corresponde expedir el fiat, el cual sólo puede recaer en las personas que hayan satisfecho los requisitos establecidos anteriormente.

Ahora bien, el primer requisito establece que para obtener el fiat es necesario ser mexicano, pero no afirma si por nacimiento o por naturalización, por lo que se entiende que puede ser por ambas.

Además señala que esté en pleno ejercicio de sus derechos, esto se refiere a que no este suspendido en sus derechos, la suspensión implica la cesación de vigencia temporal y especial de dichos derechos, como son los derechos de los ciudadanos los cuales se suspenden por falta de cumplimiento, sin causa justificada, de inscribirse en el catastro de la municipalidad manifestando la propiedad que el ciudadano tenga, la industria, profesión o trabajo, inscribirse en el Registro Nacional de ciudadanos; alistarse en la Guardia Nacional, votar en las elecciones populares; por estar sujeto a un proceso original por delito que

merezca pena corporal; por vagancia o ebriedad consuetudinara; por estar prófugo de la justicia; por sentencia ejecutoria que imponga como pena esta suspensión.

La nacionalidad se acreditará por los medios que establecen el Código Civil y demás leyes aplicables. Por lo que la ley de Nacionalidad establece los documentos con los cuales se acreditará; por nacimiento, con el acta de nacimiento expedida observando lo previsto en la Legislación Civil y el Código Civil para nuestro estado y; por naturalización por medio de la carta de naturalización que expide la secretaría de Relaciones Exteriores o por medio del certificado de nacionalidad.

El pleno ejercicio de derechos se acreditará sólo bajo protesta de decir verdad, puesto que si la persona que aspira a ser notario tiene buena conducta, esto implica que se puede confiar en él y en lo que él diga.

El segundo requisito se refiere, al lugar donde se establezca para vivir, que sea dentro del estado de Guanajuato y, se exige que haya vivido en él por lo menos dos años.

La residencia se acreditará mediante constancia que expida la autoridad municipal.

El tercer requisito señala que se debe acreditar, haber y tener buena conducta, esto se entienden que si el notario tiene fe pública notarial, la cual implica la

garantía que da el notario al estado y al particular, al determinar que el acto se otorgó conforme a derecho y que lo relacionado en él es cierto, proporcionando así la seguridad jurídica, debe de ser una persona que tenga una buena conducta por lo que implica la Función Pública Notarial.

La buena conducta del aspirante se acreditará con las constancias que al efecto expidan las empresas, Instituciones u organismos para los cuales haya prestado o esté sus servicios y, en su caso, la autoridad municipal del lugar de su residencia. Ya que conocen la conducta de la persona que aspira a ser notario, en base a la manera de comportarse y saben si es confiable, laboriosa y eficiente. Estas constancias son las llamadas cartas de recomendación.

El cuarto requisito dice que se debe de gozar de capacidad física y mental, esto se traduce que la persona que pretenda obtener el fíat debe de estar física y mentalmente sano, ya que obviamente de lo contrario no podrá desempeñar la función notarial ya que está requiere que el notario escuche, interprete, aconseje, prepare, redacte, certifique, autorice y reproduzca los instrumentos notariales, es decir, requiere de un actuar físico y además se necesita que el notario piense, analice, comprenda y reflexione en lo concerniente a que es lo que quieren los comparecientes, por lo que es necesario que el notario esté sano de sus facultades mentales.

La capacidad física y mental, se probará con el certificado medico respectivo.

El quinto requisito menciona que debe tener título de licenciado en derecho, o sus equivalentes académicos, el cual es el título de abogado. Es necesario, ya que, el profesional de derecho, aspirante a obtener el fíat tiene que ser un perito en derecho que al interpretar la norma adecua la voluntad de los comparecientes al elaborar el instrumento notarial dentro del marco de legalidad y tiene que utilizar un lenguaje técnico jurídico, al redactar las cláusulas, muestra su creatividad de profesional del derecho y su calidad de jurisconsulto.

Los títulos de licenciado en derecho y de notario público, se acreditarán mediante las constancias adecuadas que expidan en términos de ley, las autoridades educativas competentes.

El sexto requisito señala que la persona que desea obtener el fíat, debe de tener título de notario público o sus equivalentes académicos, que impliquen la especialización en la materia, legalmente académico. Lo anterior se interpreta de la siguiente manera, al decir equivalente académico es porque al especializarse la persona como notario se le llama a dicha especialización postgrado, maestría, o especialización en notario público. El notario debe de tener una preparación social, jurídica y humana y su función pública está destinada a brindar seguridad jurídica, con lo cual se satisfacen las necesidades de interés social, como son la autenticidad y certeza jurídica.

El séptimo requisito manifiesta que es indispensable que haya practicado durante un año por lo menos, en alguna notaría, ya que, para la correcta redacción

de un instrumento, se necesita tener experiencia; el notario al escuchar lo solicitado de las personas que acuden a él, le permite interpretar cual es su voluntad, busca los motivos por los cuales se realiza determinada operación lo que le permite aconsejarles cual es la mejor solución al planteamiento jurídico, lo cual lo lleva a redactar la escritura pública o el acta notarial y para poder hacer esto es necesario que el notario tenga experiencia, para que al ejercitar la función notarial se formule el instrumento notarial de manera, clara, precisa, para que no quede lugar a dudas de cual ha sido la voluntad de los comparecientes.

Las prácticas notariales se acreditarán con el certificado que expida el notario, ante quien se húbiera hecho estas y con los acuses de recibo que sobre su inicio y conclusión expida en su oportunidad la Secretaría de Gobierno, en respuesta a los avisos que necesariamente deberán girarse sobre el particular.

El octavo requisito aclarar que aquella persona que ambiciona obtener el fíat no debe de haber sido condenado por sentencia ejecutoria por delito que amerite pena privativa de su libertad. Ya que, los instrumentos que expide el notario tienen la presunción de que los hechos o actos que en ellos consta son verdaderos, por lo que para creer en ellos con más fuerza, independientemente de que la ley les da valor probatorio pleno, deben de ser autorizados, certificados, reproducidos por una persona que sea honesta, integra, honrada, en la que se pueda confiar, cualidades que obviamente no podría tener una persona que comete un delito dolosamente, no podría confiarse en ella y en consecuencia que seguridad podría

proporcionar alguien que comete un delito de manera premeditada y la seguridad jurídica que se obtiene por medio del notario, es una e las finalidades del estado.

Para acreditar este requisito, se requerirá de la carta de no antecedentes penales, expedida por la autoridad competente Estatal Federal.

Como noveno requisito tenemos que el aspirante que desea adquirir el fíat, deberá tener un mínimo de cinco años ejerciendo su profesión como licenciado en derecho. Esto es, para que tenga la experiencia debida, ya que el notario debe de ser todo un profesional del derecho, puesto que al ejercer la función notarial, se relaciona con varias ramas del derecho, por lo que el aspirante debe tener un amplio conocimiento de las mismas para que el instrumento notarial, es decir, la escritura pública o acta notarial, sean redactadas conforme a la ley de que se traté.

El solicitante deberá probar documentalmente, que cuenta con el tiempo de ejercicio profesional que se requiere, puede ser por medio del curriculum vitae, la cédula profesional o alguna carta de recomendación.

El decimo requisito, es presentar solicitud, acompañado de las constancias documentales que sirven para acreditar que reúne todos los requisitos. Se presenta ante la unidad administrativa que es la Dirección de Registros Públicos y Notarías y es una de las autoridades encargadas de la inspección, vigilancia y coordinación de la Ley del Notariado y al recibir estos documentos, precisamente

esta coordinando, puesto que ordena las acciones de los particulares que están dirigidos a obtener el fiat.

Por último, para que la persona pueda obtener el fiat, se requiere haber obtenido la más alta calificación del examen de oposición, el presidente del jurado entregará al aspirante una copia del examen de oposición y comunicará al titular del poder ejecutivo de su resultado, remitiéndole el acta del examen para los efectos del otorgante del fiat.

CAPÍTULO VI

PROPUESTA DE REFORMAS AL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL ESTADO DE GUANAJUATO.

6.1 MODIFICACIÓN AL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL ESTADO DE GUANAJUATO.

Tradicionalmente nuestro ordenamiento jurídico ha entregado la Jurisdicción voluntaria a la competencia de los Jueces Civiles de Primera Instancia.

Sin embargo el 13 de Agosto del año 2004 fue publicado en el Periódico Oficial del Gobierno del Estado la reforma al Código de Procedimientos Civiles de Guanajuato, entrando en vigor el 1o. de Noviembre del año 2004. Respecto a la jurisdicción voluntaria fueron modificados los artículos 708, 710, 713, 738, 739, 740 y 742, de los cuales, los artículos 738, 739 y 740 se refieren al apeo y deslinde, estableciendo el artículo 738 que la petición de apeo, ya puede hacerse ante tribunal o notario público.

De manera que, aplicando nuestro criterio una vez estudiado y discernido todo el trabajo presente podemos concluir en forma definitiva que es conveniente realizar una nueva modificación al Código de Procedimientos Civiles vigente de

nuestro Estado, en el sentido de que el notario sea el encargado de llevar a cabo el trámite de los demás asuntos de jurisdicción voluntaria.

Si no es en general, en parte, o sea en los asuntos que tienen íntima relación con la actividad notarial, o que a su terminación deba darse un instrumento notarial. Como lo son las Diligencias ad perpétuam. Ya que, se puede decir que el valor de estas diligencias y el valor del acta notarial son el mismo. En los dos supuestos se trata de informaciones testificales documentadas.

Es principalmente en este caso mencionado con anterioridad donde sugerimos sea llevada la tramitación de las mismas, por un notario público. Esto sin perjuicio de que la totalidad de la mal llamada jurisdicción voluntaria sea tramitada notarialmente. O bien, que además del juez también el notario público tenga competencia en estos asuntos de jurisdicción voluntaria.

Por lo que propongo sea modificado el artículo 705 del Código de Procedimientos Civiles de Guanajuato, quedando de la siguiente manera:

Art. 705. Los asuntos no contenciosos comprenden todos los actos en que, por disposición de la ley o por solicitud de los interesados, se requiere la intervención del Juez o del Notario Público que sea designado como su auxiliar quien para este efecto tendrá las mismas facultades que al juez le confiere la ley, sin que esté promovida ni se promueva cuestión alguna entre partes determinadas.

Además deberán agregarse dos artículos más quedando así;

Art. 706. Las solicitudes relativas a los asuntos no contenciosos se formularán por escrito ante los jueces de primera instancia salvo los casos en que la ley disponga otra cosa.

Art.707. En su escrito inicial la parte interesada podrá solicitar y el juez, si la naturaleza del acto lo permite, deberá autorizar como su auxiliar, para el desahogo de trámites y diligencias previstas en este título, la intervención de un notario público, con facultades para actuar conforme a la ley del notariado.

No se proveerá la solicitud hecha en el sentido antes indicado si en el escrito respectivo no se contiene la designación con su nombre, apellidos, número y lugar de adscripción del notario público; si éste es titular o suplente, el domicilio de su oficina notarial, y la constancia de aceptación al cargo de auxiliar, debidamente autorizada con su firma y sello.

El notario público, el interesado y los demás intervinientes, deben observar las disposiciones generales y las especiales establecidas en el Libro de la denominada jurisdicción voluntaria y en especial la contenida en el artículo 708 que como ya sabemos señala que si a la solicitud promovida se opusiere parte legítima, se dará por concluida la jurisdicción voluntaria. Quedando a salvo los derechos del promovente para que los haga valer en la vía y forma que proceda. Esto significa que en el momento que surja controversia entre los solicitantes o

peticionarios u oposición por alguno que tenga interés en el asunto, se hace contencioso, por lo que el notario tendría que suspender de inmediato su actuación. Asimismo, reservando los derechos de los interesados, estos deberán hacerlos valer en juicio correspondiente, tramitando todo ello ante el Juez de Primera Instancia de lo Civil.

Una vez concluidos o agotados los trámites o transcurrido un mes sin que el promovente demuestre su interés en agotar los mismos, el notario público protocolizará el acta o las actas que húbiera levantado para el desahogo de los citados trámites encomendados, las que hará constar en pliegos sueltos, que deberán expresar lugar, día, mes y año en que se realizó la actuación notarial, hora de inicio y conclusión de la misma y deberá ser firmada por el notario y personas que intervengan en el acta correspondiente, o en su defecto levantará constancia de que estos últimos se negaron o no quisieron hacerlo o de la existencia de algún impedimento para ello. Las actas se insertarán íntegramente en el testimonio que se expida para el juzgado que previno del conocimiento de las diligencias, o se relacionarán en dicho testimonio, anexándose copia certificada de las mismas.

El testimonio deberá expedirse dentro de los quince días siguientes a declarar agotados los trámites correspondientes y presentarse en forma directa por el notario o a través del solicitante al juzgado, el que al recibirlo ordenará se agregue al expediente correspondiente.

Los honorarios del notario serán cubiertos por quien solicitó su nombramiento e intervención, y aquél no tendrá obligación de expedir y remitir el testimonio respectivo hasta que no estén satisfechos los mismos.

En su caso, otra propuesta sería que únicamente sean modificados los artículos 731 al 735 que corresponden a las informaciones ad perpétuam, en donde se establezca que estas diligencias ya pueden ser competencia también del notario público.

Por otro lado, propongo que se modifique el nombre de jurisdicción voluntaria por uno que en verdad sea adecuado. Por lo que puede ser denominada “Tramitación del procedimiento de los asuntos de Jurisdicción Voluntaria ante Notario Público” o bien “Asuntos no contenciosos” o en su caso “Asuntos no contenciosos de competencia notarial”.

6.2 JUSTIFICACIÓN.

Como ya hemos mencionado con anterioridad es necesario que la tramitación del procedimiento de los asuntos de Jurisdicción Voluntaria pase a la competencia del Notariado, sobre todo aquellos trámites que tienen íntima relación con la función notarial, como lo son las diligencias de informaciones ad perpétuam. O bien que en estos asuntos pueda intervenir además del juez el notario público. Asimismo que se modifique el nombre de la mal llamada jurisdicción voluntaria.

Como primer antecedente podemos mencionar que ya desde la antigüedad los procedimientos no contenciosos estaban a cargo del escribano, sólo que posteriormente se incluyeron dentro del Código de Procedimientos Civiles, como atribuciones del Poder Judicial.

Otro antecedente que es evidente señalar, es la misma reforma que ya se realizó a nuestro precepto legal. En cuanto a que la petición de apeo y deslinde ya puede tramitarse también ante notario público. Toda vez que a la terminación de estas diligencias se da un instrumento notarial, de igual forma se da en las informaciones ad perpétuam, por lo que no veo motivo alguno por lo que estas diligencias no puedan ser tramitadas directamente ante notario público. Tomando en cuenta que si una vez promovida la solicitud se opusiere parte legítima y no se logrará un acuerdo, se dará por concluido el trámite.

Un antecedente más que en cierta manera se puede comparar a lo tratado en el presente trabajo es que, el Código de Procedimientos Civiles para nuestro Estado, en su Libro Tercero, Título Segundo, Capítulo Octavo, habla de la tramitación por notario público de los juicios sucesorios testamentarios al indicar que cuando los herederos fueren mayores de edad, y hubieren sido instituidos por testamento público, la testamentaría se puede tramitar de manera extrajudicial, con la intervención del notario, siempre y cuando no exista controversia alguna.

De igual manera cuando sean reconocidos judicialmente todos los herederos y estos fueren mayores de edad en un juicio entratándose de una sucesión intestamentaria, esté podrá continuarse en su trámite ante notario público.

La tramitación del juicio sucesorio por notario se realiza de la siguiente manera:

Acuden todos los instituidos herederos por medio de testamento ante el notario de su elección, deben comparecer absolutamente todos los herederos y el albacea nombrados, como ya se dijo anteriormente, en el testamento. Lo anterior con el objeto de llevar a cabo la radicación de dicha testamentaría, presentando al notario copia certificada del acta de defunción expedida por el registro civil, y el testimonio de testamento del de cujus, acto seguido los comparecientes manifestarán la aceptación de la herencia, y el nombrado como albacea aceptará su cargo y protestará el mismo, en este punto el notario debe juzgar y estudiar tanto el testamento presentado como el acta de fallecimiento presentada, con el objeto de verificar si primero el testamento reúne los requisitos señalados en la Ley sustantiva civil vigente, además de verificar si se nombró albacea en el mismo, y en caso negativo nombrar al mismo por medio de los herederos y que en el momento acepte y se le discierna el cargo.

En este acto igualmente debe el albacea de la sucesión manifestar que procederá a formular el inventario de los bienes que formaban el acervo hereditario del de cujus.

Acto seguido debe el notario dar a conocer estas declaraciones por medio de dos publicaciones que se harán de diez en diez días en el Periódico Oficial de Gobierno del Estado. Con el fin de hacer publicidad a las mismas para que las personas que se crean con derecho a la sucesión, ya sean presuntos herederos o acreedores se presenten a manifestarlo.

Igualmente el notario verificará que el acta de defunción presentada coincida con la que dictó el testamento y de que la misma contenga los requisitos legales para su expedición.

Una vez practicado el inventario por el albacea y aprobado por todos los herederos legatarios, acudirán ante el notario para su respectiva protocolización, previo pago de los impuestos correspondientes conforme a las leyes fiscales en vigor.

Se sigue la misma forma tratándose de intestamentarías cuando fuesen todos los herederos mayores de edad y ya se les hubiesen reconocido judicialmente sus derechos el trámite a seguir es exactamente el mismo.

Así pues, a través de las experiencias se ha podido comprobar la rapidez y la eficacia de la tramitación por notarios que en la actualidad tienen y los cuales son como ya se explico las sucesiones tramitadas ante notario público, ya sean

testamentarias o intestamentarias después de la declaratoria de herederos, y reuniendo los requisitos que la ley establece.

Por lo anteriormente expuesto es necesario señalar que si la ley ha concedido estas facultades al Notario, me pregunto porque no se le otorga también la facultad de realizar dentro de sus funciones todos los demás asuntos de jurisdicción voluntaria que en la actualidad son realizados por la autoridad judicial. Sin embargo en el presente únicamente la petición de apeo y deslinde puede hacerse ante un tribunal o notario público.

Además, si la jurisdicción voluntaria se trata de aquella en que se solicita la intervención del juez sin estar promovida cuestión alguna entre los promoventes, en donde el juez ejerce funciones administrativas, podría decirse que se trata de un procedimiento voluntario.

Por lo que considero que la tramitación del procedimiento de la denominada jurisdicción voluntaria puede ponerse en manos de los notarios.

La mayoría de los juristas estudiosos del arte de la notaría están concordes de que gran parte, sino toda la actividad que compete a la jurisdicción voluntaria debe pasar al ámbito de la función notarial.

Toda vez que el notario esta conformado por profesionales del derecho, investidos de fe pública para ejercer su función. Asimismo, cabe destacar que

competen a los notarios fedatar los hechos y actos a los que las personas deban o quieran dar autencidad conforme a las leyes. Y que la formación de los instrumentos sólo se hará a petición de los solicitantes o promoventes.

Por lo que el notario público está preparado técnica y jurídicamente para tomar conocimiento y resolver los asuntos no contenciosos, a petición de los solicitantes, con lo consiguiente economía fiscal en beneficio del Estado y celeridad procesal en beneficio de la población.

Por lo tanto dentro del campo de la actividad notarial caben los asuntos de la llamada jurisdicción voluntaria ya que implican solemne e indirecta publicidad jurídica, previa recepción de la expresión de la voluntad manifiesta o con conocimiento de causa, o en virtud de que no existe interés ajeno en contradecir dicho derecho.

Por otro lado, cabe mencionar que el objeto de los procedimientos voluntarios implica la necesidad, de que éstos sean sometidos al conocimiento de la autoridad judicial para que ésta dé fe de los mismos, los comuniqué a otras personas y, en algunos casos, los sancione, apruebe o verifique, ya que al no estar promovida cuestión alguna entre los solicitantes, dicho objeto se limita solo a eso.

De manera que en la tramitación del procedimiento de jurisdicción voluntaria el juez, a quien se le ha encomendado tradicionalmente el ejercicio de ésta, actúa igual que el notario público.

Es preciso señalar que tanto el juez como el notario son peritos en la material del derecho, osea, ambos son profesionales del derecho, con título reconocido y registrado en la Dirección General de Profesiones, son ciudadanos en pleno goce de sus derechos, ambos acreditan cierta práctica profesional que requieren las leyes, y lo que es realmente importante es la cuestión de que los dos son de reconocidísima honorabilidad.

Pero en donde rebasa el notario al juez es en la manera de arribar a su puesto, pues mientras el juez es designado como tal, por un nombramiento del Supremo Tribunal de Justicia, el notario para obtener su patente, fiat, debe de aprobar y obtener ciertos requisitos que vimos en el capítulo relativo del presente trabajo, los cuales garantizan un mejor conocimiento del derecho y aplicación del mismo.

En la práctica, es decir, en la vida real los notarios tienen una presencia y preparación jurídica en la mayoría de los casos superior a la de un juez.

Otra ventaja del notario sobre el juez, es el tiempo que dura en su puesto, pues el juez es temporal en tanto es removido, y el notario tiene un carácter vitalicio, así el notario público tiene pues la tranquilidad en desempeñar su cargo y en cambio el juez actúa con la incertidumbre de la espontaneidad de su función.

Es evidente en que como su nombre lo dice el juez, juzga, resuelve sobre los documentos y demás medios de declaraciones, etc. que ante el llegan con el

objeto de dictar resolución o sentencia; pero el trabajo que realiza el notario al recibir la documentación necesaria para elaborar o integrar uno de sus instrumentos, realiza exactamente las mismas funciones interpretativas que el juez, no con el objeto de dictar una sentencia o resolución, sino con el objeto de crear un instrumento público de acuerdo con la normatividad positiva vigente.

Por lo que el notario debe juzgar sobre la legalidad e idoneidad de los documentos que se le presentan para crear un instrumento perfecto.

En resumen el notario al igual que el juez también juzga y con base a este juzgamiento se dá una resolución y otorga su instrumento.

Cabe destacar que el juez es una autoridad y el notario público es un profesional investido de facultades por el poder ejecutivo como son la autenticación y la fe pública

Además, cabe señalar que las resoluciones de jurisdicción voluntaria siempre dejan a salvo los derechos de terceros, por lo que si las dicta un notario deben tener la misma fuerza y si un tercero las impugna pues se cree con derecho se debe resolver en juicio aparte como ocurre en la actualidad.

De igual forma, es preciso mencionar que las resoluciones de jurisdicción voluntaria son actos fuera de juicio y contra ellas no cabe el recurso de amparo.

De igual manera no constituyen cosa juzgada, en virtud de que pueden ser modificadas por el mismo juez que las dictó.

Finalmente es necesario señalar que ante el notario acuden los interesados a hacer declaraciones privadas de voluntad que producen actos o hechos jurídicos y para que estos tengan eficacia o plenitud de efectos jurídicos es necesario acudir ante él. El estado ha investido al notario de facultades, las cuales aplica en un estudio para darles legalidad.

En conclusión, las resoluciones de jurisdicción voluntaria se traducen en acuerdos judiciales que declaran o constituyen una situación jurídica no controvertida.

Por lo que se podría decir que, los asuntos no contenciosos o procedimientos no contenciosos, no litigiosos y voluntarios son aquellos trámites administrativos, en los que no se requiere declaración judicial en la determinación de un derecho o el cambio de su status jurídico. En los actos de jurisdicción voluntaria el juez presta su autoridad para la comprobación o solemnidad o garantía de determinado trámite que la ley, libremente, pone en su sede.

Asimismo es de vital importancia manifestar que los jueces tienen la función de documentar, como lo hacen los notarios.

Por lo expuesto anteriormente, considero que es conveniente normar el resto de los asuntos no contenciosos a la competencia notarial, si no es en su totalidad, parte de ella, como son los asuntos que tienen más íntima relación con la función notarial, como son las diligencias de informaciones ad perpétuam. O bien como hemos mencionado con anterioridad que además del juez, el notario público tenga también competencia, no nadamás en las diligencias de apeo y deslinde sino también en el resto de los asuntos de jurisdicción voluntaria.

Asimismo, considero que en caso de haber oposición o cuestión alguna que sea de carácter contencioso, el notario deberá suspender de inmediato su intervención, dejando a salvo el derecho de los interesados para que lo hagan valer en juicio ordinario, por lo que deberán promoverlo ante el Juez de Primera Instancia de lo Civil.

Por ultimo, si en los procedimientos de que se ocupa esta jurisdicción voluntaria, no se trata de resolver cuestiones jurídicas sobre derechos objetados, ni de hacer efectivas obligaciones contradichas, únicamente se solemniza un acto por voluntad espontánea de los interesados.

Es decir, la jurisdicción voluntaria, no constituye una verdadera y propia jurisdicción, pues en ella no está presente el elemento indispensable de la contenciosidad o del conflicto, es decir, no ocurre en ella los datos definidores de esta como son según la doctrina procesalista, la contención entre las partes, la pretension, además no existe el efecto de la cosa juzgada.

Por otro lado solo la jurisdicción llamada contenciosa es jurisdicción, mientras la mal llamada jurisdicción voluntaria no es jurisdicción, sino es administración ejercida por órganos judiciales.

Por lo que considero que es necesario que se modifique el nombre de la mal llamada jurisdicción voluntaria y que se denomine "Tramitación del Procedimiento de los asuntos de Jurisdicción Voluntaria ante Notario Público" o "Asuntos no contenciosos" o en su caso "Asuntos no contenciosos de competencia notarial".

C O N C L U S I O N E S

PRIMERA: La Jurisdicción Voluntaria conforme a nuestro ordenamiento jurídico comprende todos los actos en que, por disposición de la ley o por solicitud de los interesados, se requiere la intervención del juez, sin que esté promovida ni se promueva cuestión alguna entre partes determinadas.

SEGUNDA: De manera que, en los procedimientos de Jurisdicción Voluntaria no se trata de resolver cuestiones jurídicas sobre derechos objetivos, ni de hacer efectivas obligaciones contra dichas, sino que se solemniza un acto por voluntad espontánea de los interesados.

TERCERA: Por lo tanto, si la Jurisdicción Voluntaria se ejerce cuando no existe conflicto, no es propiamente jurisdicción, pues en ella no existe el elemento indispensable de la contenciosidad, es decir, la jurisdicción voluntaria no es estrictamente un acto jurisdiccional. La vía judicial es el medio de las relaciones jurídicas en conflicto, no es la forma natural de las relaciones sociales. Sólo en caso de desacuerdo de los promoventes se da el proceso judicial.

CUARTA: Así pues, en la tramitación de los procedimientos de Jurisdicción Voluntaria se solicita la intervención del juez sin estar empeñada ni promoverse cuestión alguna entre los promoventes, en donde el juez ejerce funciones

administrativas, por lo que se puede decir que el juez actúa igual que el notario público. Los jueces tienen la función de documentar como lo hacen los notarios.

QUINTA: Además, nuestro Código de Procedimientos Civiles en su artículo 738 establece que la petición de apeo deberá hacerse ante un tribunal o notario público.

SEXTA: Por lo que, es conveniente que la tramitación del procedimiento de los demás asuntos de Jurisdicción Voluntaria se otorgue a los notarios.

SEPTIMA: Toda vez, que el Notario conforme a nuestra Ley del Notariado, es el profesional del derecho a quien se ha investido de fe pública para ejercer la función notarial. Asimismo compete a los notarios fedatar los hechos y actos a los que las personas deban o quieran dar autenticidad conforme a las leyes. La formación de los instrumentos solo se hace a petición de parte.

OCTAVA: La actuación del notario público puede ser también interpretativa de leyes, ya que, como perito en derecho tiene la capacidad para desentrañar el sentido de las normas jurídicas.

NOVENA: El documento notarial es un instrumento auténtico y produce todos sus efectos.

DÉCIMA: De manera que el notario público está preparado técnica y jurídicamente para tomar conocimiento y resolver los asuntos no contenciosos, a petición de los solicitantes o promoventes. Por lo que el notario es la persona adecuada para remplazar o auxiliar al juez de Primera Instancia de lo Civil, en los asuntos de jurisdicción Voluntaria.

DÉCIMA PRIMERA: De acuerdo con lo expuesto anteriormente considero que es conveniente que se realice una nueva modificación al Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Guanajuato, en el sentido de que se le otorgue al notario público, la facultad de realizar dentro de sus funciones la tramitación del procedimiento del resto de los asuntos de Jurisdicción Voluntaria, si no en su totalidad, parte de ella, como los asuntos que tienen íntima relación con la función notarial, como son las diligencias de informaciones ad perpétuam, ya que, a la terminación de estas diligencias se da un instrumento notarial.

DÉCIMA SEGUNDA: Asimismo, considero que cuando exista oposición de alguno de los solicitantes, el asunto deja de ser no contencioso, por lo que el notario suspenderá su actuación, y deberá sustanciarse como un juicio ordinario ante el Juez de Primera Instancia de lo Civil.

DÉCIMA TERCERA: Por otro lado es necesario que se modifique el nombre del capítulo de Jurisdicción Voluntaria, por uno más adecuado que podría ser: "Tramitación del Procedimiento de los Asuntos de Jurisdicción Voluntaria ante

Notario Público” o bien, “Asuntos no Contenciosos” o en su caso, “Asuntos no Contenciosos de Competencia Notarial”.

DÉCIMA CUARTA: Algunas de las ventajas que tendría esta modificación a nuestro Código de Procedimientos Civiles, serían: 1o. El Estado resultaría beneficiado porque se transfiere al campo privado, a través de la institución notarial, investida de fe pública, la solución de los asuntos no contenciosos o de jurisdicción voluntaria, atendiendo la imperiosa necesidad de resolver la congestión de la labor jurisdiccional, procurando así, el efecto de la descongestión de los juzgados, y la consecuente agilización de los procesos contenciosos. 2o. De igual forma el Estado resulta beneficiado por cuanto éste no sufragia ningún gasto en la tramitación de éstos procedimientos notariales; 3o. Los particulares estarán sujetos en estos trámites al arancel correspondiente. Es importante mencionar que para ellos también significa una reducción de costos por la simplificación del trámite notarial y la reducción considerable del plazo.

B I B L I O G R A F I A

ALCALÁ ZAMORA NICETO Y CASTILLO. ESTUDIOS DE TEORÍA GENERAL E HISTORIA DEL PROCESO, T. I. 2a. ed. Ed. Instituciones de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, D.F., 1974. p.p. 487.

ALLORIO ENRICO. PROBLEMAS DE DERECHO PROCESAL, T. II. 1a. ed. Ed. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, Argentina, 1964. p.p. 516.

AVILA ALVAREZ PEDRO. ESTUDIOS DEL DERECHO NOTARIAL. 4a. ed. Ed. Montecorvo. México, D.F., 1973. p.p. 453.

BAÑUELOS SÁNCHEZ FROYLÁN. DERECHO NOTARIAL. 1a. ed. Ed. Cárdenas. México, D.F., 1997. p.p.935.

BECERRA BAUTISTA JOSÉ. EL PROCESO CIVIL EN MÉXICO. 9a. ed. Ed. Porrúa. México, D.F., 1981. p.p. 505.

BELLO ANDRES. INSTITUCIONES DE DERECHO ROMANO. 14a. ed. Ed. Ministerio de Educación de Caracas. Venezuela, 1959. p.p. 342.

BRAVO GONZALEZ AGUSTÍN Y BRAVO VALDES BEATRIZ. DERECHO ROMANO. 4a. ed. Ed. Pax. México, D.F., 1985. p.p. 329.

CALAMANDREI PIERO. INSTITUCIONES DEL DERECHO PROCESAL CIVIL, T. I. 8a. ed. Ed. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, Argentina, 1962. p.p. 576.

CARNELUTTI FRANCESCO. INSTITUCIONES DEL PROCESO CIVIL, V. I. 5a. ed. Ed. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, Argentina, 1959. p.p. 624.

CUENCA HUMBERTO. DERECHO PROCESAL CIVIL, T. I. 2a. ed. Ed. Universidad de Caracas. Venezuela, 1969. p.p. 546.

CUENCA HUMBERTO. PROCESO CIVIL ROMANO. 1a. ed. Ed. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, Argentina, 1957. p.p. 379.

CHIOVENDA GIUSEPPE. CURSO DE DERECHO PROCESAL CIVIL, V. 6. 14a. ed. Ed. Harla. México, D.F., 1997. p.p. 598.

DE MIGUEL ROMERO MAURO Y DE MIGUEL ALONSO CARLOS. DERECHO PROCESAL PRÁCTICO, T. II. 11a. ed. Ed. BOSH. México, D.F., 1967. p.p. 564.

DE PINA RAFAEL. CASTILLO LARRAÑAGA JOSÉ. INSTITUCIONES DE DERECHO PROCESAL CIVIL. 12a. ed. Ed. Porrúa. México, D.F., 1978. p.p. 684.

DE PINA RAFAEL. DERECHO NOTARIAL. 1a. ed. Ed. Porrúa. México, D.F., 1951. p.p. 824.

EMERITO GONZALEZ CARLOS. DERECHO NOTARIAL. 2a. ed. Ed. La Ley. Buenos Aires, Argentina, 1982. p.p. 744.

GÍMENEZ ARNAU ENRIQUE. DERECHO NOTARIAL. 2a. ed. Ed. Universidad de Navarra. España, 1976. p.p. 738.

GÓMEZ LARA CIPRIANO. DERECHO PROCESAL CIVIL. 4a. ed. Ed. Trillas. México, D.F., 1989. p.p. 330.

GÓMEZ LARA CIPRIANO. TEORÍA GENERAL DEL PROCESO. 7a. ed. Ed. Universidad Nacional Autónoma de México. México, D.F., 1987 p.p. 379

GUASP JAIME. DERECHO PROCESAL CIVIL, T. II. 3a. ed. Ed. Instituciones de Estudios Políticos. Madrid, España, 1973. p.p. 512.

LARRAUD RUFINO. CURSO DE DERECHO NOTARIAL. 1a. ed. Ed. Depalma. Buenos Aires, Argentina, 1966. p.p. 869.

LINO ENRIQUE PALACIO. DERECHO PROCESAL CIVIL, T. I. 1a. ed. Ed. Cárdenas. Buenos Aires, Argentina, 1967. p.p. 487.

MALDONADO ADOLFO. DERECHO PROCESAL CIVIL. TEORÍA Y LEGISLACIÓN. 1a. ed. Ed. E.C.L.A.L. México, D.F., 1947. p.p. 428.

MEDINA LIMA IGNACIO. BREVE ANTOLOGÍA PROCESAL. 1a. ed. Ed. Universidad Nacional Autónoma de México. México, D.F., 1973. p.p. 344.

PALLARES EDUARDO. DERECHO PROCESAL CIVIL. 8a. ed. Ed. Porrúa. México, D.F., 1979. p.p. 715.

PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO BERNARDO. DERECHO NOTARIAL. 5a. ed. Ed. Porrúa. México, D.F. 1990. p.p. 759.

PÉREZ PALMA RAFAEL. GUÍA DE DERECHO PROCESAL CIVIL. 4a. ed. Ed. Cárdenas. México, D.F., 1976. p.p. 363.

SERRA DOMINGUEZ MANUEL. ESTUDIOS DE DERECHO PROCESAL. 1a. ed. Ed. Ariel. Barcelona, España, 1969. p.p. 582.

L E G I S L A C I Ó N

CÓDIGO CIVIL DE GUANAJUATO. VIGENTE.

CÓDIGO CIVIL DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL ESTADO DE GUANAJUATO. VIGENTE.

CÓDIGO CIVIL DE PROCEDIMIENTOS CIVILES DE JALISCO. VIGENTE.

LEY DEL NOTARIADO PARA EL ESTADO DE GUANAJUATO. VIGENTE.

LEY DEL NOTARIADO PARA EL ESTADO DE JALISCO. VIGENTE.

O T R A S F U E N T E S

DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO, T. I, II, III. 4a. ed. Ed. Porrúa. México, D.F., 1991.

DICCIONARIO DE DERECHO NOTARIAL. LIC. FCO. JAVIER GUIZA ALDAY. Celaya, Guanajuato, 1989.

PROYECTO DE LEY NO. 1036. ASUNTOS NO CONTENCIOSOS DE COMPETENCIA NOTARIAL. BARRON CEBREROS XAVIER, FLORES NANO LOURDES, Y OTROS. Lima, Perú, 1996.