

879309



UNIVERSIDAD LASALLISTA BENAVENTE



5  
2es.

FACULTAD DE DERECHO

CON ESTUDIOS INCORPORADOS A LA  
UNIVERSIDAD AUTONOMA DE MEXICO

CLAVE 879309

**"TRAMITE DE LA ADOPCION ANTE  
NOTARIO PUBLICO"**

TESIS

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE  
LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA:

**GABRIELA ARELLANO RANGEL**

CELAYA, GTO.

ABRIL, 1998.

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

263609



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.

**DEDICATORIAS:**

## **A DIOS:**

**“ A ti Señor, te dedico este trabajo, que es la culminación de una etapa de mi vida, la de estudiante; desde hoy, que empiezo mi vida profesional la pongo en tus manos, como lo hice al inicio de mi carrera”,**

## **GRACIAS:**

**Por permitirme llegar a este momento y por darme lo mas importante que una persona puede tener “el Don de la Vida, por mis Padres, por la salud”.**

## **A. mis Padres:**

**Mi mas infinito amor y agradecimiento; gracias Papás porque sin su apoyo principalmente moral y espiritual no me hubiera sido posible alcanzar este gran sueño.**

## **A mis Hermanos:**

**Aracely**

**Juan**

**Fernando**

**Alejandro**

**Marycruz**

**Baltazar**

**“Por vivir y compartir conmigo cada momento de mi carrera”.**

**Gracias por ser mis hermanos.**

**A mis demás familiares por su apoyo incondicional.**

**a. mi Universidad;**

**a mi Honorable Jurado Calificador.**

**Mi especial agradecimiento al Lic.  
Francisco Javier Guiza Alday, por su  
amistad y por ser haberme dado el  
presente tema a desarrollar.**

**A todos los que integran el Despacho Jurídico  
“De Anda, González, Sánchez y Asoc.”**

**Gracias por permitirme formar parte de su equipo de trabajo, por su  
comprensión y paciencia diaria; por aceptarme como soy.**

**A dos amigos incondicionales:**

**Lic. Laura Beatriz Guiza Cabrera**

**Gracias por compañía diaria, porque  
aunque no trabajemos estamos  
juntas siempre;**

**“Gracias por aceptarme como soy y por tu amistad”.**

**Luis Antonio Ortíz Rodríguez;**

**“ Por tu apoyo incondicional y por estar  
siempre conmigo solo como un verdadero  
amigo lo sabe hace, en las buenas y en las  
malas”;**

**Nunca cambies.**

# INDICE

## INTRODUCCION

### CAPITULO I

#### " ADOPCION "

Pág.

I.1.-	CONCEPTO	1
I.2.-	EVOLUCION HISTORICA	3
I.2.1.-	EVOLUCION HISTORICA EN MEXICO	5
I.3.-	DIFERENCIA ENTRE LA ADOPCION PLENA Y SIMPLE	7
I.4.-	NATURALEZA JURIDICA	9
I.4.1.-	ACTO JURIDICO	10
I.4.2.-	PLURILATERAL	10
I.4.3.-	MIXTO	10
I.4.4.-	SOLEMNE	11
I.4.5.-	CONSTITUTIVO	11
I.4.6.-	EXTINTIVO EN OCASIONES	11
I.4.7.-	REVOCABLE	12
I.4.8.-	DE EFECTOS PRIVADOS	12
I.4.9.-	DE INTERES PUBLICO	12
I.5.-	REQUISITOS	13
I.5.1.-	ELEMENTOS PERSONALES	13
I.5.2.-	ELEMENTOS FORMALES	18
I.6.-	CONSECUENCIAS JURIDICAS	20
I.7.-	DISOLUCION	23
I.7.1.-	EXTINCION POR FALLECIMIENTO	23
I.7.2.-	EXTINCION POR NULIDAD	23
I.7.3.-	EXTINCION POR IMPUGNACION DEL ADOPTADO	24
I.7.4.-	EXTINCION POR REVOCACION UNILATERAL DEL ADOPTANTE	24
I.7.5.-	EXTINCION POR REVOCACION BILATERAL	25

### CAPITULO II

#### " PATRIA POTESTAD "

2.1.-	CONCEPTO	26
2.2.-	EVOLUCION HISTORICA	28
2.2.1.-	DIFERENCIA ENTRE LA INSTITUCION ROMANA Y LA ACTUAL	29
2.3.-	CARACTERISTICAS	31
2.3.1.-	CARGO DE INTERES PUBLICO	31
2.3.2.-	IRRENUNCIABLE	32

2.3.3.-	<b>INSTRANSFERIBLE</b>	<b>32</b>
2.3.4.-	<b>IMPREScriptIBLE</b>	<b>33</b>
2.3.5.-	<b>TEMPORAL</b>	<b>33</b>
2.3.6.-	<b>EXCUSABLE</b>	<b>33</b>
2.3.7.-	<b>PERSONAL</b>	<b>34</b>
2.3.8.-	<b>PARTICIPACION DE AMBOS</b>	<b>34</b>
2.3.9.-	<b>OBLIGATORIO</b>	<b>35</b>
2.3.10.-	<b>REPRESENTACION TOTAL</b>	<b>35</b>
2.3.11.-	<b>DE TRACTO SUCESIVO</b>	<b>35</b>
2.4.-	<b>SUJETOS</b>	<b>35</b>
2.4.1.-	<b>SUJETOS ACTIVOS DE LA PATRIA POTESTAD</b>	<b>36</b>
2.4.2.-	<b>SUJETOS PASIVOS</b>	<b>36</b>
2.5.-	<b>CONSECUENCIAS JURIDICAS</b>	<b>37</b>
2.5.1.-	<b>DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LOS MENORES SUJETOS A LA PATRIA POTESTAD</b>	<b>37</b>
2.5.2.-	<b>DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LOS QUE EJERCEN LA PATRIA POTESTAD</b>	<b>38</b>
2.5.2.1.-	<b>RESPECTO A LA PERSONA DE LOS MENORES</b>	<b>38</b>
2.5.2.2.-	<b>EFFECTOS DE LA PATRIA POTESTAD RESPECTO DE LOS BIENES DEL MENOR</b>	<b>40</b>
2.6.-	<b>SUSPENSION DE LA PATRIA POTESTAD</b>	<b>43</b>
2.6.1.-	<b>PERDIDA DE LA PATRIA POTESTAD</b>	<b>44</b>
2.6.2.-	<b>EXTINCION DE LA PATRIA POTESTAD</b>	<b>45</b>
2.7.-	<b>LA PATRIA POTESTAD EN LA ADOCION</b>	<b>46</b>
2.8.-	<b>LA EMANCIPACION</b>	<b>46</b>

## **CAPITULO III**

### **"DISTINCION ENTRE LAS JURISDICCIONES"**

3.1.-	<b>ANTECEDENTES</b>	<b>48</b>
3.1.1.-	<b>LA JURISDICCION VOLUNTARIA Y CONTENCIOSA</b>	<b>48</b>
3.1.2.-	<b>ASPECTOS DIFERENCIALES ENTRE AMBAS JURISDICCIONES COMO MERO ANTECEDENTE</b>	<b>49</b>
3.1.3.-	<b>LA JURISDICCION EN SENTIDO ESTRICTO</b>	<b>50</b>
3.2.-	<b>SEGUN LA CALIDAD O NATURALEZA</b>	<b>50</b>
3.3.-	<b>SEGUN LA CANTIDAD DE LAS RELACIONES JURIDICAS</b>	<b>52</b>
3.4.-	<b>EN RAZON DEL ORIGEN DE LA FUNCION JURISDICCIONAL</b>	<b>58</b>
3.5.-	<b>DIFERENCIAS DE LA JURISDICCION VOLUNTARIA CON LA JURISDICCION CONTENCIOSA</b>	<b>58</b>

## **CAPITULO IV**

### **"JURISDICCION VOLUNTARIA"**

<b>4.1.-</b>	<b>CONCEPTO</b>	<b>65</b>
<b>4.2.-</b>	<b>ORIGEN HISTORICO</b>	<b>66</b>
<b>4.3.-</b>	<b>NATURALEZA JURIDICA DE LOS ACTOS DE JURISDICCION VOLUNTARIA O DE JURISDICCION NO CONTENCIOSA</b>	<b>68</b>
<b>4.4.-</b>	<b>CARACTERISTICAS DE LA JURISDICCION VOLUNTARIA DE ACUERDO A NUESTRA LEY POSITIVA</b>	<b>71</b>
<b>4.5.-</b>	<b>ACTOS MATERIA DE JURISDICCION VOLUNTARIA EN EL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES EN NUESTRO EDO</b>	<b>72</b>
<b>4.5.1.-</b>	<b>NOMBRAMIENTO DE TUTORES Y CURADORES Y DISERNIMIENTO DE SUS CARGOS</b>	<b>72</b>
<b>4.5.2.-</b>	<b>ENAJENACION Y GRAVAMEN DE BIENES DE MENORES INCAPACITADOS Y TRANSACCION A CERCA DE SUS DERECHOS</b>	<b>73</b>
<b>4.5.3.-</b>	<b>ADOPCION</b>	<b>73</b>
<b>4.5.3.1.-</b>	<b>TRAMITE DE LA ADOPCION COMO ACTO DE LA JURISDICCION VOLUNTARIA</b>	<b>74</b>
<b>4.5.3.2.-</b>	<b>ACTAS DE ADOPCION</b>	<b>75</b>
<b>4.5.4.-</b>	<b>INFORMACIONES AD PERPETUAM</b>	<b>76</b>
<b>4.5.5.-</b>	<b>APEO Y DESLINDE</b>	<b>77</b>
<b>4.6.-</b>	<b>DISPOSICIONES RELATIVAS A OTROS ACTOS DE JURISDICCION VOLUNTARIA</b>	<b>79</b>
<b>4.7.-</b>	<b>SUJETOS Y OBJETOS DE LOS ACTOS DE JURISDICCION VOLUNTARIA</b>	<b>80</b>
<b>4.8.-</b>	<b>IMPUGNACION DE LOS ACTOS DE JURISDICCION VOLUNTARIA</b>	<b>80</b>

## **CAPITULO V**

### **" NOTARIO PUBLICO "**

<b>5.1.-</b>	<b>EVOLUCION HISTORICA</b>	<b>82</b>
<b>5.1.2.-</b>	<b>EPOCA PRECOLONIAL</b>	<b>84</b>
<b>5.1.3.-</b>	<b>DESCUBRIMIENTO Y CONQUISTA</b>	<b>84</b>
<b>5.1.4.-</b>	<b>MEXICO COLONIAL</b>	<b>85</b>
<b>5.1.5.-</b>	<b>MEXICO INDEPENDIENTE</b>	<b>87</b>
<b>5.2.-</b>	<b>FUNCION NOTARIAL</b>	<b>90</b>
<b>5.3.-</b>	<b>NATURALEZA JURIDICA DE LA FUNCION NOTARIAL</b>	<b>93</b>
<b>5.4.-</b>	<b>CARACTERISTICAS DE LA FE PUBLICA NOTARIAL</b>	<b>95</b>
<b>5.5.-</b>	<b>INSTRUMENTOS NOTARIALES</b>	<b>98</b>

<b>5.6.-</b>	<b>ELEMENTOS NOTARIALES</b>	<b>98</b>
<b>5.6.1.-</b>	<b>PROTOCOLO</b>	<b>98</b>
<b>5.6.2.-</b>	<b>APENDICE</b>	<b>99</b>
<b>5.6.3.-</b>	<b>INDICE</b>	<b>99</b>
<b>5.6.4.-</b>	<b>SELLO</b>	<b>100</b>
<b>5.6.5.-</b>	<b>NOTARIA</b>	<b>100</b>
<b>5.6.6.-</b>	<b>OFICINA</b>	<b>100</b>
<b>5.6.7.-</b>	<b>ROTULO</b>	<b>101</b>
<b>5.6.8.-</b>	<b>ARCHIVO</b>	<b>101</b>
<b>5.7.-</b>	<b>DOCUMENTO NOTARIAL</b>	<b>101</b>
<b>5.7.1.-</b>	<b>ESCRITURA PUBLICA</b>	<b>102</b>
<b>5.7.2.-</b>	<b>ACTA NOTARIAL</b>	<b>102</b>
<b>5.8.-</b>	<b>ANALOGIAS Y DIFERENCIAS DE LAS FUNCIONES JURISDICCIONAL Y NOTARIAL</b>	<b>103</b>
<b>5.8.1.-</b>	<b>POR SU GESTION DE JURISDICCION EN SENTIDO LATO</b>	<b>103</b>
<b>5.8.2.-</b>	<b>POR SU CONCIENCIA Y EXPERIENCIA EN EL DERECHO</b>	<b>104</b>
<b>5.8.3.-</b>	<b>POR SU ACCION DE LA CONSECUCION DE LA JUSTICIA</b>	<b>104</b>
<b>5.8.4.-</b>	<b>POR EL SUPUESTO DE INTERVENCION</b>	<b>104</b>
<b>5.8.5.-</b>	<b>POR SU FORMA DE INTERVENCION</b>	<b>104</b>
<b>5.8.6.-</b>	<b>POR SU TIPO DE INTERVENCION</b>	<b>105</b>
<b>5.8.7.-</b>	<b>POR LOS EFECTOS DE SUS INTERVENCIONES</b>	<b>105</b>
	<b>CONCLUSIONES</b>	<b>106</b>
	<b>BIBLIOGRAFIA</b>	<b>108</b>

# **INTRODUCCION.**

**Como vemos, México vive un profundo proceso de cambios, de transformación estructural, económica, política, social y lógicamente jurídica. Para ello se ha reformado en gran parte nuestra Constitución que hasta la fecha se han llevado a cabo en los últimos años, como es la promulgación de nuevas legislaciones, algunas tan trascendentales a la vida nacional como la agraria, religiosa, la que regula las inversiones extranjeras, etcétera..**

**Sin embargo, el Notario Mexicano no esta ajeno a tales cambios y repercusiones y una prueba de ello es la reforma al Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Jalisco, decreto publicado en el Periódico Oficial el 11 de Diciembre de 1996; en donde, en el Capítulo relativo a la Jurisdicción Voluntaria en donde el Notario Público ya tiene participación.**

**El prestigio, el reconocimiento y la confianza pública en tal institución me permite afirmar que dentro del conjunto social, como de legatarios de la fe pública, como profesionales del derecho son uno de los grupos mas tomados en cuenta en la actualidad.**

**Con las reformas al Código Civil para el Estado de Guanajuato, de fecha de publicación el 30 de Julio del año de 1996, se adicionan varios artículos en los que se crea la ADOPCION PLENA y se modifican algunos otros, lo cual, es de suma importancia para nuestra legislación, en virtud de que ya algunos Estados lo habían incorporado en su legislación desde hace tiempo y la nuestra, a pesar de ser una de las legislaciones que sobresale por estar siempre a la vanguardia y constante evolución, en este aspecto, en cuanto a la Jurisdicción Voluntaria se refiere y muy particularmente en la adopción se había quedado exenta de cambios, es por ello que este tema lo considero muy interesante, útil y práctico acorde con las exigencias de la realidad social que impera en la actualidad, creyendo factible y necesario que no solo se debía incorporar a nuestra legislación la**

**adopción plena, sino que sería necesario modificar lo referente a la competencia de este trámite, pues al estar la adopción dentro del Capítulo de Jurisdicción Voluntaria, en nuestro Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Guanajuato, encuentro ilógico que se lleve a cabo ante Tribunales Judiciales, siendo éste solo un mero trámite de Jurisdicción Voluntaria y no un litigio, dado el problema de saturación que existe en los juzgados civiles en la actualidad y por ello descuidar los verdaderos trámites judiciales.**

**Poniéndome a pensar en la situación política, económica y de sobre población principalmente por la que atravesamos en general los mexicanos, los tribunales judiciales son los mas afectados, en cuanto a su saturación, y por lo tanto, los juicios y procedimientos que en estos se siguen son cada vez mas lentos.**

**Esta propuesta la hago tomando como base la no existencia de controversia dentro de la llamada Jurisdicción Voluntaria, la que considero son actos de naturaleza administrativa.**

**Enfocándolo a la ADOPCION principalmente, considero causa ilógica el que este trámite se tenga que hacer especialmente ante estos tribunales, puesto que es eso, solo un mero trámite y no existe de por medio ninguna *litis* o litigio, sino como dije anteriormente, se trata de Jurisdicción Voluntaria, y si se hiciera ante Notario Público por principio de cuentas, se desahogaría el trabajo en los juzgados civiles y como consecuencia de ello, quizá se atendería de una mejor forma a quienes realmente se encuentran en conflicto sus intereses y se daría mas agilidad a los asuntos que en ellos se encuentran pendiente de resolución y por otro lado, seria mucho mas sencillo y menos tardado el trámite de Jurisdicción Voluntaria en el caso específico de la adopción siendo optativa la intervención del Notario Público.**

# **CAPITULO I**

## **ADOPCION.**

La adopción está regulada en el Código Civil para el estado de Guanajuato, en el Libro Primero (de las personas), Título Séptimo (de la paternidad y filiación), Capítulo V (de la adopción), del artículo 446 al 464-I.

### **I.II.- CONCEPTO.**

La palabra ADOPCION viene del latín *adoptio*, y adoptar, de *adoptare, de ad a y optare*, desear (acción de adoptar o prohijar). Es recibir como hijo, con los requisitos y solemnidades que establecen las leyes, al que no lo es naturalmente.

El Código Civil para el estado de Guanajuato la define como: "ES UN ACTO JURIDICO POR EL CUAL SE CONFIERE A UNO O VARIOS MENORES O INCAPACITADOS, AUN CUANDO ESTOS SEAN MAYORES DE EDAD, LA POSESION DE ESTADO DE HIJO DEL O DE LOS ADOPTANTES Y A ESTOS LOS DEBERES INHERENTES A LA RELACION DE PARENTESCO".

En nuestro derecho, la adopción constituye la tercera fuente de parentesco, ya que tiene por objeto establecer un parentesco civil entre adoptante y adoptado, donde no existe vínculo biológico. Se imita así la filiación de sangre; de ahí que se hable de hijos y padres adoptivos.

Carbonnier destaca el carácter jurídico, al señalar que: "La filiación adoptiva no ofrece un carácter biológico sino pura y exclusivamente jurídico, ya que consiste en la constitución de un vínculo paterno-filial o materno-filial entre dos personas, a instancia de una de ellas. Se trata de una filiación de índole imitativa, que persigue la imitación jurídica de la filiación

**legítima, pues la situación de los hijos adoptivos se asimila a la de los hijos legítimos o, para ser mas exactos a la de los hijos legítimos (a causa de la ausencia de la eficacia retroactiva)."**<sup>1</sup>.

**Para Planiol: "La adopción es un contrato solemne, sometido a la aprobación judicial, que crea entre dos personas relaciones análogas a las que resultarían de la filiación legítima".**<sup>2</sup>.

**Zachariae la define como: "El contrato jurídico que establece entre dos personas, que pueden ser extrañas la una de la otra, vínculos semejantes a aquellos que existen entre el padre o la madre unidos en legítimo matrimonio y sus hijos legítimos".**<sup>3</sup>.

**El parentesco por adopción, escribe Rojina Villegas: "Resulta del acto jurídico que lleva ese nombre y que para algunos autores constituye un contrato, por virtud del cual se establecen entre el adoptante y el adoptado los mismos derechos y obligaciones que origina la filiación, la misma nace de un acto jurídico de carácter mixto, por intervenir uno o varios particulares y uno o varios funcionarios del estado".**

**El Licenciado Francisco Javier Guiza Alday define a la adopción como: "Es el acto Jurídico solemne, en virtud del cual la voluntad de los particulares, con el permiso de la Ley y la autorización Judicial, crea entre dos personas, una y otra por supuesto extrañas, relaciones análogas a las de la filiación legítima".**<sup>4</sup>.

**Para el estudio del presente tema, tomaré como base la definición que nos da nuestra legislación, ya que, aunque hay muchas otras definiciones por parte de juristas reconocidos, en realidad no hay mucha discrepancia, pues quieren decir lo mismo, solo que con otras palabras.**

---

<sup>1</sup> CARBONNIER, Jean. Derecho Civil. Bosc Casa Editorial. Barcelona, 1960. Tomo II. Vol. II, pág. 357.

<sup>2</sup>GEORGES, Ripeter. Tratado Elemental del Derecho Civil. Tomo I, II, Editorial Cajica, S.A. Puebla, México, pág. 205.

<sup>3</sup> OMEBA, Enciclopedia Jurídica Op. cit. pág. 497.

<sup>4</sup> GUJZA, Alday Fco. Javier. Diccionario de Derecho Notarial. Celaya, Gto. 1989.

**PARENTESCO CIVIL.** Parentesco Civil es el que nace de la adopción simple y solo existe entre el adoptante y el adoptado. El parentesco civil es una ficción de la ley para dar a quienes no tuvieron descendencia la facultad de ejercitar sus tendencias paternales con relación a una persona menor que ellos y que ocupa el lugar de hijo. Este modo de suplir artificialmente el parentesco de sangre no puede trascender mas allá del adoptante y del adoptado, pues solamente entre ellos se produce el vínculo. La relación que une a ambos simula que la une al hijo y al padre consanguíneos y el derecho le concede la misma protección, ya que el adoptado tiene la cualidad de los hijos nacidos de legítimo matrimonio. Sin embargo, el parentesco de sangre que une al adoptado con su familia no se extingue, y por tanto, aquel conserva todos sus derechos de familia, patrimoniales y hereditarios de su estado familiar de origen.

## **1.2.- EVOLUCION HISTORICA.**

La adopción ha tenido un amplio desarrollo a través del tiempo y el espacio. Sus orígenes son muy remotos, anteriores al Derecho Romano, pues ya se regulaba en el Código de Hamurabi. Sin embargo, en Roma es donde presenta un amplio desarrollo, pues tenía diversas finalidades, aunque no siempre en beneficio del adoptado. Allí, la falta de descendencia se consideraba una verdadera tragedia, ya que ponía fin a la organización familiar y al culto privado.

En razón de su remotísima existencia, se encuentra regulada en las legislaciones mas antiguas: los babilonios (Código de Hamurabi, de 2242 a.C.), los hebreos, los indios, los griegos; estos pueblos conocieron y regularon la adopción desde el doble aspecto religioso y jurídico. Sin embargo, donde encuentra una plena sistematización legal es en el Derecho Romano. Desde el primitivo Derecho Romano hasta el Justiniano, se regularon dos formas de adopción: la *adoptio* y la *arrogatio*, esta segunda, anterior a la primera y con los caracteres y finalidades propias de una organización social definitivamente arcaica. A través de la *arrogatio* se incorporaba a una familia a un sujeto *sui juris*, el que entraba al nuevo grupo con todos los *alieni juris* sujetos a su potestad. Era pues, la arrogación, una forma de incorporar todo un grupo familiar a otro. Los

fines de la arrogación eran preponderantemente políticos en razón de la mayor importancia que adquiría la familia al crecer como unidad religiosa, económica y militar. La importancia de la arrogación requería de procedimientos complicados, solemnes y sacramentales para su establecimiento.

Los orígenes de la adopción en los tiempos más antiguos de que guarda memoria la historia de la humanidad los dejamos señalados al tratar de los fines que persiguió originalmente la misma, consistentes en la necesidad de continuar el culto doméstico, por los descendientes para evitar la desaparición de la familia.

La institución funcionaba preferentemente en provecho del *pater-familias* y de manera indirecta en beneficio del Estado, y solo en segundo término en favor del adoptado quien, en la forma de adoración perdía su autonomía para convertirse en *alieni juris* incorporando su familia y su patrimonio al del adoptante.

Mediante la *adoptio* se incorporaba a la nueva familia a su sujeto *alieni juris*. Significaba salir de la patria potestad primitiva para entrar dentro de la esfera del nuevo *pater*. tenía que realizarse la misma frente al magistrado, con la expresión del consentimiento del adoptante, del adoptado y de quien lo tenía bajo su patria potestad. El adoptado se desligaba totalmente de su familia de origen y pasaba a ser parte de la nueva familia a cuyos dioses debía rendir culto. El adoptado no podía regresar a su familia de origen y únicamente podría reincorporarse a ella si dejaba en su lugar en la familia del adoptante a un hijo propio, pero en este caso se desligaba totalmente de este hijo.

Bajo el imperio de Justiniano surgieron dos tipos diferentes de adopción: la adopción plena con las características ya señaladas en el derecho antiguo y la adopción menos plena que no desvinculaba al adoptado de su familia de origen ni hacía cambiar la patria potestad. Los efectos de esta segunda forma de adopción eran únicamente patrimoniales, consistentes en el derecho a heredar que adquiría el adoptado con respecto al *paterfamilias* adoptante.

La adopción cae en desuso durante casi toda la edad Media y reaparece en el Derecho Germano primitivo con finalidades primordiales bélicas. En España surge en el Fuero Real (1254) y en las Partidas (III, 18, 91; IV, 7, 7) que entienden por adopción "el prohijamiento de una persona que está bajo la patria potestad y a la cual se recibe en lugar de hijo o nieto".

En Francia, en el derecho antiguo y por influencia del derecho canónico que desconoce a esta institución, no se regula la misma. Fue en el Código Napoleón el que la introdujo en Francia bajo la destacada influencia del entonces Primer Cónsul que aspiraba a buscarse descendencia por este medio. El proyecto original del Código proponía una forma muy parecida a la *adoptio plena* romana.. La comisión alteró substancialmente el proyecto y estableció un *adoptio minus plena* limitada únicamente a los efectos patrimoniales de alimentos y sucesión legítima entre el adoptante y adoptado. La adopción plena surgió en Francia a raíz de los efectos de la primera guerra mundial (1914-1918) y en la actualidad se regulan ambos tipos de adopción, llamándosele a la primera "legitimación adoptiva".

### **1.2.1.- EVOLUCION HISTORICA EN MEXICO.**

Debemos observar que originalmente la adopción fue en favor de la familia del adoptante, para la conservación de ésta y de la estirpe. Evolucionó hasta considerarse actualmente como la institución de protección a los menores o incapaces y de interés social.

La edad del adoptante ha variado. Se ha ido reduciendo; se inicia con la edad de 60, y se reduce a 40, 35 y 25 años, que es la edad fijada en nuestra legislación. También ha variado la diferencia de edades entre adoptante y adoptado. De 18 años bajo a 17 y a los 15 años en algunas legislaciones.

Originalmente solo podían adoptar los casados que no hubieren tenido hijos y estuvieren en edad de procrear. Los solteros solo podían adoptar con un permiso especial.

En la antigüedad, los fines eran religiosos y políticos, posteriormente también se tomaron en cuenta motivos aristocráticos para la conservación y transmisión de títulos nobiliarios, como sucedió en el Código Prusiano de 1794. Después se consideró como consuelo de matrimonio sin hijos para integrar una familia, sin faltar los fines filantrópicos de protección al débil y desamparado. Actualmente se concibe en protección de los menores y de intereses social.

En nuestro país esta institución estuvo reconocida en la Ley Orgánica del Registro del Estado Civil del 27 de enero de 1857, en el artículo 12 se enumeran los actos del Estado Civil, y se expresa que son "I. El nacimiento; II. El matrimonio; III. La adopción y arrogación; IV. El sacerdocio y la profesión de algún voto religioso, temporal o perpetuo; V. La muerte."

Posteriormente, la Ley Orgánica del Registro Civil, del 28 de julio de 1859, en su artículo primero disponía el establecimiento en toda la república de funcionarios, llamados jueces del estado civil, que tendrían a su cargo la "averiguación y modo de hacer constar el estado civil de todos los Mexicanos y Extranjeros residentes en el territorio nacional por cuanto concierne a su nacimiento, adopción, arrogación, reconocimiento, matrimonio y fallecimiento". Se hace referencia también en forma negativa de la adopción en el decreto No. 4967 del 10 de agosto de 1857 que promulgaba "La Ley de Sucesiones por testamento y ab intestado". En el artículo 18 se expresaba: "Quedan abolidas las leyes que concedían los derechos llamados *cuarta Falcidia* y *cuarta trebellánica* y las que concedían a los hijos adoptivos y arrogados el derecho de heredar".

Lo anterior significa que la adopción era conocida y practicada en el México independiente del siglo pasado y que deben haberse aplicado para esta institución, al no haber otras referencias, las leyes vigentes españolas como son: Las Siete Partidas, el Fuero Real, Los ordenamientos de Alcalá, Ordenamiento Real, las Leyes del Foro, la Nueva y la Novísima Recopilación y, en especial para México la Recopilación de Indios.

**En los Códigos Civiles de 1870-1884, no se contiene disposición alguna sobre la adopción, pues la ley no reconoce mas parentescos que los de consanguinidad y afinidad.**

**Como podemos ver en nuestro derecho, los Códigos para el Distrito y Territorios Federales del siglo pasado ignoraron totalmente la figura de la adopción. La misma surgió por primera vez en la Ley sobre Relaciones Familiares de 1917, ya que tiene todo un capítulo para la adopción, y que la define como: "El acto legal por el cual una persona mayor de edad acepta a un menor como hijo, adquiriendo respecto de él todos los derechos que un padre tiene y contrayendo todas las responsabilidades que el mismo reporta, respecto de la persona de un hijo natural" (art.220-236), aunque curiosamente la propia ley, al establecer el parentesco expresa que solamente existen dos tipos: por consanguinidad y por afinidad.**

**El Código de 1928 contiene disposiciones sobre la adopción que, salvo algunas modificaciones al del 17 de enero de 1970 que reformó varios artículos, se trata pues, de una reglamentación pobre, incompleta y contradictoria, ya que lamentablemente no se aprovechó la oportunidad para incorporar la adopción plena, de tal forma que los interesados en adoptar pudieran tener la posibilidad de lograr una adopción plena, con todas las características que ya en otras legislaciones se contenían, sino fue hasta las reformas del 30 de julio de 1996 cuando por fin logra incorporarse en nuestra legislación la adopción plena.**

### **I.3.- DIFERENCIA ENTRE LA ADOPCION PLENA Y LA ADOPCION SIMPLE.**

**La adopción plena, entendida por tal la institución que introduce a un extraño como miembro auténtico de toda una familia, fue la primera en surgir en las costumbres y regulaciones de los pueblos más antiguos. Con posterioridad, bajo el imperio de Justiniano colucidieron las dos formas de adopción conocidas en el mundo moderno, la adopción plena y la adopción simple o *minus* plena que, con variantes, esta última de la del Derecho Romano Justiniano, es la que hasta en el año de 1996, regulaba nuestro derecho positivo. La adopción plena, o legislación adoptiva, como la llama el derecho francés es: La institución que**

corresponde al sentir de los sujetos que optan por incorporarse a su familia a un menor desamparado y, por otro lado, la que da protección humana y afectiva a los infantes necesitados de ella.

Por lo general, el adoptante desea incorporar plenamente al adoptado. Es por ello que la adopción simple no satisface en la mayoría de los casos, en virtud de lo cual se crea una institución con efectos mayores que se conoce como legitimación adoptiva o adopción plena.

Este tipo de adopción consiste en incorporar de forma definitiva e irrevocable a la familia del matrimonio adoptante a un infante abandonado, como si hubiera nacido de la pareja. Los vínculos familiares naturales quedan definitivamente rotos, y se establecen nuevos entre el menor y los miembros de la familia de los adoptantes, con todos los derechos y obligaciones recíprocas de un pariente de sangre. El registro del menor en el Registro Civil se efectúa como si el menor hubiera nacido realmente de la familia adoptante.

Al aceptar la adopción plena o legitimación adoptiva se ha querido dotarla de los mismos efectos de la filiación, incorporando al adoptado a la familia del adoptante, rompiendo los vínculos de sangre con la familia de origen y borrando toda diferencia con los hijos de la sangre. Solo puede realizarse en estas condiciones y sin posibilidad de revocación.

Discrepando en los requisitos que se requieren para llevar a cabo la adopción plena, es precisamente incorporar al adoptado de manera total e irrevocable a la familia del adoptante. Esta ha sido creada con la finalidad de beneficiar a los seres desamparados, otorgándoles la condición óptima para el desarrollo armónico de la persona humana, como es un hogar y una familia; y por otro lado, para dar satisfacción a los anhelos paternos de las personas a quienes les ha sido negada por naturaleza la propia descendencia.

La legitimación adoptiva o adopción plena se caracteriza por la equiparación del adoptado al hijo de sangre, es decir, se crea un vínculo semejante al resultante de la filiación

**matrimonial; se es hermano de los hermanos de sangre, sobrino de los tíos, nieto de los abuelos, etc. Además, en lo posible, la anotación en el Registro Civil se hace como si se tratara realmente de un hijo de matrimonio, suprimiendo todo rastro que permita identificarlo como adoptado. También tiene por objeto que el adoptado deje de pertenecer a su familia de origen, con la cual solo queda ligado por los impedimentos matrimoniales, y adquiere todos los derechos y deberes que corresponden a un hijo legítimo en la familia del adoptante. En la legitimación adoptiva solo pueden adoptar por esa vía cónyuges y en la adopción simple también pueden adoptar personas no casadas.**

**Como vemos; la adopción simple, cumple muy limitativamente con las finalidades señaladas, las cuales podrían obtenerse satisfactoriamente con la adopción plena. Además que se evitaría la práctica usual al margen del derecho que realizan los matrimonios que desean adoptar incorporando al adoptado como un auténtico hijo de matrimonio, obteniendo un recién nacido de una madre que no desea quedarse con él o recogen de hecho a un pequeñín huérfano o abandonado y lo inscriben en el Registro Civil como hijo propio.**

#### **I.4.- NATURALEZA JURIDICA DE LA ADOPCION.**

**Para que la adopción pueda tener lugar deben consentir en ella, en sus respectivos casos:**

**I.- El que ejerce la patria potestad sobre el menor que se trata de adoptar y,**

**II.- Quien ejerza la tutela.**

**Si el menor que se va a adoptar tiene mas de catorce años, también se necesita su consentimiento para la adopción.**

**Los derechos y obligaciones que nacen de la adopción, así como de la FILIACION CREADA POR EL DERECHO, ENTRE DOS PERSONAS QUE NO SON BIOLÓGICAMENTE, NI POR AFINIDAD, PROGENITOR (PADRE O MADRE) E HIJO.**

**La naturaleza jurídica de la adopción es de un acto jurídico plurilateral, mixto, solemne, constitutivo, extintivo a veces, de efectos privados, de interés público por ser un instrumento de protección de los menores de edad y de los mayores incapacitados.**

#### **I.4.1.- ACTO JURIDICO.**

**Porque es una manifestación de voluntad lícita que produce las consecuencias jurídicas queridas por los autores.**

#### **I.4.2.- PLURILATERAL.**

**En la adopción intervienen más de dos voluntades; la del adoptante, la de los representantes legales del adoptado y la de la autoridad, cuando menos. Es decir, hay un acuerdo de voluntades entre el o los adoptantes, el adoptado si es mayor de catorce años y las personas que deben otorgar el consentimiento o en su caso la del Ministerio Público. Antes del trámite judicial es obvio que los interesados se pusieron de acuerdo en la adopción, y expresaron su consentimiento verbal o escrito pero al tramitar el procedimiento fijado en el Código de Procedimientos Civiles se debe expresar el consentimiento ante el juez correspondiente, y éste, reunidos todos los requisitos legales, dicta la resolución judicial autorizando la adopción.**

#### **I.4.3.- MIXTO.**

**Porque intervienen tanto sujetos particulares como representantes del Estado.**

#### **I.4.4.- SOLEMNE.**

Porque requiere de las formas procesales señaladas en el Código de Procedimientos Civiles.

Dentro del procedimiento de la adopción fijado en el Código, encontramos algunos elementos formales y otros solemnes. Dentro de los solemnes están el nombre del adoptante, el del menor o del incapacitado y los nombres de quienes ejerzan sobre él la patria potestad, o tutela, o la de persona que lo hubiere acogido o la denominación de la institución en donde se encuentre el menor; el consentimiento de quienes deban otorgarlo que deben darlo ante el juez que conozca el proceso de adopción y por último, la resolución del juez de lo familiar con lo cual la adopción queda consumada.

#### **1.4.5.- CONSTITUTIVO.**

El acto jurídico de la adopción es constitutivo. Establece en primer término, una filiación como estado jurídico a la que genera deberes, derechos y obligaciones; como consecuencia, se origina el parentesco de adopción. Otro efecto constitutivo se observa en la patria potestad entre el adoptado y adoptante como derivación del lazo de filiación.

#### **I.4.6.- EXTINTIVO EN OCASIONES.**

Cuando el adoptado estaba sujeto a la patria potestad de sus ascendientes que consienten en darlo en adopción, se extinguen para ellos la patria potestad, aunque no se extingan los lazos de parentesco en la adopción simple; como lo es ahora en la adopción plena, que extingue los lazos de parentesco del adoptado con su familia de origen.

#### **1.4.7.- REVOCABLE.**

Quando se trata de una adopción ordinaria y no plena, ésta puede ser revocada o impugnada, con lo cual el acto jurídico termina para todos los efectos legales. Es decir, la adopción ordinaria nunca es definitiva.

#### **1.4.8.- DE EFECTOS PRIVADOS.**

Como institución de derecho de familia, la adopción produce sus consecuencias entre simples particulares: adoptante y adoptado, en la adopción simple que se convierte en familiares; padre o madre e hijo. La adopción plena extiende sus consecuencias de derecho privado a todos los componentes del núcleo familiar del adoptante.

#### **1.4.9.- DE INTERES PUBLICO.**

La mayor parte de los países civilizados han incorporado la adopción a sus leyes, valorando con ello la importancia de la misma, en el doble aspecto de su utilidad social y de interés del Estado.

Su utilidad social es indiscutible. Cumple una misión imponderable de protección a la infancia desvalida que, principalmente se beneficia con su institución, favorecida por el hecho de existir numerosos hogares sin descendencia propia.

Por ser un instrumento de protección a los menores de edad o a los mayores incapacitados, el Estado está interesado en que la adopción cumpla esta importante y noble función, para lo cual ha creado la instrumentación normativa, substancial y procesal necesaria.

## **I.5.- REQUISITOS.**

Como requisitos para lograr la adopción están los elementos personales y los formales. Los primeros se refieren a los sujetos que intervienen en el acto jurídico de la adopción. Es de observarse que la ley exige requisitos que la paternidad natural no requiere. Los formales hacen referencia al procedimiento judicial necesario para que la adopción se consuma.

### **I.5.1.- ELEMENTOS PERSONALES.**

a).- Persona física (un hombre, una mujer, libre de matrimonio o la pareja de casados cuando ambos están de acuerdo en la adopción).

b).- Cualidades como son:

1).- Pleno ejercicio de sus derechos. Esta exigencia implica que se tenga la capacidad de obrar completa, es decir, que se tenga la facultad de disponer libremente de su persona y de sus bienes, si esta comprendido dentro de alguna de sus limitaciones que establece la ley. Por tanto, no pueden adoptar aquellos que tengan incapacidad legal o natural.

2).- Tener medios económicos bastantes para proveer a la subsistencia y educación del menor o al cuidado y subsistencia del incapacitado, como de hijo propio, según las circunstancias de la persona que se trata de adoptar.

3).- Debe ser benéfica para el adoptado. Se requiere la característica de que la adopción sea benéfica para quien se pretende adoptar, es decir, deben analizarse todas las circunstancias personales, económicas y sociales de quien va a adoptar y también del que será adoptado, para decidir si le es benéfica la adopción.

**4).- Tener buenas costumbres. Ya que para la adopción no basta que se ofrezca una situación económica suficiente, se requiere un conjunto de valores que constituyen las buenas costumbres pues se trata de iniciar una relación jurídica familiar, a la cual se le exigen valores morales, especialmente a los que ejercen la patria potestad.**

**Estas condiciones no se exigían, ni en la Ley sobre Relaciones Familiares, ni en el texto original del artículo 390, al que por decreto publicado en el Diario Oficial de 1970 se le adicionaron las fracciones I, II y III, que las exigen, lo cual fue tomado de legislaciones extranjeras.**

**5).- Tener buena salud. Se debe exhibir un certificado médico que la compruebe.**

**6).- La edad. Es importante, tanto para el adoptante o adoptantes como en relación al adoptado ya que en la actualidad se requiere ser Mayor de veinticinco años. Cuando sea un matrimonio el adoptante, basta con que uno solo de ellos cumpla con este requisito. Tener una diferencia de edad de cuando menos diecisiete años mas que el adoptado (en los casados adoptantes basta que uno solo cumpla con este requisito). En relación con el adoptado, se requiere que sea menor de edad, pero tratándose de incapacitado, puede adoptarse aún cuando éste sea mayor de edad.**

**c).- Numero de adoptados.**

**A partir de las reformas de 1970, existe la posibilidad de que se pueda hacer la adopción de uno o mas menores o a un incapacitado. Esta regla rige tanto para solteros como para casados.**

**d).- Numero de adoptantes.**

**Nadie puede ser adoptado por mas de una persona, excepto cuando los adoptantes sean marido y mujer. Este es un principio generalmente aceptado en las legislaciones, por lo tanto, queda excluida la posibilidad de que los que viven en concubinato puedan adoptar.**

**e).- Pueden adoptar quienes tienen hijos.**

**Aunque siempre se ha discutido esta situación a través del tiempo, ya que en la antigüedad se negó este derecho a quienes tuvieran descendencia, toda vez que iba en contra del principio de que la adopción necesariamente exigía no tener descendencia en la familia.**

**Habiendo cambiado las situaciones político-institucionales de la familia, en la actualidad ya no se requiere la ausencia de los hijos para que la adopción proceda. El fin y objeto moderno de la adopción se satisface, se tengan o no hijos en la familia del adoptante.**

**f).- Quienes pueden adoptar.**

**"Puede adoptar cualquier persona que la ley no prohíba. Pueden adoptar, consecuentemente, hombres y mujeres, solteros o cónyuges nacionales o extranjeros".**

**1.- Parientes Consanguíneos. En virtud de que no es necesario que el menor adoptado sea extraño al adoptante.**

**2.- Tutor y Curador. El tutor puede adoptar al pupilo, pero solo se podrá lograr hasta después de que hayan sido definitivamente aprobadas las cuentas de la tutela.**

**3.- Concubinos. Puede estimarse que no tienen posibilidad legal para adoptar los concubinos. El concubinato no es una institución legal; se reconocen algunos de los efectos que**

se producen, toda vez que las relaciones extramaritales no se pueden negar, como vemos, la ley exige que los adoptantes sean de buenas costumbres. Si el concubinato es un hecho jurídico ilícito, no puede estimarse que esa relación satisfaga los requisitos necesarios para la adopción. Así que los concubinos no podrán adoptar conjuntamente, ya que nadie puede ser adoptado por mas de una persona, salvo es el caso del matrimonio. Con los mismos fundamentos puede decirse que tampoco pueden adoptar el concubinario o la concubina individualmente pues viven en una situación irregular y contraria a derecho.

**4.- Adopción por uno de los cónyuges.** Un cónyuge sin consentimiento de su consorte no puede adoptar, ya que se requiere la conformidad de ambos para considerar al adoptado como hijo.

**5.- Adopción del hijo del cónyuge.** Este caso se presenta cuando alguno de los cónyuges hubiera tenido un hijo antes de casarse y solo éste lo hubiera reconocido: o también, en caso de divorcio y segundo matrimonio, habiendo hijos del primero.

**6.- Por el cónyuge del ausente.** En los casos de ausencia o presunción de muerte no hay posibilidad de adopción, pues aún en caso de sentencia que declare la presunción de muerte solo pone término la sociedad conyugal, pero no da por terminado el matrimonio.

**7.- Extranjero.** No hay ningún impedimento para que los extranjeros puedan adoptar, siempre y cuando comprueben su legal estancia en el país.

**8.- Sacerdotes.** Nuestra legislación no trata en especial este caso, ni lo prohíbe, pues no hay en principio, oposición a que pudiere un sacerdote católico adoptar, no parece aconsejable por la propia naturaleza de la función sacerdotal, aunque hay algunas legislaciones que si la prohíben expresamente como es la de España, Chile y Austria.

**g).- Quienes pueden ser adoptados.**

**Pueden ser adoptados toda persona, menor de edad o cualquier incapacitado menor o mayor de edad, cualquiera que sea su nacionalidad o sexo, puede, en términos generales, ser adoptada. Basta que se cumplan los requisitos señalados en la ley para cada caso particular. Dentro de los posibles casos están los siguientes:**

**1.- Hijos extramatrimoniales.** Nuestro Código Civil nada previene al respecto. Existe reconocimiento de los hijos extramatrimoniales, y también por el matrimonio de los padres se produce la legitimación, que hace que se tengan como nacidos del matrimonio los hijos habido antes de su celebración. En nuestro Derecho no se hace distinción alguna entre los hijos en relación a su nacimiento, de tal forma que los hijos habidos de matrimonio o fuera de él tienen los mismos derechos. Hay legislaciones que prohíben la adopción de hijos extramatrimoniales, como en Italia, otras que la aceptan como es en Argentina.

**2.- Entre consanguíneos.** No es necesario que el menor adoptado sea extraño al adoptante pudiendo ser su pariente.

**3.- Huérfanos.** No hay impedimento alguno para que se pueda adoptar a los Huérfanos. Si por Huérfanos entendemos aquel menor privado de padre y madre, la patria potestad la ejercen los abuelos y éstos deberán dar su consentimiento.

**4.- Menores abandonados.** No hay artículo que determine o defina que se entiende por abandono de menor. Puede estimarse que se considera abandonado algún menor o algún incapacitado, cuando carezca de persona que le asegure la guarda, alimento y educación, durante un plazo de seis meses. Así pues, basta que transcurra el plazo de seis meses desde la exposición en alguna institución pública o del acogimiento por alguna persona física, para que proceda la adopción, sin requerir ninguna resolución judicial previa.

**5.- Hijos cuyos padres hubieran perdido la patria potestad.** En nuestra legislación, en relación a la patria potestad, se plantea como posible que ésta se acabe, se pierda o se suspenda. Puede haber adopción, tanto en relación a los hijos cuyos padres hubieran perdido la patria potestad, como hijos de padre cuyo ejercicio hubiere sido suspendido. Quien debe otorgar el consentimiento es el cónyuge que ejerce la patria potestad o los abuelos, en su defecto el tutor. La sentencia de la adopción produce efectos *erga omnes*, y dentro de las causas de revocación no se encuentra la recuperación de la patria potestad por quien estuvo suspendido, ni procede el reconocimiento.

### **1.5.2.- ELEMENTOS FORMALES.**

La adopción es un acto jurídico, que requiere por tanto; del consentimiento de las personas señaladas por la ley para otorgarlo y de la autorización judicial. Hay pluralidad de consentimientos y también pluralidad de elementos formales y solemnes, consistentes éstos en el proceso, la resolución judicial y la inscripción en el Registro Civil del acta correspondiente. El haber muchos elementos formales nos obliga a determinar cual de ellos perfecciona el acto.

"Tan luego como cause ejecutoria la resolución judicial que se dicten autorizando la adopción, quedará esta consumada". No afecta la omisión del registro del acta respectiva puesto que: "La falta de registro de la adopción no quita a ésta sus efectos legales; pero sujeta al responsable a una pena".

**Dentro de los elementos formales, encontramos los siguientes:**

**a).- ELEMENTOS CONCURRENTES.** Entre los concurrentes encontramos los relativos al procedimiento, competencia del tribunal, consentimiento de quienes deben otorgarlo, depósito del menor y la resolución del Juez.

**1.- Procedimiento.** La adopción es un procedimiento judicial. El procedimiento para hacer la adopción será fijado en el Código de Procedimientos Civiles, dentro del título que trata de la jurisdicción voluntaria, en el capítulo relativo a la adopción, es por tanto, un procedimiento de jurisdicción voluntaria.

**2.- Tribunal.** El Juez competente lo es el del domicilio del menor o incapacitado que se pretenda adoptar.

**3.- Consentimiento.** Existen dos tipos de consentimientos; los básicos que los dan el propio adoptante y el adoptado en caso de ser mayor de catorce años, y los complementarios que son los que deben prestar aquellos a los que la ley obliga a comparecer para dar su consentimiento.

**4.- Requisitos.** Además del consentimiento, debe acreditarse por quien o quienes desean adoptar.

**5.- Constancia.** Requiere, además, la constancia expedida por la persona que lo hubiere acogido o la institución pública del tiempo de la exposición o abandono, esto es, tratándose de adopción de abandonados, expósitos o de hijos de padres desconocidos se necesita un requisito adicional, pues tiene que hacerse concordar la adopción con la pérdida de la patria potestad, que ocurre solo seis meses después del abandono o exposición que el padre o la madre hubieren hecho de su hijo.

**6.- Depósito del menor.** En caso de que no hubieren transcurrido seis meses después de la exposición o abandono en la institución de beneficencia, el juez decretará el depósito del menor con el presunto adoptante hasta que transcurra dicho plazo.

**7.- Resolución judicial.** Rendidas las pruebas que acrediten haberse cumplido los requisitos exigidos por el Código Civil, el juez deberá resolver si procede la adopción, dictada la resolución, cuando ésta cause ejecutoria, la adopción queda consumada.

**b).- ELEMENTOS POSTERIORES.** Dentro de los elementos posteriores todavía hay participación del juez de lo familiar, en este caso civil, pero fundamentalmente se hace referencia al Juez del Registro Civil.

**1.-** El juez que apruebe la adopción, deberá remitir copia de la resolución al juez del Registro Civil del lugar, para que levante el acta correspondiente.

**2.-** Recibida la resolución judicial, el juez del Registro Civil deberá levantar el acta de adopción correspondiente con la comparecencia del adoptante tratándose de la adopción simple, y tratándose de la adopción plena se levanta el acta de nacimiento.

#### **I.6.- CONSECUENCIAS JURIDICAS.**

**a).-** Crea parentesco civil entre adoptante y adoptado, de primer grado en línea recta. "El que adopta tendrá respecto de la persona y bienes del adoptado, los mismos derechos y obligaciones que tienen los padres respecto a la persona y bienes de los hijos" , "El adoptado tendrá para con la persona o personas que lo adopten los mismos derechos y obligaciones que tiene un hijo".

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 extinguen todos los vínculos consanguíneos con la familia del adoptado, subsistiendo los impedimentos para contraer matrimonio.

**b).- El adoptante tiene el derecho de darle nombre y sus apellidos al adoptado. Este es un derecho y no un deber del adoptante; por lo tanto, el adoptado no puede reclamarle a su padre o madre adoptivos que le otorguen su apellido, en virtud de que en el Código Civil para nuestro estado en su artículo 461 dice en forma expresa: "El adoptado podrá llevar los apellidos del adoptante, quien tendrá derecho a cambiar el nombre del adoptado, haciéndose las anotaciones correspondientes en el acta de adopción".**

**Con las reformas en nuestro Código Civil y al establecerse ya en nuestra legislación la adopción plena, en su artículo 457 dice que: El adoptado llevará los apellidos del o de los adoptantes.**

**c).- Crea o transmite la patria potestad al que adopta. Cuando el adoptado menor de edad no estaba previamente sujeto a patria potestad, en razón de la adopción quedará bajo la del, o de los adoptantes. Si son los padres o abuelos los que consienten en dar al menor en adopción, entonces transmiten la patria potestad que ejercían sobre un hijo o nieto el padre o padres adoptivos, "salvo que en su caso (el adoptante) está casado con algunos de los progenitores del adoptado, porque entonces se ejercerá por ambos cónyuges".**

**d).- Con la adopción simple no se extingue el parentesco consanguíneo del adoptado con todas sus consecuencias jurídicas, excepto la patria potestad que se transmite a los adoptantes, tratándose de la adopción plena; ésta adquiere lazos de parentesco con todos los parientes del adoptante, como si hubiera filiación consanguínea, ya que si extinguen los vínculos consanguíneos con su familia antes de ser adoptado.**

**e).- En la adopción simple los derechos y obligaciones derivados del parentesco civil se limitan al adoptante y al adoptado. En vista de ello, el adoptado no entra a formar parte de la familia del adoptante. Ciertamente que en el caso de que el adoptado tenga una familia de origen, seguirá teniendo a ésta como su familia, pero cuando se trata de menores abandonados, la**

**adopción no beneficia grandemente al adoptado, en el sentido de incorporarlo a un grupo familiar, a menos que sea la adopción plena.**

**En la adopción plena el adoptado se integra plenamente a la familia del adoptante o de los adoptantes como hijo de ellos y como abuelos, los padres de aquel o aquellos, y demás datos que se requieran conforme a la ley, sin hacer mención sobre la adopción, es decir; como si fuera hijo de matrimonio.**

**f).- La adopción simple constituye una prohibición (impedimento) para la celebración del matrimonio entre adoptante y adoptado y sus descendientes. Sin embargo, esta prohibición no es absoluta, el matrimonio podrá celebrarse entre esas personas extinguiendo previamente el vínculo de la adopción.**

**En la adopción plena, como el adoptado se incorpora plenamente como miembro de toda la familia del o de los adoptantes, automáticamente subsisten los impedimentos para contraer matrimonio con el adoptante y con toda su nueva familia consanguínea.**

**g).- El vínculo de la adopción puede terminar en vida de los sujetos. Esta es una característica de la adopción simple, y no de la adopción plena; que distingue a la filiación civil tajantemente de la filiación consanguínea. Esta última, una vez que surge dentro o fuera del matrimonio, es inextinguible en la vida de los sujetos; se es padre, madre, hijo o hija para siempre.**

**h).- La adopción producirá sus efectos aunque sobrevengan hijos al adoptante.**

**i).- Entre el adoptante y el adoptado se genera el derecho a la sucesión legítima. El adoptado hereda como un hijo.**

## **I.7.- DISOLUCION.**

**La adopción puede disolverse por:**

**Una de las grandes diferencias que existen entre la filiación consanguínea y la civil es que la primera no se extingue nunca en vida de las personas, mientras que la adopción simple es susceptible de extinguirse en forma unilateral y sin causa por parte del adoptado o voluntariamente por el adoptante con causa legal (ingratitude del adoptado). También se extinguirá por el mutuo consentimiento de las partes cuando el adoptado adviene persona capaz, o por el consentimiento entre el adoptante y las personas que otorgaron el suyo en la adopción**

### **I.7.1.- EXTINCION POR FALLECIMIENTO.**

**Esta es la causa natural de terminación de cualquier institución del Derecho de Familia.**

**La muerte del adoptante o de los adoptantes en caso de matrimonio o bien, la muerte del adoptado terminan la adopción. La adopción solo genera relación jurídica y efectos entre adoptantes y adoptado. Faltando uno de ellos la adopción se extingue.**

### **I.7.2.- EXTINCION POR NULIDAD.**

**Como en todo acto jurídico puede presentarse la nulidad, bien sea absoluta o relativa, y la inexistencia por falta de solemnidades. Aún tratándose de un acto jurídico familiar, se aplica lo relativo al régimen general de nulidades, pues no hay, a diferencia del matrimonio, una reglamentación especial de nulidades de la adopción.**

### **1.7.3.- EXTINCION POR IMPUGNACION DEL ADOPTADO.**

**El menor o el incapacitado que hayan sido adoptados de manera simple, podrán impugnar la adopción dentro del año siguiente a la mayor de edad o a la fecha en que haya desaparecido la incapacidad. Esta impugnación puede realizarse sin que medie causa alguna aparente y el juez no tendrá arbitrio para decidir en contra, como si lo tienen en caso de revocación por mutuo *disenso*. Pasado el año de que habla la ley, el adoptado ya no podrá impugnar la adopción pese a que pueda tener causas graves para querer hacerlo, derecho de que si goza el adoptante de revocar unilateralmente la adopción ante la ingratitud del adoptado.**

### **1.7.4.- EXTINCION POR REVOCACION UNILATERAL DEL ADOPTANTE.**

**El adoptante puede revocar la adopción simple ante la conducta ingrata del adoptado.**

**Para los efectos de la revocación se considera ingrato el adoptado:**

**a).- Si comete algún delito intencional que merezca una pena mayor de un año de prisión, contra la persona, la honra o los bienes del adoptante, de su cónyuge, de sus ascendientes o descendientes;**

**b).- Si el adoptado formula denuncia o querrela contra el adoptante, por algún delito aunque se pruebe, a no ser que hubiere sido cometido contra el mismo adoptado, su cónyuge, sus ascendientes o descendientes;**

**c).- Si el adoptado rehusa dar alimentos al adoptante que ha caído en pobreza.**

**Cuando se revoca la adopción simple por causa de ingratitud, deja de producir sus efectos en forma retroactiva desde que se comete el acto de ingratitud aunque la resolución judicial que declare revocada la adopción sea posterior.**

#### **I.7.5.- EXTINCIÓN POR REVOCACIÓN BILATERAL (MUTUO CONSENTIMIENTO)**

**La adopción simple puede revocarse cuando las dos partes convengan en ello, siempre que el adoptado sea mayor de edad. Si no lo fuere (o siendo mayor esté incapacitado), se oirá a las personas que prestaron su consentimiento para la creación de la adopción, y a falta de ellas, al representante del Ministerio Público y al Consejo de Tutelas.**

**Se discute por los juristas si es conveniente la revocación por mutuo en el caso de la adopción, ya que existen legislaciones que no la permiten como en España; por ejemplo, o que la permiten sólo en ciertos casos como Inglaterra, por ley de 1926 que señala que un plazo de dos años antes de decretar la adopción se vuelve irrevocable. La ley del propio país vigente desde 1939 prohíbe la revocación de la adopción cuando el adoptado no ha cumplido trece años.**

# **CAPITULO II**

## **PATRIA POTESTAD**

### **2.1.- CONCEPTO.**

**Patria potestad viene del latín *patrius*, lo relativo al padre y *potestas*, potestad. Actualmente se ve mas que un poder, una protección; protección que, por otra parte, no es específicamente paternal, puesto que incumbe a los dos esposos, y aun a la madre sola en defecto del padre.**

**Es considerada la patria potestad como un poder concedido a los ascendientes como medio de cumplir con sus deberes respecto a la educación y cuidado de sus descendientes. Es por ello que se equipara a una función pública, de aquí que por patria potestad debemos entender el conjunto de derechos, deberes y obligaciones conferidos por la ley a los padres para que cuiden y gobiernen a sus hijos desde el nacimiento hasta la mayoría de edad o la emancipación, así como para que administren sus bienes y los representen en tal período.**

**En nuestro Código Civil para el estado de Guanajuato, no está un concepto propiamente de lo que es la patria potestad, sin embargo, los juristas la definen como:**

**De Diego dice al respecto: "Es el deber y el derecho que a los padres corresponde de proveer a la asistencia y protección de las personas y bienes de los hijos en la medida reclamada por las necesidades de estos."**

**Rojina Villegas dice: "Que en el derecho moderno la regulación jurídica de la patria potestad (como la de la tutela) ha tomado principalmente en cuenta que la autoridad que se otorga a quienes la desempeñan no es para beneficio propio ni mucho menos para convertir a**

los sujetos a ella en simples medios puestos a su servicio para la satisfacción de sus fines personales, sino que, por el contrario, esta institución se ha convertido en la actualidad en una verdadera función social que más que derechos impone obligaciones a quienes la ejercen".

El nombre de patria potestad que persiste en la mayor parte de las legislaciones vigentes responde solo a la fuerza de la tradición, mas no al espíritu de esta institución ya que no es "patria" ni es "potestad". Patria potestad significó el poder de padre y los datos históricos confirman la correspondencia de esa terminología con lo sucedido en épocas pretéritas en las que, efectivamente, la organización familiar se sustentaba sobre el poder del padre, que era ejercitado no solo sobre sus descendientes, sino sobre todo el grupo, normalmente extenso, que componía en otros tiempos el núcleo familiar.

Actualmente la patria potestad deja de ser "patria", pues no es exclusiva del padre, sino compartida por igual con la madre, o a veces exclusiva de ella, o ejercida por los otros ascendientes, por parejas o por uno solo de los abuelos o abuelas. Tampoco es "potestad", que significa poder. Esta institución no otorga poder, sino se manifiesta por una serie de facultades de quien la ejerce en razón directa de los deberes que deben cumplirse con respecto a los descendientes.

Se ha intentado ya de tiempo atrás otras denominaciones, aún en las discusiones que precedieron a la "patria potestad" por las "De la autoridad de los padres y de las madres", sin embargo persistió la antigua denominación. En el Código de Familia Ruso de 1918, se cambió el nombre de patria potestad por el de "Derechos y deberes respectivos de los hijos y de los padres".

Mas los intentos de cambio en la legislación comparada no ha prosperado y, pese a su significado actual tan distante de su nombre, la institución "patria potestad" sigue llamándose de esa manera en los códigos.

## **2.2.- EVOLUCION HISTORICA.**

Como veremos, a través de la historia de la patria potestad se demuestra el proceso paulatino, pero continuado del debilitamiento de la autoridad paternal, pues veremos la participación de la mujer, ya que nos permite entender sus perspectivas futuras.

Pues representante de toda la familia, el sacerdote único, el heredero del hogar, el continuador de los ascendientes y raíz de los descendientes era el padre; de allí su enorme autoridad. La patria potestad no es pues, más que el reflejo de este poder que el padre ejercía en todos los ámbitos de las relaciones familiares. La historia de todos los pueblos de la antigüedad muestran, con ligeras variantes entre unos y otros, el primitivo poder absoluto del *pater familias*.

En el Derecho Hebreo la patria potestad se ejercita predominantemente por el padre con sacrificio de la personalidad de la mujer. La evolución posterior va logrando cierta igualdad. En el Talmud se establece como una recapitulación de los deberes de los padres para con los hijos y para consigo mismo, y se dice: "Todos los deberes que son necesarios cumplir para con un hijo incumben al padre y no a la madre".

Entre los pueblos antiguos, la patria potestad tenía un sentido absoluto y despótico, nacido de la especial configuración política y religiosa de aquella época, pues había que tomar en cuenta que desde el punto de vista político al no existir el Estado con las características y finalidades que mas tarde aparecen, cada familia constituye un Estado propio y, lógicamente, el jefe de este grupo debía asumir en la persona los atributos fundamentales del poder.

En el Derecho Germánico el padre tiene la *mund* sobre el hijo que significa un derecho y un deber de protección, por inclusión de la administración y disfrute del patrimonio del hijo.

**El Derecho Alemán, conoce también una potestad materna sobre el hijo que, mientras vive el padre, aparece oculta por el derecho de éste haciéndose valer después de la muerte del mismo.**

**En España, influye la legislación germánica respecto de la organización de la patria potestad y en las Partidas, no obstante, que derivan del Derecho Romano, ya que la patria potestad se ejerce con suavidad y con piedad paterna.**

**De la evolución resulta evidente que es anacrónico el término de patria potestad, porque actualmente ya no hay tal potestad; es decir, no hay poder sobre la persona o sobre la cosa, sino un conjunto de deberes, obligaciones y derechos de los padres y que se ejercen en beneficio de los hijos, pues considero que mas que una potestad o un poder, se trata de un servicio del ejercicio de la autoridad de la que se excluya toda idea de autoritarismo.**

### **2.2.1. DIFERENCIAS ENTRE LA INSTITUCION ROMANA Y LA ACTUAL.**

**En el Derecho Romano los hijos procreados fuera de legítimo matrimonio no estaban bajo la potestad paterna y la legitimación fue la forma que se empleo para conferir a los padres la patria potestad sobre los hijos naturales.**

**Característica de la organización patriarcal y, por ende, de una patria potestad de carácter absolutista, fue la del pueblo Romano. La evolución que presenta esta institución en sus diferentes etapas, desde la primitiva monarquía, la corta etapa de la república, y los quince siglos del Imperio Romano de occidente y luego de oriente, es la de un original poder absoluto del padre suavizado lentamente en sus consecuencias, compartido después por la madre, y limitado al final en el tiempo. Historia de la evolución de esta institución que ha sido acuciosamente estudiada por los investigadores históricos y de la que existen excelentes lecturas.**

1.- En Roma estaba la patria potestad estatuida en beneficio del grupo familiar representado por el *pater familias*, ya en nuestra época se establece en beneficio del menor.

2.- En Roma era facultad del *pater familias*, o sea, del varón de mayor edad, y nunca de la mujer, en la actualidad es facultad de la pareja, si viven juntos o están casados. Si viven separados o no se ponen de acuerdo, será uno u otro atendiendo a la resolución del juez.

3.- En Roma la patria potestad era perpetua mientras viviera el *pater familias*, independientemente de la edad del hijo, ahora se limita a la menor edad del hijo y termina con la emancipación por el matrimonio del menor.

4.- Los bienes que obtenia el *alieni juris* correspondían al *pater familias*, pues él carecía de bienes propios, ahora los bienes que obtienen los hijos por cualquier título, tanto los ganados con su trabajo como los adquiridos por dones de la fortuna, como son herencias, donaciones, loterías etc., les pertenecen en propiedad.

5.- En Roma la patria potestad era renunciabile; el *pater* podía renunciar a ella, en la actualidad la patria potestad es irrenunciabile.

6.- En Roma la ejercía el mas viejo de los progenitores sobre los hijos y nietos, excluyendo al progenitor inmediato, ahora la ejercen los padres y solo en ausencia de ellos pueden ejercerla los abuelos.

Por otra parte, esta gradual evolución de la patria potestad en el sentido del debilitamiento del omnimodo poder paterno, se manifiesta en el devenir de todos los pueblos.

Las causas han sido complejas, tan complejas como todo el proceso histórico de las sociedades. Se han querido ver causas de orden político, como la creciente intervención del Estado en las relaciones familiares. Pues en el Derecho Romano se detenía a las puertas del

hogar en donde gobernaba el padre de familia. La influencia estatal en la actualidad se extiende a casi todos los ámbitos de la vida social, y lentamente el derecho público va ampliando su esfera, minando la del derecho privado. La vida familiar, que es uno de los ámbitos más íntimos y privados del humano, recibe la influencia y la intervención estatal, ya otorgando licitud a las relaciones entre los sujetos, ya imponiendo normas imperativas o prohibitivas. De las instituciones del derecho familiar es precisamente la patria potestad una de las mas reguladas por el orden jurídico.

En México, en los Códigos de 1870 y 1884 la patria potestad se ejercería en primer término por el padre y después por la madre. Solo por muerte, interdicción, ausencia del llamado preferentemente, entrara al ejercicio de la patria potestad el que seguía en el orden establecido en los artículos del Código. Después de la muerte seguía el abuelo paterno, después el materno. Fue en la Ley sobre Relaciones Familiares donde el artículo 241 estableció que la patria potestad se ejerce por el padre y la madre en primer término, y después por los abuelos paternos y por último por ambos abuelos maternos, lo que recibe el Código Civil actual, de tal forma que la patria potestad se ejerce mancomunadamente.

## **2.3.- CARACTERISTICAS.**

Son las siguientes:

### **2.3.1.- CARGO DE INTERES PUBLICO.**

La actitud de proteger, velar, educar y mirar por el interés y el bienestar de los hijos es en buena medida derivada de la naturaleza misma. La mayor parte de los progenitores, los padres y, sobre todo las madres, asumen sus responsabilidades como tales en forma no sólo espontánea, sino amorosamente entregada al bienestar del hijo. La protección a los críos es en buena medida natural, forma parte del instinto de conservación extendido ya no sólo al individuo sino a la especie misma.

**La vida es el valor por excelencia, sustento de todos los demás que configuran el sentido de la existencia humana. El derecho, que es un instrumento de convivencia, recoge los valores mínimos de las relaciones humanas, entre ellos, el de la protección a los desvalidos y los eleva a la categoría de conductas de interés público.**

**La patria potestad es la institución reguladora de las relaciones entre padres e hijos, mientras estos no han alcanzado la edad necesaria para bastarse así mismos. El conjunto de deberes y derechos que componen esta institución se considera de interés público, al establecerse la ley como un cargo irrenunciable.**

### **2.3.2.- IRRENUNCIABLE.**

**La patria potestad no es renunciable. Ya que sólo pueden renunciarse los derechos privados que no afecten directamente al interés público. La patria potestad tiene un significado de interés público, de allí que textualmente se le considere irrenunciable, pues implica el cumplimiento de las responsabilidades más serias que puede asumir un sujeto: traer hijos al mundo. La irresponsabilidad de los progenitores con sus hijos, muy extendida con respecto a los padres de los hijos que nacen fuera de matrimonio y que dejan toda la carga a la madre, misma que precariamente puede cumplir con ella, es uno de los mayores males que padece la humanidad, origen de gran parte de las torpezas y aberraciones en la conducta de las personas y que repercuten inevitablemente en la conflictiva social característica de nuestro mundo.**

### **2.3.3.- INTRANSFERIBLE.**

**Casi todas las relaciones de carácter familiar son de carácter personalísimo, no pueden por ello ser objeto de comercio, no pueden transferirse por ningún título oneroso ni gratuito. Tal es la patria potestad que solamente permite una forma de transmisión derivada de la figura de la adopción. Cuando un menor de edad está sujeto a la patria potestad y los que la ejercen (padres o abuelos) dan su consentimiento para que el hijo o nieto sea dado en adopción,**

transmiten a través de este acto el ejercicio de la patria potestad, que pasa a los padres adoptantes. Fuera de este acto jurídico que tiene que revestir todas las formalidades exigidas por la ley y ser acordada por el juez de lo familiar, no existe otra forma de transmitir la patria potestad. En el caso de que quien la ejerce muera o se imposibilite para cumplirla, la ley señala expresamente que sujetos deben asumirla.

#### **2.3.4.- IMPRESCRIPTIBLE.**

La patria potestad no se adquiere ni se extingue por prescripción. Quien está obligado a desempeñarla y no lo hace, no pierde por ello su obligación ni su derecho para entrar a su ejercicio. Lo propio sucede con aquel sujeto que, sin ser padre o madre o ascendiente, protege y representa de hecho a un menor, no adquiere por el transcurso del tiempo este cargo. El mismo sólo corresponde a quien la ley señala: padres o abuelos, nadie más, y entre estos también debe seguirse el orden que la propia ley señala; primero los padres, o uno de los dos a falta o por imposibilidad del otro; después los abuelos en el orden que determine en última instancia el juez de lo Familiar.

#### **2.3.5.- TEMPORAL.**

Este cargo se ejerce únicamente sobre los menores de edad no emancipados, por ello, dura tanto como la minoridad de los hijos o hasta que contraen matrimonio antes de la mayoría. El máximo plazo del ejercicio de la patria potestad con respecto a cada hijo son dieciocho años en que empieza la mayoría de edad.

#### **2.3.6.- EXCUSABLE.**

La ley permite que, en ciertas circunstancias, los que ejercen la patria potestad o tengan que entrar en el ejercicio de la misma, se excusen de cumplirla. Estas circunstancias son dos:

**1).- Cuando se tienen sesenta años cumplidos,**

**2).- Cuando por el mal estado habitual de salud no se pueda atender debidamente al menor.**

**Esta norma es totalmente justa, pues el ejercicio de la patria potestad implica el cumplimiento de una serie de deberes que pueden resultar sumamente fatigosos para las personas agotadas por la edad o por la mala salud. Cuando quien la ejerce o deba de ejercerla se encuentra en estas condiciones, pueden excusarse de cumplir ante el Juez de lo Familiar; quien determinará quien deba entrar en el cargo si existe alguna de las personas que señala la ley como obligadas al respecto (padres o abuelos); o si esto no es posible, se le nombrará tutor legítimo o dativo.**

**La excusa, de acuerdo con las circunstancias señaladas, es una facultad que otorga la ley, pero no es un deber; quiere decir, que los padres o abuelos, aunque rebasen la edad de sesenta años o su salud sea habitualmente precaria, pueden continuar ejerciendo la patria potestad si su desempeño es benéfico para el descendiente.**

### **2.3.7.- PERSONAL.**

**Es un conjunto de deberes, obligaciones y derechos de carácter personal, que no pueden ser cumplidos a través de terceros.**

### **2.3.8.- PARTICIPACION DE AMBOS.**

**En nuestro Derecho, participan el padre y la madre en el caso de matrimonio y concubinato, y en ausencia de ellos los abuelos paternos o maternos.**

### **2.3.9.- OBLIGATORIO.**

**Ejercer la patria potestad es obligatorio, pues de ésta no pueden desligarse los padres; la patria potestad es irrenunciable.**

### **2.3.10.- REPRESENTACION TOTAL.**

**La patria potestad significa una representación total y diversa a la que puede encontrarse en el derecho patrimonial, pues comprende a la persona del menor y sus bienes.**

### **2.3.11.- DE TRACTO SUCESIVO.**

**El ejercicio de la patria potestad es continuado y por el tiempo requerido hasta que como institución se acaba, pues implica una serie sucesiva de actos en beneficio de la educación, guarda y atención de los menores.**

### **2.4.- SUJETOS.**

**La patria potestad sobre los hijos de matrimonio se ejerce:**

- I.- Por el padre y la madre;**
- II.- Por el abuelo y la abuela paternos, y**
- III.- Por el abuelo y la abuela maternos.**

**Cuando el padre y la madre no vivan juntos pero reconozcan al hijo en el mismo acto, convendrán cual de los dos ejercerá sobre él la patria potestad, y en caso de que no lo hicieren, el juez de primera instancia de lo civil, oyendo a los padres y al Ministerio Público, resolverá lo que creyere más conveniente a los intereses del menor.**

**En caso de que el reconocimiento se efectúe sucesivamente por padres que no vivan juntos, ejercerá la patria potestad el que primero hubiere reconocido, salvo que se conviniere otra cosa entre los padres, y siempre que el juez de primera instancia de lo civil no creyere necesario modificar el convenio por causa grave, con audiencia de los interesados y del Ministerio Público.**

**Se entiende por sujeto activo quien debe desempeñar el cargo y sujeto pasivo aquel sobre quien se cumple.**

**Si los hijos nacidos fuera de matrimonio no han sido reconocidos por ninguno de los progenitores y si no ha habido sentencia que establezca la filiación, los hijos se considerarán de padres desconocidos, y se les proveerá de tutor dativo.**

**En caso de hijo adoptivo, la patria potestad sólo se transmite cuando se da en adopción un menor que está bajo la patria potestad. En el caso de que el adoptado sea un menor que no estaba bajo la patria potestad de nadie, entrarán a ejercerla quienes lo adopten. No habrá transmisión, sino creación de la patria potestad.**

#### **2.4.1.- SUJETOS ACTIVOS DE LA PATRIA POTESTAD.**

**Los sujetos activos de la patria potestad son los padres conjuntamente, o solamente la madre, o sólo el padre; los abuelos, tanto paternos como maternos, unos u otros, o uno sólo de cada pareja.**

#### **2.4.2.- LOS SUJETOS PASIVOS.**

**Únicamente los hijos o nietos menores de edad. Nunca existe patria potestad sobre los mayores de edad. Y si los menores no tienen padres o abuelos, tampoco estarán sujetos a patria potestad; se les nombrará tutor.**

**La ley determina cómo se cumplirá con la patria potestad sobre los hijos de matrimonio, y cuando los mismos son habidos fuera de él.**

## **2.5.- CONSECUENCIAS JURIDICAS.**

**Derechos y obligaciones surgidos en razón de la patria potestad.**

### **2.5.1- DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LOS MENORES SUJETOS A LA PATRIA POTESTAD.**

**a).- "Los hijos, cualquiera que sea su estado, edad y condición, deben honrar y respetar a sus padres y demás ascendientes".**

**No sólo la ética de todos los tiempos y lugares, sino todo sistema religioso, recoge esta máxima: el deber de honrar y respetar a los padres y demás ascendientes. Así, el decálogo Cristiano señala en su cuarto mandamiento:**

**"Honrarás a tu padre y a tu madre". Este es por lo tanto, el deber supremo de los hijos que recoge la ley aunque el mismo es, a todas luces, un principio de carácter incoercible, ya que en ella se refleja la calidad de hijo y no tanto la derivada de la patria potestad, no importando la edad, estado o condición de los mismos.**

**b).- "No dejar la casa de los que ejercen la patria potestad sin permiso de ellos" o decreto de la autoridad competente. Así tienen domicilio legal y éste es el de los que ejercen la patria potestad o la tutela.**

## **2.5.2.- DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LOS QUE EJERCEN LA PATRIA POTESTAD.**

Estos derechos y obligaciones tienen un doble carácter; respecto a la persona de los descendientes y respecto a sus bienes:

### **2.5.2.1.- RESPECTO A LA PERSONA DE LOS MENORES.**

#### **a).- Representación Legal.**

Como los menores de edad son incapaces de ejercicio, actuarán en su nombre los que ejercen la patria potestad. Por ello, el que está sujeto a la patria potestad no puede comparecer en juicio, ni contraer obligación alguna, sin expreso consentimiento del que o de los que ejerzan aquel derecho. En caso de irracional *disenso*, resolverá el juez, esto se aplica particularmente en el caso de que los que ejercen la patria potestad nieguen su consentimiento para que el menor de edad contraiga matrimonio.

#### **b).- Designación de domicilio.**

Los padres o abuelos en su caso, tienen el derecho-deber de custodiar al menor, de vivir con él, y en este sentido está el deber de los últimos de no dejar la casa donde viven con quienes ejercen la patria potestad. Estos pueden también encargar la custodia de sus descendientes menores a terceras personas, parientes o extraños o centros de educación, tanto dentro del país como en el extranjero. La custodia pues, es un derecho que puede cumplirse personalmente o por intermediación, con la única limitación de que debe ser siempre en interés del menor.

### **c).- Educación, corrección y ejemplaridad.**

**La ley señala que, a las personas que tienen al hijo bajo su patria potestad, incumbe la obligación de educarlo convenientemente. El deber de educación es parte de los alimentos, la educación mínima debe ser la primaria y la preparación para que el menor pueda tener un medio de trabajo para bastarse así mismo, existe la obligación de proporcionarle los medios para que adquiera algún oficio, arte o profesión honestos y adecuados a su sexo y circunstancias personales. Casi siempre coincide en un mismo sujeto el ejercicio de la patria potestad y el deber de alimentos con respecto al menor; pero no tienen que ser forzosamente concomitantes. En ciertas ocasiones, el o los progenitores que sustentan la patria potestad pueden tener muy limitados sus recursos de manera de no poder proporcionar alimentos a sus hijos. Si existen otros parientes en el orden que señala la ley: abuelos, hermanos mayores, tíos, etc., con la suficiente capacidad para proporcionar los alimentos, recaerá en ellos esta obligación, sin que ello implique la pérdida de la patria potestad de quien la ejerce y no tiene capacidad alimentaria.**

**El artículo 477 de nuestro Código Civil establece que el deber de educar implica forzosamente la conducta correctiva; "Los que ejercen la patria potestad tienen la facultad de corregir y castigar a sus hijos mesuradamente".**

**Para el cumplimiento del deber de educación la ley prevé, los medios de obligar a quien no cumpla con esta obligación permitiendo que se denuncien estas omisiones a los Consejos Locales de Tutelas para que estas a su vez lo comuniquen al Ministerio Público quien deberá promover lo que corresponda. Lo que corresponda será según el caso, amonestar o aporrecibir a quien no cumple esta obligación, por el juez de lo familiar, o suspenderlo en el ejercicio de la patria potestad o inclusive, hacerlo perder tal derecho.**

Por otro lado, los padres o abuelos podrán pedir el auxilio de las autoridades para que los presten su apoyo en el ejercicio de educar y corregir, a través de las amonestaciones y correctivos necesarios.

### **2.5.2.2.- EFECTOS DE LA PATRIA POTESTAD RESPECTO DE LOS BIENES DEL MENOR.**

En el primitivo Derecho Romano, los bienes que los hijos adquirían correspondían al padre. Esta rigidez se aminoró por medio de los *"pecullos"*, o patrimonios que los hijos podían reservar para sí con separación del de sus padres. Existieron varias clases de *pecullos*: el *"prefectium"*, formado por bienes que el padre daba a los hijos para que estos los administraran; *"el castrense"*, destruido por bienes adquiridos en el ejercicio de las armas; *"el cuasi castrense"*, integrado por los adquiridos en el ejercicio de profesiones liberales; y el *"adventitium"*, que se constituía con bienes adquiridos de personas distintas del padre.

La propiedad del *peculio "prefectio"* correspondía al padre y la administración al hijo. Con el *"adventicio"* ocurrió lo contrario y, por lo que se refiere a los otros *pecullos* el hijo tenía las facultades de un *"pater familias"*. La Partidas aceptaron el Derecho Romano.

La administración de los bienes de los hijos no debe considerarse renunciable ni delegable por parte de quienes ejercen la patria potestad. Esta administración es de interés público y social y constituye un deber de asistencia y protección más que un derecho. Si se admitiera la delegación en favor del hijo se desvirtuaría la finalidad que persigue la ley; si se permitiera en favor de un tercero, puede decirse otro tanto.

En España, la legislación de Partidas aceptó la doctrina Romana de los *pecullos*, pero de ella se separó la Ley del matrimonio civil. Ante todo era evidente que los *pecullos castrense* y *cuasi castrense* no podían justificarse porque representaban un privilegio de clase. La equiparación de los bienes del padre y de la madre, como consecuencia de otorgar a ésta la

**patria potestad, tampoco permitía que subsistiera la distinción romanista entre los *pecullos profecticios y adventicios*. La ley del Matrimonio civil tuvo en cuenta sólo los bienes que los hijos adquieren con el caudal puesto a disposición de ellos por el padre y por la madre; y aquellos otros adquiridos por su trabajo o industria, o por cualquier otro título lucrativo, sobre cuyos bienes tenían los padres la administración y el usufructo.**

**Los que ejercen la patria potestad son legítimos representantes de los que están bajo de ella, y tienen la administración legal de los bienes que les pertenecen.**

**Cuando la patria potestad se ejerza a la vez por el padre y por la madre, o por el abuelo y la abuela, o por los adoptantes, el administrador de los bienes será nombrado por mutuo acuerdo; pero el designado consultará en todos los negocios a su consorte y requerirá su consentimiento expreso para los actos más importantes de la administración.**

**La persona que ejerza la patria potestad representará también a los hijos en juicio; pero no podrán celebrar ningún arreglo para terminarlo, si no es con el consentimiento expreso de su consorte, y con la autorización judicial cuando la ley lo requiera expresamente.**

**Estos efectos son dobles: a).- Administración de los bienes del menor, y b).- Usufructo legal.**

**Tanto respecto a la administración como al usufructo legal se tiene que distinguir entre los bienes del menor que pueden ser de dos clases:**

- 1) .- Bienes que adquiere por su trabajo;**
- 2) .- Bienes obtenidos por cualquier otro concepto.**

**Los bienes de la primera clase, o sea los que obtiene el menor por medio de su trabajo, le pertenecen en propiedad, administración y usufructo. En consecuencia, con respecto a estos bienes, los que ejercen la patria potestad no tendrán ninguna injerencia.**

**Los bienes que obtenga el menor por cualquier otro título (herencias, legados, donaciones, azares de la fortuna), pertenecen en propiedad al menor, pero su administración corresponde a los que ejercen la patria potestad. Cuando la misma es compartida por la pareja de padres, abuelos o adoptantes, será administrador uno de los dos, decidido de común acuerdo por ambos; pero el designado consultará en todos los negocios a su consorte y requerirá su consentimiento expreso para los actos más importantes de la administración.**

**Los que ejercen la patria potestad, como simples administradores de los bienes, no tienen facultades para actos de dominio, por ello no pueden enajenar ni gravar de ningún modo los bienes inmuebles y los muebles preciosos que correspondan al hijo. Solamente por causas de absoluta necesidad o de evidente beneficio podrán realizar estos actos previa autorización judicial.**

**Los bienes de la primera clase pertenecen en propiedad, administración y usufructo al hijo.**

**En los bienes de la segunda clase, la propiedad y la mitad del usufructo pertenecen al hijo; la administración y la otra mitad del usufructo corresponde a las personas que ejerzan la patria potestad. Sin embargo, si los hijos adquieren bienes por herencia, legado o donación y el testador o donante ha dispuesto que el usufructo pertenezca al hijo o que se destine a un fin determinado, se estará a lo dispuesto.**

**Los padres pueden renunciar su derecho a la mitad del usufructo, haciendo constar su renuncia por escrito o de cualquier otro modo que no deje lugar a duda.**

**La renuncia del usufructo hecha en favor del hijo, se considera como donación.**

**Los réditos y rentas que se hayan vencido antes de que los padres, abuelos o adoptantes entren en posesión de los bienes cuya propiedad corresponda al hijo, pertenecen a éste, y en ningún caso serán frutos de que debe gozar la persona que ejerza la patria potestad.**

**El usufructo de los bienes concedido a las personas que ejerzan la patria potestad, lleva consigo las obligaciones que expresa el capítulo II del título VI, relativo a los alimentos, además, las impuestas a los *usufructuarios*, con excepción de la obligación de dar fianza, fuera de los casos siguientes:**

**I.- Cuando los que ejerzan la patria potestad han sido declarados en quiebra, o estén concursados;**

**II.- Cuando contraigan ulteriores nupcias;**

**III.- Cuando su administración sea notoriamente ruinosa para los hijos.**

## **2.6.- SUSPENSIÓN DE LA PATRIA POTESTAD.**

**La patria potestad puede suspenderse temporalmente o puede acabarse en forma definitiva por razones naturales o por sentencia que declare la pérdida de la patria potestad; en este último caso, se extingue totalmente para el que la ejerce, pero si existen otras personas de las mencionadas por la ley (padres o abuelos), que pueden ejercerla, entonces el menor seguirá sujeto a esta institución, pero a cargo de otra persona.**

**La suspensión temporal de la patria potestad puede darse por tres causas:**

**I.- Por incapacidad declarada judicialmente.**

**El que la ejerce tiene que ser forzosamente una persona en pleno ejercicio de sus derechos para que pueda ser representante de otra. En el caso de que quien la ejerce pierda la capacidad de ejercicio, el mismo necesitará que se le nombre un tutor para que actúe a su nombre.**

## **II.- Por la ausencia declarada en forma.**

**La razón es obvia, si el que debe custodiar, representar, etc., se le declara ausente, es decir, no se sabe dónde está, se ignora su paradero y existe la incertidumbre inclusive si aún vive, no puede ejercer ninguno de sus derechos, incluyendo el de la patria potestad.**

**III.- Por sentencia condenatoria que imponga como pena esta suspensión. Puede ser que en un momento determinado la conducta del que ejerce la patria potestad sea considerada por el juez como inconveniente a los intereses del menor, por múltiples razones; en este caso como sanción temporal se le condenará a la suspensión de la patria potestad.**

**Estas tres causas de suspensión pueden extinguirse en un momento dado; el incapacitado recobra su capacidad de ejercicio; el ausente regresa, y al sancionado se le extingue su condena. En estos casos se requerirá también la intervención judicial para que declare que a quien se le había suspendido en su derecho, ha recobrado de nuevo el ejercicio de la patria potestad.**

### **2.6.1.- PERDIDA DE LA PATRIA POTESTAD.**

**La patria potestad se pierde por cuatro causas:**

**I.- Cuando el que la ejerza es condenado expresamente a la pérdida de ese derecho o cuando es condenado por delito grave.**

**II.- En los casos de divorcio, teniendo en cuenta que la sentencia de divorcio fijará la situación de los hijos conforme a una serie de reglas.**

**III.- Cuando por costumbres depravadas de los padres, malos tratamientos o abandono de sus deberes pudiera comprometerse la salud, la seguridad o la moralidad de los hijos , aun cuando estos hechos no cayeren bajo la sanción de la ley penal.**

**IV.- Por abandono que el padre o la madre hicieren de sus hijos por mas de tres meses.**

**Sara Montero Duhalt, dice al respecto; "Bastaría con declarar que la patria potestad se pierde a juicio del juez, cuando la conducta de los que la ejercen constituye una amenaza para la salud, seguridad o moralidad de los menores. De esta forma quedarían comprendidas todas las conductas nocivas, independientemente de que las mismas fueran consideradas o no como delitos".<sup>5</sup>**

## **2.6.2.- EXTINCION DE LA PATRIA POTESTAD.**

**La patria potestad termina totalmente, tanto para el que la ejerce, como para el sujeto pasivo, en los siguientes casos:**

**I.- Con la muerte del que la ejerce, si ya no hay otra persona en quien recaiga.**

**II.- Con la emancipación derivada del matrimonio.**

**III.- Por mayoría de edad del hijo.**

**Como la ley señala limitativamente las personas que pueden ejercer la patria potestad; los dos progenitores y los cuatro abuelos, por parejas o en forma unitaria alguno de ellos,**

---

<sup>5</sup> MONTERO, Sara Duhalt. Derecho de Familia. Editorial Porrúa, S.A., México 19092. Pág. 353.

**cuando ya no exista ninguna de estas seis personas, nadie más la podrá ejercer, aunque el hijo siga siendo un menor de edad. En este caso, se le nombrará un tutor.**

**La emancipación por matrimonio significa que el menor de edad que se casa, sale de la patria potestad. Si su matrimonio se extingue persistiendo la minoría de edad del cónyuge, no representará la patria potestad, sino que se le considera emancipado.**

**La mayoría de edad extingue los efectos de la patria potestad, pues la misma es exclusiva para los menores de edad. El mayor de edad dispone libremente de su persona y de sus bienes.**

## **2.7.- LA PATRIA POTESTAD EN LA ADOPCION.**

**La patria potestad sobre el hijo adoptivo la ejercen únicamente las personas que lo adoptan, en la adopción simple.**

**En la adopción plena, la patria potestad se ejerce en los términos señalados en el Código Civil de nuestro Estado para los hijos consanguíneos.**

## **2.8.- EMANCIPACION.**

**La emancipación constituye el final anticipado de la patria potestad, que el menor obtiene por el solo hecho de contraer matrimonio, adquiriendo así el gobierno de su persona y la administración de sus bienes. En nuestra legislación el menor de 18 años que contrae matrimonio se emancipa; esto es, adquiere una capacidad menos plena pero que le autoriza a manejar sus asuntos, como si fuera mayor, con excepción de dos limitantes:**

**La menor o incapacitada que procree un hijo, ejercerá la patria potestad a través de sus padres o tutores que la represente.**

**a).- Necesita un tutor para atender sus asuntos judiciales, incluido el divorcio, y;**

**b).- Requiere autorización judicial para enajenar y gravar sus bienes raíces.**

## **CAPITULO III**

### **DISTINCION ENTRE LAS JURISDICCIONES.**

#### **3.I.- ANTECEDENTES.**

La jurisdicción podría ser voluntaria o contenciosa; plena o *minus* plena; ordinaria o extraordinaria; retenida o delegada; propia o prorrogada.

#### **3.I.I.- LA JURISDICCION VOLUNTARIA Y CONTENCIOSA.**

Para efecto de la jurisdicción voluntaria el magistrado decide cuestionar que le son sometidas por las partes, de mutuo acuerdo y en forma pacífica, sin choque de intereses en forma de litigio. Se llama voluntariamente porque las personas se presentan espontáneamente a pedir la intervención del magistrado, sin quedar obligadas a concurrir delante de él. 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 la acción de la Ley y eran: La manumisión, la adopción, emancipación y la *in iure cessio*. Los no solemnes carecían de formalidades y era la *missio in possessionem bonorum*, nonbramientos de tutores y curadores, etc.

La jurisdicción contenciosa, al contrario, implicaba un choque de carácter moral o económico que podía ser resuelto por el juez o jurado, previa comparecencia ante el pretor.

Es involuntaria o forzada porque el demandado debe concurrir al tribunal, so pena de perder litigio o de exponerse a perder facultades que facilitarían su defensa. Todas las controversias entre litigantes corresponden a esta clase de jurisdicción.

### **3.1.2.- ASPECTOS DIFERENCIALES ENTRE AMBAS JURISDICCIONES COMO MERO ANTECEDENTE.**

a).- El magistrado puede intervenir en las cuestiones de jurisdicción voluntaria en el teatro, en su casa o en cualquier otro lugar, en la contenciosa sólo en el recinto del tribunal.

b).- La presencia de los *lictors* con sus hachas es obligatoria en la contenciosa e innecesaria en la voluntaria.

c).- El magistrado puede actuar en la voluntaria aún fuera del territorio de su jurisdicción, lo que está prohibido en la contenciosa.

En la historia del Derecho Romano, unos ocho siglos antes de Cristo y hasta el año 533 de nuestra era, es la época en que el Emperador Justiniano llamado "El Grande" hace preparar y expedir el Digesto, compilación monumental en que trabajaron numerosos juristas.

En tan extenso período de tiempo se observan tres distintos sistemas de procedimiento; las acciones de la ley, el ordinario (que rigen por mas de diez siglos) y el extraordinario.

Las funciones judiciales se actuaban por etapas; la primera parte del proceso civil se realizaba ante el magistrado, la segunda etapa ante el juez. El primero regulaba la marcha del proceso, precisaba el objeto de los debates, y determinaba los hechos. El juez pronunciaba la sentencia compulsando tales hechos.

### **3.1.3.- LA JURISDICCION EN SENTIDO ESTRICTO.**

**Comprendía lo siguiente:**

**a).- El poder de organizar el proceso y remitir a las partes ante un juez.**

**b).- El poder demostrar o decir el derecho, cuya función hasta Diocesano, se limitaba a pronunciar la sentencia.**

**c).- El poder de dar solemnidad a ciertos actos jurídicos cuyas fórmulas derivaban de las acciones de la ley.**

**Al hablar de las divisiones de la jurisdicción, estamos queriendo entender los diversos tipos de divisiones de la jurisdicción que existen en razón de varios criterios.**

**Las distinciones pueden ser desde diversos puntos de vista, pero especialmente aquellos que se realizan considerando las relaciones que conforman la materia sobre la cual, la actividad jurisdiccional se desarrolla dentro del derecho.**

**Estas relaciones jurídicas de derecho material, pueden considerarse en cuanto a su calidad o naturaleza, o bien, en cuanto a su cantidad.**

### **3.2.- SEGUN LA CALIDAD O NATURALEZA.**

**Desde el punto de vista que constituye la materia sobre la cual la jurisdicción opera, se puede establecer la clasificación que mas que tratarse de una división de materias, es en base a los asuntos que se ventilan a través de la función jurisdiccional, enfocándose al contenido del proceso y no al proceso mismo. Es decir, mas a la naturaleza de los litigios que a los procesos.**

**Puede distinguirse dentro de esta división a la jurisdicción civil y a la jurisdicción penal.**

**La jurisdicción civil en sentido lato, realiza los varios derechos públicos y privados de los particulares, así como de los entes colectivos privados y públicos.**

**En cambio; la jurisdicción penal realiza especial derecho público del estado. El derecho del estado de imponer penas a los que violen preceptos penales.**

**Alfredo Rocco, establece: "En la jurisdicción penal, el estado trata de realizar uno de sus mas importantes intereses, el interés punitivo respectivo, el cual en cuanto esta tuteado frente a los particulares con reglas precisas y determinadas, constituye un verdadero y singular derecho subjetivo del estado, el de castigar".<sup>6</sup>**

**La jurisdicción penal y civil están entre sí netamente separadas por el modo de ejercitarse. El proceso civil difiere en cuanto a su forma, y sobre todo por el principio que tiene como fundamento, y que es el de disposición de las partes, es decir, que el órgano jurisdiccional no puede ejercitarse de oficio sino a petición de parte, mientras que en el proceso penal prevalece por el contrario el principio de oficialidad, esto es, el principio por el cual el órgano jurisdiccional ejercita de oficio, por su propia iniciativa salvo casos que se siguen a petición de parte.**

**A pesar de la separación que se indicó con anterioridad entre la jurisdicción civil y la jurisdicción penal, puede establecerse relación de coordinación entre ambas. Ello debido a las circunstancias de que un mismo hecho tiene un doble carácter, el de delito penal y el de delito civil, lo que da lugar a relaciones de derecho penal y de derecho civil, originándose relaciones entre ambos.**

**Es posible ejercitar en el proceso penal, la acción civil.**

---

<sup>6</sup> PALLARES, Eduardo Op. Cit. Pág. 515.

**Todo hecho ilícito penal no deja pues, de ser un hecho lícito y como tal, además de los efectos jurídicos penales produce efectos jurídicos civiles. De ahí la posibilidad del ejercicio acumulativo de estas dos acciones.**

**La acción civil ejercitada en el proceso penal queda desnaturalizada en su carácter, mediante la acción civil se provoca una acción jurisdiccional, que el ejercicio de esta acción pone en movimiento, en cambio, en la acción civil que se ejercita en la vía penal, no se provoca una acción jurisdiccional, porque el juez penal debe condenar al reo a los daños aun cuando no haya habido parte civil, ello como consecuencia de la condena penal. Esta acción civil ejercitada en el proceso penal es un accesorio de la acción penal, ello es porque la competencia del juez penal para juzgar sobre una relación de derecho privado resarcimiento del daño derivado del delito depende de la existencia de la relación de derecho penal.**

**El juez penal, una vez comprobado que no existe la relación de derecho penal, o porque no se constituya delito, o por haberse extinguido por prescripción o por otras causas queda extinguida su competencia para juzgar, aun de la relación de derecho privado.**

### **3.3.- SEGUN LA CANTIDAD DE LAS RELACIONES JURIDICAS.**

#### **a).- Diferencia de la Jurisdicción ordinaria y Jurisdicción especial.**

**El criterio de distinción de la jurisdicción en cuanto a la cantidad de relaciones jurídicas que forman el objeto de la jurisdicción, esta puede ser jurisdicción ordinaria y jurisdicción especial. La diferencia entre ambas la determina la generalidad o especialidad de las relaciones jurídicas de una cierta categoría: especial o particular, en las que se enfoca a especiales o particulares relaciones jurídicas, mientras que la ordinaria o general mira todas las relaciones de ciertas categorías.**

**Pallares establece; "La jurisdicción especial es la que se ejerce con limitación o asuntos determinados o respecto a personas de su clase, estado o progresión que están sujetos a ella" .<sup>7</sup>.**

**En base a un criterio substancial, en general puede decirse que se tiene una relación jurídica especial, cuando se caracteriza o distingue de otras, por algunas características especiales suyas, esto es, por los sujetos o por el objeto, o por el título. Así pues, se establece que serán especiales las jurisdicciones que miren algunas categorías de sujetos especiales como son los militares, marinos, menores, etc.**

**De igual manera podrá decirse especial, la jurisdicción que tenga por objeto relaciones jurídicas de una materia especial, materia de agua, usos cívicos, etc.**

**Hay quienes definen la jurisdicción ordinaria de la siguiente manera: "Es la que reside con toda amplitud en los jueces, tribunales establecidos por las leyes para administrar justicia. compete por derecho ordinario al tribunal o juez que tiene potestad de administrar justicia en cierto distrito".<sup>8</sup>.**

**En cuanto al punto de vista formal, por el que puede establecerse si una jurisdicción es ordinaria o especial, a lo establecido por la ley procesal, se indica que todo proceso persigue alcanzar una meta y esta meta es precisamente, la sentencia. Toda actividad procesal se realiza con el objeto de lograr una decisión del juzgador sobre el conflicto sometido a proceso.**

**Mediante el proceso se prepara, documenta y legitima la decisión principal del órgano jurisdiccional contenida en la sentencia.**

**A éste respecto, es importante establecer la distinción entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción especial, sobre todo para poder observar los efectos que produce la sentencia del juez, en uno y otro caso.**

---

<sup>7</sup> PALLARES, Eduardo, Op. Cit. Pág. 513.

**Alcalá-Zamora, define la sentencia como; "La declaración de voluntad del juzgador acerca del problema de fondo controvertido u objeto del proceso." <sup>8</sup> .**

**Por lo que se refiere a la sentencia del juez ordinaria, pronunciada fuera de los límites de la propia competencia es y subsiste siempre una sentencia, por lo cual, transcurridos los términos para impugnarla, adquiere autoridad de cosa juzgada, del mismo modo que si se hubiese pronunciado por un juez del todo competente. La razón es que todo órgano de la jurisdicción ordinaria se considera investido de la jurisdicción, de tal manera que, aunque se pronuncie fuera de los límites de su competencia, el acto queda siempre válido y eficaz, a condición de que transcurrido el término para impugnarla no se realice.**

**Los órganos de la jurisdicción especial son órganos separados de la jurisdicción ordinaria, por lo que no les corresponde toda la jurisdicción, sino solo aquella que la ley le permita ejercitar. De tal suerte que la sentencia pronunciada fuera de los límites de la jurisdicción especial, no puede considerarse como sentencia, y aunque no sea impugnada dentro de los términos fijados por la ley, no deviene obligatoriedad y no puede alcanzar autoridad de cosa juzgada.**

**Otra diferencia substancial entre los procedimientos que estamos analizando son los medios de impugnación.**

**El vocablo latino *impugnare* proviene de *IN* y *PUGNARE* que significa luchar contra, combatir, atacar.**

**Para Alcalá-Zamora.- Los medios de impugnación son: "Actos procesales de las partes dirigidos a obtener un nuevo examen total o limitado a determinados extremos, y a un nuevo**

---

<sup>8</sup> LARA, Gómez Cipriano. Derecho Procesal Civil, Edit. Harla, S.A. Op. Cit. Pág. 97.

<sup>9</sup> OVALLE, Favela José, Derecho Procesal Civil. Edit. Harla, S.A. México, 1980. Pág. 146.

**proveimiento acerca de una resolución judicial que el impugnador no estima apegada a derecho, en el fondo o en la forma o que reputa errónea en cuanto a la fijación de los hechos”.**<sup>10</sup>.

**Los actos de impugnación son pues, actos procesales de las partes y terceros legitimados.**

**Los medios de impugnación están dirigidos a obtener un nuevo examen, el cual puede ser total o parcial. El punto de partida, el antecedente de los medios de impugnación es, pues, una resolución judicial.**

**Los medios que aduzca el impugnador pueden ser, que la resolución judicial combatida no este ajustada a derecho en el fondo, en la forma o bien que contenga una equivocada fijación de los hechos.**

**La sentencia de los jueces ordinarios son impugnables dentro de los términos y con los medios de impugnación establecidos por el Código Civil para el Estado de Guanajuato, mientras que las sentencias de los jueces especiales aun declaradas no impugnables están siempre sujetas a impugnación en los términos establecidos por la ley.**

**b).- La llamada Jurisdicción Especializada de los Tribunales ordinarios.**

**Algunos órganos especiales de los tribunales ordinarios cuya naturaleza es incierta en cuanto no puede incorporarse a los tribunales ordinarios puros y simples, ni a los tribunales especiales, los que solo pueden conocer algunas controversias que sin embargo; re entraría la competencia de los tribunales ordinarios, mientras éstas no pueden conocer de aquellos, sino que deben atribuírlas a estos órganos especiales.**

---

<sup>10</sup> O'VALLE, Favela José. Op. Cit. Pág. 179.

**Estos órganos a menudo no se forman con sujetos pertenecientes a la organización normal de los órganos jurisdiccionales ordinarios, sino que tienen algunos elementos extraños, que a veces tienen funciones verdaderamente judiciales, y otras veces las tienen de simple consulta como perito.**

**Es muy dudosa la naturaleza de estos órganos y si pueden llamarse órganos de jurisdicción ordinaria o especial.**

**Es importante observar que cuando en la composición del órgano entran elementos extraños con funciones deliberatorias, no puede hablarse de una jurisdicción especializada, sino que debe hablarse de jurisdicción especial.**

**En cambio, cuando el órgano que juzga está compuesto siempre y en todo caso de los mismos sujetos que forman parte de los órganos normales de la jurisdicción ordinaria, puede hablarse entonces de jurisdicción especializada.**

**Naturalmente a la diversidad del órgano deberá también corresponder una especialidad o particularidad de la materia.**

**c).- Jurisdicción de derecho y Jurisdicción de equidad.**

**Hemos venido analizando cómo la jurisdicción civil tiene por objeto realizar intereses protegidos por el derecho objetivo a causa de la incertidumbre o inobservancia, y como esto opera mediante un procedimiento lógico, que puede reducirse en un silogismo, en que se concreta la función de aplicación del derecho. El juez al llevar a cabo este trabajo de lógica judicial, saca de la norma general de conducta contenida en dicha norma, una especial y concreta que regula el caso que se trate, por lo que el Juez; al realizar esta actividad no crea el derecho, sino que lo hace valer dentro de los límites marcados por la misma norma jurídica.**

**No obstante que el ordenamiento jurídico consiste algunas veces en que el Juez, antes de atenderse únicamente a la interpretación y aplicación de dichas normas, aplique principios de equidad.**

**Al notar el Juez la equidad, mas bien que aplicar las normas jurídicas, aplica normas que son immanentes al espíritu de cada individuo y que a menudo son diversos y contrarios a las mismas normas jurídicas. En estos casos el Juez resuelve las cuestiones sometidas a su conocimiento no sobre la base de reglas fijas y constantes como lo son las normas jurídicas, sino que considera, en el caso particular, las circunstancias específicas del caso concreto, las situaciones particulares del hecho, las situaciones psicológicas, y hasta la conveniencia o inconveniencia de los actos.**

**En todos estos casos suele hablarse de jurisdicción de equidad, frente a la jurisdicción de derecho, como dos formas distintas y separadas y aun contrapuestas entre sí.**

**Las normas jurídicas son normas rígidas e inflexibles, que no tienen en cuenta, salvo raras excepciones, circunstancias particulares de hecho por las cuales un sujeto se haya determinado, aun en contravención a las disposiciones de las normas legales.**

**Por ello, a fin de responder mejor a las exigencias de una real justicia en algunos casos particulares, es lícito y posible al juez aplicar normas de equidad.**

**Por la particularidad de la función realizada por el Juez, en este caso importa algunas características de la sentencia pronunciada según las normas de equidad, por cuanto mientras es normal que contra una sentencia de un Juez de primer grado, aplicando las normas estrictas de derecho, sea siempre posible salvo casos excepcionales establecidos por la ley, apelar contra las sentencias pronunciadas, aplicando principios de equidad, la apelación no es admisible. Lo cual es natural si se considera que los principios de equidad no son fijos y constantes, como los establecidos en las normas jurídicas, sino que varía de sujeto a sujeto, y por lo mismo, no**

pueden las sentencias someterse a revisión por una eventual violación de una norma de equidad.

### **3.4.- EN RAZON DEL ORIGEN DE LA FUNCION JURISDICCIONAL.**

a).- **Jurisdicción eclesiástica.** La potestad de juzgar deviene de Dios. (Aplicable solo a los miembros de la iglesia que reconocen tal potestad).

b).- **Jurisdicción Secular.** La potestad de juzgar deviene del poder del Estado. Como son las siguientes:

1.- **Jurisdicción Judicial.** Ejercida por el Poder Judicial, misma que a su vez puede subclasificarse en:

a).- **Jurisdicción Contenciosa.** Cuando el Juez decide sobre pretensiones opuestas de dos o mas partes y termina con una sentencia obligatoria y ejecutable.

b).- **Jurisdicción Voluntaria.** Cuando el Juez interviene por disposición de la Ley, pero no hay contienda, y el Juez solo se limita a dar fuerza y valor a ciertos hechos y actos.

2.- **Jurisdicción Administrativa.** Ejercida por el Poder Ejecutivo.

3.- **Jurisdicción Legislativa.** Ejercida por el Poder Legislativo.

### **3.5.- DIFERENCIAS DE LA JURISDICCION VOLUNTARIA CON LA JURISDICCION CONTENCIOSA.**

Se establece por algunos autores que la única y verdadera jurisdicción es la contenciosa. Consideran que el litigio, es un elemento necesario para la existencia del proceso, y

por lo tanto, para el desempeño y desarrollo de la función propiamente jurisdiccional, ya que la jurisdicción siempre recae sobre una controversia.

Los Jurisconsultos modernos caracterizan la jurisdicción contenciosa porque en ella se trata de componer un litigio, y admiten que pueden ser no solo asuntos entre particulares, sino también entre el estado y particulares.

La jurisdicción voluntaria; en cambio, alude a una serie de gestiones o tramitaciones, en las cuales no hay litigio y que se desenvuelven o desarrollan frente a un órgano jurisdiccional, el que interviene a petición de algún sujeto de derecho, con el objeto de examinar, certificar, calificar o dar fe de situaciones. Hay quienes consideran que son actos administrativos en manos de autoridades judiciales por mandato de Ley. Otros, por el contrario, que se trata de una función *sul generis*, de naturaleza especial, que no se puede asimilar ni identificarse con los actos administrativos ni actos meramente jurisdiccionales.

Se puede establecer, que la jurisdicción voluntaria está relacionada con aquellos actos en que sea necesario o se solicite la intervención del Juez, sin estar empeñada o promoverse cuestión alguna entre partes conocidas y determinadas, como por ejemplo nombramiento de autores, apertura de testamento, adopción, etc.

El concepto de jurisdicción voluntaria se ha intentado formular en oposición al de la jurisdicción contenciosa. Escriche señala que la jurisdicción voluntaria en oposición a la contenciosa, es la que se ejerce siempre *intervolentes*, esto es, a solicitud o por consentimiento de las partes.

Sin embargo, la jurisdicción por definición es una atribución de los órganos del Estado para solucionar conflictos o litigios, por lo cual en ausencia de éste no se puede hablar, en sentido estricto de jurisdicción.

**A juicio de Alcalá -Zamora, tres son los criterios que pueden ayudar a distinguir entre la jurisdicción contenciosa y la jurisdicción voluntaria:**

- a).- El Presupuesto**
- b).- La actividad desenvuelta**
- c).- Su culminación.**

**En cuanto al presupuesto, con respecto a la jurisdicción contenciosa, es la exigencia de litigio, mientras que a el presupuesto en la jurisdicción voluntaria, el litigio está ausente, avces latente, pero nunca presente.**

**Conforme al segundo criterio, mientras la actividad desplegada con motivo de la jurisdicción, es la única de indole jurisdiccional, la que se realiza, con motivo de la jurisdicción voluntaria, carece, en rigor de este carácter. La jurisdicción voluntaria integra una serie de procedimientos que sin ser jurisdiccional, se atribuye en menor o mayor medida al conocimiento de funcionarios judiciales quienes entonces no se conducen como auténticos juzgados.**

**El tercer criterio es el de la autoridad de la cosa juzgada, meta o culminación del proceso contencioso, por lo tanto, extraña a la jurisdicción voluntaria, que se caracteriza por la reformalidad de sus resoluciones.**

**Fix Zamudio, define a la jurisdicción voluntaria como: "Un conjunto de procedimientos a través de los cuales se solicita de una autoridad que fiscalice, verifique o constituya una situación jurídica de trascendencia social en beneficio del o de los 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." <sup>11</sup>.**

---

<sup>11</sup> O'VALLE, Favela José. Op. Cit. Pág. 346 y 347.

**Aunque todavía algunos autores consideran que la jurisdicción voluntaria implica realmente el ejercicio de la función jurisdiccional y denominen procesos a los procedimientos de jurisdicción voluntaria, actualmente predomina la tendencia doctrinal que niega a éste el carácter de jurisdicción y la considera como actividad administrativa encomendada a órganos jurisdiccionales.**

**En la zona fronteriza entre la función jurisdiccional y la administrativa, esta la llamada jurisdicción voluntaria, la cual, siendo función substancialmente administrativa, es objetivamente ejercida por órganos judiciales, y por eso se designa tradicionalmente con el nombre equívoco de jurisdicción, si bien acompañado con el atributo de voluntaria, que la distingue de la verdadera y propia jurisdicción, la cual, a su vez, se designa en tal contraposición como jurisdicción contenciosa. Esta llamada jurisdicción voluntaria constituye uno de los casos más típicos, por el cual, órganos constituidos para ejercer una de las tres funciones de la soberanía, ejercen, por excepción, funciones que substancialmente pertenecerían a una de las otras dos funciones existentes.**

**En sustancia, la contraposición entre jurisdicción voluntaria y jurisdicción contenciosa tiene el siguiente significado: “Que solo la llamada jurisdicción contenciosa es jurisdicción, mientras la llamada jurisdicción voluntaria no es jurisdicción, sino que es administración ejercida por órganos judiciales”.**

**Por su contenido, la jurisdicción voluntaria, entra en la rama más basta de la función administrativa, que se suele llamar administración pública del derecho privado, y que comprende todas aquellas actividades con las cuales, el estado interviene para integrar la actividad de los particulares dirigida a la satisfacción de sus intereses mediante el desarrollo de las relaciones jurídicas.**

**Algunos otros autores, consideran a la jurisdicción voluntaria como una institución de fines meramente constitutivos, argumentando que tienden siempre a la constitución de nuevas**

situaciones jurídicas o al desenvolvimiento de las ya existentes, dándoles autenticidad y eficacia, en tanto que en la contenciosa el Juez actúa en relaciones ya existentes, para decidir las y pronunciar una resolución.

En la jurisdicción voluntaria falta un elemento esencial del juicio, o sea la cuestión entre partes, y mas aun ni siquiera habrá partes, a pesar de que sean varias las personas que intervengan, éstas tendrán el carácter de prominentes, de solicitantes que exigen la actividad del órgano jurisdiccional, pero no serán propiamente partes precisamente porque entre ellas no habrá cuestión alguna que resolver.

La jurisdicción contenciosa se ejerce *in invitos*, es decir, entre o sobre los que no están de acuerdo y tienen que acudir al juicio aun contra su voluntad, a instancia o a solicitud de alguno de ellos; de ahí el concepto de contenciosa, tomando su nombre de la contención o disputa que siguen ante el Juez.

Goldschmit señala al respecto: "La jurisdicción voluntaria se distingue de la contenciosa, en que aquella es preventiva y realiza una función de policía jurídica, mientras que la contenciosa es de represión o justicia compensativa".<sup>12</sup>

Vicente y Caravantes, señala las diferencias, a su juicio, existentes entre la jurisdicción voluntaria y la contenciosa, de la siguiente manera:

1.- La contenciosa se ejerce *inter invitos*, esto es, entre personas que tienen que acudir contra su voluntad por no hallarse de acuerdo sobre sus pretensiones respectivas, mientras que la voluntaria se ejerce *inter volantes*, es decir, entre personas que se hallan de acuerdo sobre el acto que se ejecutiva o a solicitud de una persona a quien interpone la práctica de algún acto, en cuya contradicción no aparece interés de tercero.

---

<sup>12</sup>PALLARES, Eduardo. Op. Cit. Pág. 516.

**2.- La contenciosa se verifica con conocimiento legítimo de causa, y la voluntaria sin conocimiento de causa o con solo conocimiento informativo, de aquí la distinción que hacen de la jurisdicción voluntaria los autores en simple y cualificada, según se necesite o no conocimiento.**

**3.- La contenciosa se ejerce pronunciando un fallo o providencia con arreglo a lo que resulte de lo expuesto y probado por las partes, y en la voluntaria solo se pide al Juez la intervención de su autoridad para dar fuerza y eficacia a aquel acto.**

**En la jurisdicción voluntaria, desde el momento que aparece contestación de parte; desde el instante de que a solicitud promovida se haga oposición por alguno que tenga personalidad para formarla, se convierte en contenciosa y debe sujetarse a los trámites establecidos para el juicio que corresponda.**

**Se ha dicho al marcar las diferencias entre la jurisdicción voluntaria y la contenciosa, que el conocimiento de causa, en aquella es informativo, en lugar de que el que se exige de ésta es legítimo, es informativo, porque resulta de todos los medios propios para ilustrar la conciencia del Juez, desde el nombre de legítimos, porque resulta de lo que arrojan las pruebas judiciales o recogidas por vías legales. Así, en todos los actos de jurisdicción voluntaria puede un Juez decidirse por los datos y noticias personales que tenga; en los de jurisdicción contenciosa está obligado a juzgar según lo que resulte del proceso, en los primeros puede tomar como base de su decisión, los hechos articulados por el demandante o dejar de darles crédito por motivos que le son personales y, en los segundos, por el contrario, cuando se niega un hecho principal por alguna de las partes no puede darlo por cierto, cualquiera que sea el conocimiento particular que de él tuviere, sino que debe ordenar su prueba.**

**Puede, en consecuencia hacerse la siguiente distinción entre la jurisdicción contenciosa y la voluntaria:**

**a).- La jurisdicción contenciosa presupone la existencia de un litigio o conflicto de intereses, y la jurisdicción voluntaria se caracteriza por la ausencia de dicho conflicto.**

**b).- En la jurisdicción judicial no se requiere forzosamente la voluntad de las partes o se hace contra la voluntad de una de ellas, en la jurisdicción voluntaria el promovente interesado concurre por su propia voluntad.**

**c).- En la jurisdicción contenciosa se implica la aplicación de un derecho que corresponde a una parte en perjuicio de la otra y en la jurisdicción voluntaria no existe contra parte, no existe afectación al derecho de una de las partes.**

**d).- En la jurisdicción contenciosa la sentencia dictada implica efectos declarativos y de condena apoyada en el principio de la contradicción, mientras que en la jurisdicción voluntaria el conocimiento de los hechos es con base en lo expuesto por el promovente.**

**e).- En la jurisdicción contenciosa la actuación judicial inicia con el ejercicio de la acción, puesto que en la jurisdicción voluntaria la actuación judicial inicia con la solicitud del promovente.**

**f).- En la jurisdicción contenciosa la sentencia alcanzada es inmutable, con carácter de cosa juzgada, mientras que en la jurisdicción voluntaria la interlocutoria obtenida no puede afectar derechos de terceros, existe ausencia de cosa juzgada.**

# **CAPITULO IV.**

## **JURISDICCION VOLUNTARIA**

### **4.I.- CONCEPTO.**

El Código de Procedimientos Civiles para el estado de Guanajuato, en su libro IV, Capítulo Primero, artículo 705, nos dice que: "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".

Cabanellas, explica 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".<sup>13</sup>.

De Pina y Castillo Larrañaga, hacen un estudio sobre la naturaleza de este fenómeno procesal refiriéndose a tratadistas como Vicente y Caravantes, Guasp, Prieto Castro, Wach, Cuché y Vicent, Chiovenda, Carnelutti, Calamandrei, Prosé, Rocco y Kuisch, así como Rosenberg, llegando a la siguiente conclusión: "La tendencia que ha de prevalecer a cerca de la naturaleza de la llamada jurisdicción voluntaria, es seguramente la que afirma que es verdadera y propia jurisdicción y no meramente actividad administrativa o cuasiadministrativa. Aun los que sostienen este criterio reconocen en los actos de la jurisdicción voluntaria caracteres específicos que los distinguen de los administrativos, aun prescindiendo del órgano que los produce. La actividad contenciosa entraña siempre una actividad con relación a un conflicto de intereses; la voluntad no supone esta oposición, sino la necesidad de documentar, tutelar o

---

<sup>13</sup> CABANELLAS, Guillermo.- "Diccionario de derecho usual", Tomo II, pág 473, voz: jurisdicción voluntaria.

garantizar una especial situación jurídica. En realidad, los intentos de distinguir entre la jurisdicción contenciosa y la voluntaria han conducido al fracaso, precisamente porque no hay manera de separar actividades que tienen idéntica naturaleza".<sup>14</sup>.

#### **4.2.- ORIGEN HISTORICO.**

La expresión "Jurisdicción Voluntaria" tiene sus orígenes en el Derecho Romano y proviene de un texto Marciano en el que indicaba que los procónsules tenían fuera de la ciudad, jurisdicción, "pero no contenciosa, sino voluntaria; para que ante ellos pudiesen ser manumitidos tanto los libres como los esclavos y hacerse adopciones".<sup>15</sup>.

Desde entonces, y a pesar de las numerosas y constantes críticas en su contra, dicha expresión se ha utilizado para designar un conjunto variado de actos y procedimientos que se realizan ante funcionarios judiciales, los cuales como característica común la ausencia de conflicto entre partes.

En el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal y el Territorio de la Baja California de 1884, se vio en la "Jurisdicción Voluntaria" una forma de ejercitación de la actividad del Juez, por oposición a la "Jurisdicción Contenciosa", debiéndose en sustancia, tomarla como lo contraria a ésta, es decir; "No Contenciosa", sin litigio, sin proceso, una forma rudimentaria, natural de ejercer sus funciones, el Juez sin descubrir la esencia de dichas funciones. Un vestigio de la tripartición funcional de los Jueces en "Jurisdicción Contenciosa", "Jurisdicción Mixta" y "Jurisdicción Voluntaria", es tratada en ese ordenamiento, como sedimento de la notificación netamente formal de la tarea encomendada a los Jueces.

Se cuestionan los actos de "intervención judicial voluntaria", cuando libremente se acoge el pretender al Juez, a falta de otro órgano estatal o simplemente fedatario, como en el

---

<sup>14</sup> Op. Cit., págs. 77 y siguientes.

<sup>15</sup> ALCALA-ZAMORA y Castillo Niceto.- "Premisas para determinar la índole de la llamada Jurisdicción Voluntaria". Op. Cit. Supra nota 2, Pág. 117.

caso de que el accionante solicite en Vía de Jurisdicción Voluntaria que se interpele a su deudor sobre el cumplimiento de la obligación, como podría hacerlo quizá más eficazmente un Notario Público. Bien claro está que en tal hipótesis no es el Juez quien practica la interrogación personalmente, sobre todo porque él no es depositario de la fe pública, pero le ordena el acto a un funcionario judicial que sí la tiene; el actuario. Sin embargo, legalmente, por la organización interna de los juzgados, desde el punto de vista ideal, se dice que la hace el juzgado y la cabeza visible, el titular del juzgado, es el Juez.<sup>16</sup>

Se ha afirmado de la denominada jurisdicción voluntaria, que ni es jurisdicción ni es voluntaria no constituye jurisdicción ni proceso.

Las dificultades de su estudio, por el nombre inadecuado, la desorientación legislativa, la terminología impropia y su contenido heterogéneo, y dificultades internas, principalmente su deslinde respecto de la jurisdicción contenciosa y respecto de la administrativa.

El nacimiento histórico de la jurisdicción voluntaria es poco revelador, como actividad documentada en forma fehaciente cuando los interesados acudían con dicho fin ante los tribunales, de donde se deriva la distinción entre jurisdicción sin *causae cognitio* o jurisdicción con *causae cognitio*, formada por la jurisdicción contenciosa.

Paulatinamente, la jurisdicción voluntaria fue separándose de los tribunales hasta que éstos conservaron tan sólo aquellos asuntos en los que, por su repercusión pública o por afectar a derechos indisponibles o ser susceptibles de causar perjuicio a terceros, se consideró oportuna su intervención.

La asignación de determinados asuntos a los tribunales con el carácter de jurisdicción voluntaria, influida por criterios de oportunidad política, ha determinado el carácter heterogéneo, de los actos de jurisdicción voluntaria, con la lógica consecuencia de que el

---

<sup>16</sup> Op. Cat., Págs. 77 y siguientes.

**criterio más o menos personal de cada autor califique a su vez como correcta o incorrecta la atribución. Quizá en el único punto en que existe coincidencia doctrinal es en el carácter meramente artificial de la asignación a los tribunales de justicia de los actos de jurisdicción.**

**Revelador de las dificultades de todo orden implicadas en la jurisdicción voluntaria es el propio "Código di procedura civile" italiano, cuyos redactores entre los que se contaban Calamandrei, Carnelutti y Redenti, se vieron obligados según relata otro colaborador, Carnacini, a redactar el libro correspondiente a la jurisdicción voluntaria "con el auxilio de las tijeras", es decir, recortando y sistematizando la regulación establecida en el anterior proyecto Solmi, pese a no considerarla satisfactoria. La única modificación introducida fue la supresión del título "de la jurisdicción voluntaria" por el de "Procedimientos en Cámara de Consejo", que dio lugar todavía a mayores polémicas y desorientaciones doctrinales, particularmente la relativa a la aplicación del artículo 742, que excluía la cosa juzgada formal y material a las resoluciones dictadas en tales procedimientos: a toda clase de proceso o sólo a los relativos a las personas.**

**Ello justifica la expresión de "caos" aplicada a la legislación italiana sobre la materia. Tal es el epíteto que le dirigió Carnacini, *Le norme sui provvedimenti*, precisamente en presencia del Ministerio de Justicia Italiano.**

#### **4.3.- NATURALEZA JURIDICA DE LOS ACTOS DE JURISDICCION VOLUNTARIA O DE JURISDICCION NO CONTENCIOSA.**

**Partimos de la advertencia, lo cual es un caso evidente, de que el término de jurisdicción voluntaria es inexacto, pues los actos que en ella se realizan no son ni de tipo jurisdiccional, pues en ellos no decide el Juez una controversia entre las partes, ni tampoco son actos voluntarios, pues las partes interesadas no acuden al Juez por su voluntad, sino que para desahogarlos, por disposición de la Ley, los particulares deben acceder a la competencia judicial.**

**Los mal llamados Actos de Jurisdicción Voluntaria, bien podrían ser atribuidos a las autoridades administrativas, porque no implican contienda en derecho ni en juicio, ni un debate legal. Pero la Ley los ha atribuido a los Jueces, por razones históricas, quizás, por la idoneidad profesional de los funcionarios judiciales, quienes han mantenido de manera característica una imparcialidad y observancia de las formas, muy conveniente para el desahogo de tales actos.**

**Es un error frecuente pretender oponer LO VOLUNTARIO (lo libre y querido por una persona), a lo CONTENCIOSO (que implica una controversia sobre un derecho pretendido). En realidad, lo que si es opuesto a lo VOLUNTARIO es lo OBLIGATORIO, es decir, aquella conducta que por Ley debe observarse.**

**Los denominados actos de jurisdicción voluntaria o de jurisdicción no contenciosa son mas bien actos judiciales obligatorios, En Chile, el Código de Procedimientos Civiles, los denomina ACTOS JUDICIALES NO CONTENCIOSOS.**

**Se les da un tratamiento de actos de naturaleza judicial y de competencia obligatoria, porque los particulares deben promover ante el Juez la instancia, para obtener la declaración del derecho o del hecho objeto del acto, aun en el entendido que no hay controversia que dirimir, ni derecho que establecer o duda sobre quien tiene la razón sobre una pretensión jurídica.**

**Uno se pregunta: "Y porque han llegado a la competencia judicial, este tipo de actos? La respuesta está en la historia, en la tradición judicial, en la manera como se ha vivido en nuestras culturas nacionales el desahogo de tales asuntos. El origen de esta tradición esta en el Derecho Romano, donde ya existía una división de poderes y se reconocía la conveniencia de rodear de autenticidad a ciertas manifestaciones de la vida privada, razón por la que se hizo intervenir a los magistrados judiciales en tales actos, para revestirles de seriedad y solemnidad. Con el tiempo, algunas de estas atribuciones pasaron a los notarios y otras quedaron a los jueces, y en ocasiones, se ha tratado de una competencia concurrente, pues el**

**particular puede elegir ante quien tramita el caso: ejemplo de ello la ADOPCION, puede el interesado elegir entre acudir al Juez Civil o acudir al Notario directamente.**

**Como conclusión respecto a la naturaleza de los llamados actos de Jurisdicción Voluntaria o No Contenciosa, podemos decir que por su naturaleza no se justifican como actos de competencia judicial y que su única fuente justificativa es LA LEY, que hace obligatoria la intervención del Juez. Los actos de jurisdicción voluntaria, al no tener controversia entre parte que resolver, se convierten en actos meramente Administrativos, es decir, actos de particulares que requieren de la intervención de la autoridad o de la potestad, pero solo para dotarlos de autenticidad, de solemnidad, de certeza jurídica, pero definitivamente no se trata de actos de naturaleza materialmente jurisdiccional.**

**La desorientación histórica, doctrinal y legislativa sobre el particular se pone de relieve principalmente al tratar de analizar la naturaleza jurídica de la jurisdicción voluntaria, que ha sido discutida en estos últimos años, pues precisamente el criterio diferenciador de la jurisdicción, la cosa juzgada, ha sido revalorizado y discutido en orden al carácter jurisdiccional o no de la jurisdicción voluntaria. Para quienes admiten que la jurisdicción voluntaria es verdadera jurisdicción, la cosa juzgada, ausente en la jurisdicción voluntaria no puede ser considerada como distintivo de la jurisdicción, sino a lo sumo de una de sus categorías, la jurisdicción contenciosa, debiendo acudir a otras teorías para explicar, en forma incompleta, la jurisdicción.**

**Es indudable que gran parte de la desorientación producida en torno a la naturaleza jurídica de la jurisdicción voluntaria es debida a la influencia de la doctrina de la sustitución como característica que la jurisdicción ejerció sobre la calificación, unánimemente admitida en los primeros tiempos de la jurisdicción voluntaria como perteneciente a la Administración.**

#### **4.4.- CARACTERISTICAS DE LA JURISDICCION VOLUNTARIA, DE ACUERDO CON NUESTRA LEY POSITIVA.**

**a).- Comprende los actos en que "por disposición de la ley o voluntad de los interesados, se requiere la intervención del Juez, sin que esté promovida ni se promueva cuestión alguna entre partes determinadas".**

**Como se ve, la ley autoriza a los particulares para promover actos de jurisdicción voluntaria sin poner otro límite al ejercicio de ese derecho, que el de que no haya cuestión entre partes, es decir, litigio. De allí que se acuda en vía de jurisdicción voluntaria para llevar a cabo actos de especie muy diversa, que corresponden a las funciones notariales, y en ocasiones a las de la autoridad administrativa. Salta a la vista la necesidad de reformar la ley, en el sentido de precisar los límites de la jurisdicción voluntaria y la clase de actos que en ella pueden realizarse;**

**b).- La jurisdicción voluntaria no tiene una tramitación rigurosa. El Juez podrá variar o modificar las providencias que dictare sin sujeción estricta a los términos y formas establecidas respecto de la jurisdicción contenciosa ;**

**c).- Por regla general, las resoluciones dadas en jurisdicción voluntaria no producen percusión procesal. Pues autoriza al Juez a variar o modificar las providencias que dictare. Sin embargo, agrega la siguiente restricción: "No 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 la resolución".**

**d).- La ley llama a las resoluciones que pronuncia el Juez en vía de jurisdicción voluntaria, providencias y no sentencias, lo que demuestra que no les atribuye las características de una sentencia, no obstante lo cual admite que se interponga en contra de ellas el recurso de apelación;**

**e).- En la jurisdicción voluntaria deberá ser oída la persona cuyo interés se afecte por virtud del proceso, así como el Ministerio Público, en los siguientes casos se oirá precisamente al Ministerio Público:**

**I.- Cuando la solicitud promovida afecte los intereses públicos;**

**II.- Cuando se refiera a personas o bienes de menores o incapacitados;**

**III.- Cuando tengan relación con los derechos o a bienes de un ausente; y**

**IV.- Cuando lo dispusieren las leyes.**

**f).- Si a la solicitud presentada se opusiere parte legítima, el negocio se continuará conforme al procedimiento contencioso, de acuerdo con la naturaleza del asunto.**

**g).- En los negocios de menores o incapacitados intervendrán el Juez de lo familiar y los demás funcionarios que determine el Código Civil.**

**h).- Por mandato de la Ley, tiene lugar la jurisdicción voluntaria.**

#### **4.5.- ACTOS MATERIA DE JURISDICCION VOLUNTARIA EN EL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES EN NUESTRO ESTADO.**

##### **4.5.I.- NOMBRAMIENTO DE TUTORES Y CURADORES Y DISCERNIMIENTO DE SUS CARGOS.**

**Para conferir la tutela es necesario que previamente se declare el estado de minoridad, el cual puede ser solicitado por el mismo menor si ha cumplido 16 años; por el cónyuge del incapaz o del menor; por sus presuntos herederos legítimos; por el albacea; por el Ministerio**

**Público; la declaración de incapacidad por causa de demencia deberá acreditarse a través de un juicio ordinario y mediante la presentación de una demanda de interdicción, lo cual implicará la participación de los médicos que practiquen el examen respectivo y que emitan su dictamen pericial, debiendo el Juez dictar una serie de medidas como son la de designación de tutor y curador interinos, disposiciones sobre la administración de los bienes del incapaz y sobre la patria potestad o tutela de personas que el presunto incapacitado tuviere bajo la responsabilidad. En caso de haber oposición, el trámite deja de ser de jurisdicción voluntaria y deberá substanciarse como un juicio ordinario; el juicio ordinario que deberá tramitarse en caso de interdicción, debe reunir los requisitos de tramitación señalados por el propio código; el tutor deberá manifestar su aceptación o rechazo del cargo dentro de los cinco días siguientes a la notificación de su designación; el menor podrá oponerse al nombramiento del tutor hecho por la persona que no siendo ascendiente le haya instituido heredero o legatario, siempre y cuando tuviere 16 años o más.**

#### **4.5.2.- ENAJENACION Y GRAVAMEN DE BIENES DE MENORES E INCAPACITADOS Y TRANSACCION ACERCA DE SUS DERECHOS.**

**Se establece la necesidad de una licencia judicial para que puedan venderse los bienes que pertenezcan exclusivamente a menores o incapacitados siempre y cuando sean bienes raíces, derecho real sobre inmuebles, alhajas y muebles preciosos, acciones de compañías industriales y mercantiles cuyo valor exceda de cinco mil pesos al hacerse la solicitud se deberá expresar el motivo de la enajenación y el objeto a que deba aplicarse la suma que se obtenga, así como justificarse la absoluta necesidad o la evidente utilidad de la enajenación.**

#### **4.5.3.- ADOPCION.**

**El solicitante, al iniciar su trámite deberá manifestar el nombre y la edad del menor o incapacitado, así como el nombre y domicilio de las personas o institución pública que lo hayan acogido y acompañará un certificado medico de buena salud, una vez rendidas las**

**justificaciones y obtenido el consentimiento de las personas que deban darlo, el Juez deberá resolver lo que proceda respecto de la adopción. También se reglamenta lo relativo a la solicitud de revocación de la adopción, la que deberá tramitarse a través de una audiencia en la que se deberá oír nuevamente a las personas que hubieren prestado su consentimiento , y también al Ministerio Público, consejo de tutelas. Finalmente la impugnaciones de la adopción y su revocación no podrá promoverse a través de la jurisdicción voluntaria.**

#### **4.5.3.1.- TRAMITE DE LA ADOPCION COMO ACTOS DE JURISDICCION VOLUNTARIA.**

**Se realiza en Vía de Jurisdicción Voluntaria ante el Juez de lo Familiar competente, o en su defecto, ante el Juez de lo Civil, como lo es en nuestra legislación.**

**Se inicia con un escrito en el que deberá manifestarse el tipo de adopción que se promueva, el nombre, edad y domicilio del menor o incapacitado, y el nombre, edad y domicilio de quienes de la institución de asistencia o beneficencia que lo hayan acogido.**

**En caso de querer variar el nombre del adoptado, se expresará en dicha promoción, el nuevo nombre que se pretende asignar.**

**Presentada la promoción y dentro de los tres días siguientes, se citará a quien ejerce la patria potestad o tutela sobre el menor o incapacitado a fin de que otorguen su consentimiento, 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 como 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.**

**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.**

**Una vez que cause ejecutoria la resolución judicial que aprueba la adopción, ésta quedará consumada.**

**El Juez que apruebe la adopción remitirá copia de las diligencias respectivas al juez del Registro Civil del lugar para que levante el acta correspondiente, como lo es la de nacimiento en caso de que la adopción sea plena, o bien, el acta de adopción cuando se haya adoptado de manera simple.**

#### **4.5.3.2.- ACTAS DE ADOPCION.**

**Dictada la resolución judicial definitiva que autorice la adopción simple, el adoptante, dentro del término de quince días presentará ante el Oficial del Registro Civil, copias certificadas 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, o para que se levante el acta de adopción y se anote en el acta de nacimiento.**

**La falta de registro de la adopción no quita a ésta sus efectos legales, pero sujeta al responsable a la pena señalada en el artículo 85 del Código Civil vigente en nuestro Estado.**

**El acta de adopción contendrá: el nombre, apellidos, edad, fecha, lugar de nacimiento y domicilio del adoptado; nombre, apellidos, estado civil, domicilio y nacionalidad del o de los**

**adoptantes y los datos esenciales de la resolución judicial, fecha en que causó ejecutoria y tribunal que la haya dictado.**

**Extendida el acta de la adopción, se anotará la de nacimiento del adoptado y se archivará la copia de las diligencias relativas, poniéndole el mismo número del acta de adopción.**

**El Juez o tribunal que resuelva que una adopción queda sin efecto, remitirá dentro del término de ocho días copia certificada de la resolución al oficial del Registro Civil, para que cancele el acta de adopción y anote la de nacimiento.**

#### **4.5.4.- INFORMACIONES AD PERPETUAM.**

**Intervienen dos elementos en su configuración, como sigue: a).- Uno esencial que incluso le (la nombre, si se toma en consideración que toda información corre a cargo de testigos; y b).- Otro teleológico, simultaneado con el propósito del solicitante, o sea el objeto de la información, lo que presenta puntos de contacto con la pre-constitución de una prueba, pero dentro de las limitaciones establecidas en la ley, o sea que se trate;**

**I.- De justificar algún hecho o acreditar un derecho;**

**II.- Cuando se pretende justificar la posesión como medio de adquirir el dominio pleno del inmueble; y**

**III.- Cuando se trate de comprobar la posesión de un derecho real.**

**Justificar algún hecho es una noción amplísima que puede referirse a múltiples situaciones fácticas. Ejemplo; hacer constar el estado que aparentemente guarde un inmueble**

**en determinado momento; cualquier circunstancia externa del propio inmueble que interese acreditar, etc.**

**Patentizar un derecho es una providencia cuya relatividad salta a la vista, pues se mantiene en tanto no aparezca algún tercero con mejores derechos, y en caso de juicio queda supeditada a la contradicción consiguiente, que es donde su eficacia puede fallar.**

#### **4.5.5.- APEO Y DESLINDE.**

**Según J. ESCRICHE:**

**APEO: Es el deslinde y demarcación de algunas tierras heredadas, y el instrumento jurídico en este acto.**

**DESLINDE: El acto de señalar y distinguir los términos o límites de alguna heredad, lugar o provincia. Se le toma, además como sinónimo de amojonamiento.**

**En estos dos conceptos que parecen gemelos existen muchos puntos de contacto, pero no son exactamente la misma cosa. El mismo legislador mexicano se siente inseguro de ello, desde el instante en que nombra al capítulo relativo a estos "Apeo y Deslinde" y al entrar a exponer la materia, cambia el copulativo y estatuye "El apeo o deslinde tiene lugar siempre que no se hayan fijado los límites que separan un predio del otro, o que habiéndose, fijado hay motivo fundado para creer que no son exactos, ya porque naturalmente se hayan confundido, o porque se hayan destruido las señales que los marcaban, bien porque estas se hayan colocado en lugar distinto del permitido.**

**Alfredo Domínguez del Río, dice al respecto: "Jurídicamente, el apeo se asemeja al acto de mondar un fruto y destacer la sustancia de lo que en realidad constituye dicho fruto; y, por su lado, el deslinde, determina su contorno, o sea el lugar que en verdad ocupa en el espacio".<sup>17</sup>.**

**Se encuentran legitimados para pedir el apeo:**

**1).- el propietario;**

**2).- el poseedor con título bastante para transferir el dominio;**

**3).- el usufructuario. La petición del apeo debe contener el nombre y la ubicación de la finca que debe deslindarse, la parte o partes en que el acto debe ejecutarse, los nombres de los colindantes que pueden tener interés en el apeo, el sitio donde están y donde deben colocarse las señales y, si estas ya no existen el lugar donde estuvieron los planos y demás documentos que sean de utilidad para la diligencia y la designación de un perito por parte del promovente.**

**Presentada y admitida la promoción, el Juez debe notificarla a los colindantes para que, en un plazo de tres días presenten los títulos o documentos de su posesión y nombren perito si así lo estiman conveniente. Asimismo, el Juez debe señalar día, hora y lugar para que de principio la diligencia de deslinde. El día y hora señalados, el Juez, acompañado del secretario, peritos, testigos de identificación e interesados, practicará el apego, ordenado que se fijen las señales convenientes en los puntos deslindados, las cuales quedarán como límites legales. En caso de surgir alguna oposición entre los interesados sobre los linderos y se funde en títulos, el Juez invitará a estos para que se pongan de acuerdo. En caso de no lograrlo, mandará reservar sus derechos a los interesados para que los hagan valer en el juicio correspondiente, sin que queden legalmente deslindados los puntos sobre los cuales haya habido oposición.**

---

<sup>17</sup> DOMINGUEZ Del Río Alfredo.- "Compendio Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil, Pág. 469.

Se entiende que le asiste el derecho de promover apeo de una heredad a todo el que posee un derecho real sobre la misma, y tiene a mayor abundamiento facultad de aprovecharla de manera inmediata y directa, como el dueño, al poseedor y el usufructuario.

Al promoverse la diligencia, debe el accionante especificar la finca o parte de ella que debe deslindarse, con indicación precisa de los colindantes, supuesto que eventualmente puede perjudicarles el acto y, en consecuencia, la de oírseles con expresión de los sitios donde deben colocarse las señales si se hubiere borrado el lugar donde estuvieron. En defecto de la satisfacción, esta exigencia basta indicar con claridad el punto a partir del cual deberán desarrollarse los linderos, siguiendo siempre el sentido en que se mueven las manecillas del reloj.

#### **4.6.- DISPOSICIONES RELATIVAS A OTROS ACTOS DE JURISDICCION VOLUNTARIA.**

Nuestro Código de Procedimientos Civiles contiene un breve catálogo de tres situaciones intra familiares que se tramitarán en forma de incidente que en todo caso habrá de seguirse con el Ministerio Público y son las siguientes:

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

II.- El permiso para contratar con su marido o para obligarse solidariamente con él o para ser su fiadora, que solicite la mujer casada; y

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

**ESTA TESIS NO DEBE  
SALIR DE LA BIBLIOTECA**

#### **4.7.- SUJETOS Y OBJETOS DE LOS ACTOS DE JURISDICCION VOLUNTARIA.**

Como sujetos tenemos al promovente o solicitante de la providencia, y al tercero o terceros directa o indirectamente interesados, sea en que el acto se realice como en el caso de la adopción, donde se hace figurar, en unión del presunto adoptante, a la persona que deba prestar su consentimiento, como tutor o como titular del ejercicio de la patria potestad, y en su caso, al representante del Ministerio Público. Por lógica queda excluido el probable adoptado, en atención precisamente a su falta de capacidad. En general debe reconocérsele la calidad de sujeto en diligencias de jurisdicción voluntaria a más del promovente de las mismas, a cualquier persona llamada para ser oída o que está legitimada para intervenir u oponerse al acto, y al Ministerio Público, siempre que se verse alguna de las posibilidades previstas por el artículo 707 del Código Adjetivo Civil que ya enuncié anteriormente.

La excepción o descarte alcanza asimismo, por identidad de motivos, al menor o indicado incapaz, en los supuestos de depósito o al diferir de la tutela.

Como objetos del acto de la jurisdicción voluntaria se deben considerar:

I.- La cosa;

II.- El derecho; y

III.- La situación jurídica que, respectivamente se trata de precisar, en preconstituir la prueba sobre la forma legal de acreditarla, y esclarecer, en obvio de posibles dificultades y quizá un litigio.

#### **4.8.- IMPUGNACION DE LOS ACTOS DE JURISDICCION VOLUNTARIA.**

En orden a la impugnabilidad de las providencias dictadas en esta precaria rama de la administración de justicia civil y familiar se establece que, si el recurrente es quien promueve el acto de "jurisdicción voluntaria" se le admite el recurso de apelación en ambos efectos, ya que, siendo comúnmente el único interesado, y por falta de interés público o privado en la continuación del procedimiento, no hay razón para que funcione el claudicante "efecto devolutivo". A contrario *sensu*, si el que apela es el tercero que voluntariamente o llamado por el Juez se apersonó en las diligencias o trató de oponerse a ellas, para no estorbar la realización del acto de jurisdicción voluntaria solicitado, a reserva de lo que resuelva el superior, la apelación se admitirá en sólo el efecto devolutivo.

En uno y otro caso la tramitación de la alzada se hará en la forma establecida para las interlocutorias, esto es, con un escrito de expresión de agravios, traslado a la parte apelada para que los conteste, y ocho días para resolver.

En esta forma de llamar: "Jurisdicción" a la intervención del Juez en ciertos actos de estructura legal, se involucra lastimosamente la naturaleza intrínseca del cometido o misión estatal de decir o declarar el derecho, esto es, cuando la sentencia alcanza la categoría de la cosa juzgada, que es lo que únicamente puede consistir la jurisdicción, con otros atributos no jurisdiccionales de que las leyes suelen investir al Juez, por la cercanía de los actos que se le piden y realiza legítimamente, con el desarrollo de una controversia, si se toma en consideración que aquellos nada tienen en sí mismos de jurisdiccionales.

# **CAPITULO V**

## **NOTARIO PUBLICO**

### **5.I.- EVOLUCION HISTORICA.**

Los notarios eran prácticos en la redacción de contratos y actos jurídicos, posteriormente se desarrolló su oficio y adquirió la fe pública, en forma endeble, más tarde consolidada y legislativamente aceptada.

En el siglo VI de la era Cristiana, por primera vez existe una regulación positiva del notariado, debido a Justiniano que en su obra de Compilación y Legislación, conocida como el

**En la Edad Media, con el impulso del comercio, el incremento de la banca, el nacimiento de las sociedades mercantiles y el progreso de las compañías de navegación, se desata un fuerte desarrollo en el derecho, consecuentemente la forma notarial evolucionó y fue regulada de manera más precisa.**

**En el siglo IX, Carlomagno legisla en las "Capitulaciones" y establece entre otras disposiciones legales que el instrumento notarial tiene el valor probatorio de una sentencia ejecutoriada.**

**En el siglo XIII, Alfonso X. El Sabio, realiza una obra de recopilación y legislación, primero con el Fuero Real y después con el Espéculo, y finalmente Las Siete Partidas. En la Tercera, se regula en forma sistemática la actividad del escribano.**

**En esa época, otorgar a alguien la facultad para redactar y dar fe de las Cartas de la Corte del Rey, de las Villas y Ciudades, era una alta investidura y significaba una gran confianza de parte del Soberano y gran honor para el fedatario. El escribano debía responder a esa confianza con lealtad; actuar deslealmente implicaba una sanción.**

**En los inicios de la época contemporánea, la Revolución Francesa que hace desaparecer los Estados Generales; la nobleza, el clero y el estado llano, regula el notariado por la ley del 25 ventoso del año XI. Esta legislación contribuye históricamente, entre otras aportaciones con:**

**I.- Conferir al notario la calidad de funcionario público**

**II.- Exigir la transcripción del título que acredite el derecho del enajenante y;**

**III.- Establecer el requisito para ser notario de una práctica ininterrumpida de seis años.**

En España en 1862, se expide en forma codificada la primera Ley Orgánica del Notariado Español, que sistemáticamente regula al notario, el instrumento público y la organización notarial. Gran importancia tiene para América Latina y en especial para México esta Ley que fue seguida y adaptada por nuestro legislador. El término notario, sustituye al de escribano, le da la categoría de funcionario público y separa la actividad judicial de la notarial.

### **5.1.2.- EPOCA PRECOLONIAL.**

En tenochtitlan, antes del descubrimiento de América no existieron en realidad notarios o escribanos en el sentido que se puede entender en la época contemporánea, funcionarios públicos que dieran fe de los acontecimientos y de los actos jurídicos en nombre del Estado, de tal manera que todo lo asentado por ellos, se considera la verdad legal. Sin escriba egipcio.

Su práctica en la redacción y en la relación de hechos, y sus conocimientos legales, lo habilitaban para confeccionar documentos y asesorar a los contratantes cuando se necesitaba concertar una operación, sin tener el carácter de funcionario público, ni de fedatario. Así, el *Tlacullo*, por la actividad que desempeñaba, es el antepasado del escribano, coincidía por su ocupación con los Escribas, *Tabularii*, *Charlutarii* y *Tabellones* de otras épocas.

El *Tlacullo*, era el artesano azteca que dejaba constancia de los acontecimientos por medio de signos ideográficos y pinturas, con lo que se guardaba memoria de ellos de una manera increíble.

### **5.1.3.- DESCUBRIMIENTO Y CONQUISTA.**

Entre los integrantes de la expedición realizada por Cristóbal Colón se encontraba Rodrigo de Escobado, escribano del Consulado del Mar, quien debía llevar el diario de la expedición, con el registro del tráfico de mercancías, hechos sobresalientes y actividad de la tripulación. Dio fe y testimonio de la toma de posesión, en nombre de los Reyes Católicos, de la

**Isla de Guanahani. Colón al regresar a España lo deja como tercer sucesor para ocupar el gobierno de la Isla la Española, donde continuó ejerciendo sus funciones de Escribano.**

**Durante la conquista los escribanos como fedatarios, dejaron constancia escrita de la fundación de ciudades, creación de instituciones, de los asuntos tratados en los cabildos y de otros hechos relevantes para la historia de esta época.**

**Singular relevancia tiene la figura de Hernán Cortés en el desarrollo e importancia de la escribanía, por haber sido un jurista formado y adentrado en el conocimiento de las leyes, a través del trabajo que desempeñaba como ayudante de escribano. De 1512 hasta el año de 1519, Cortés alternó el oficio de escribano con actividades comerciales.**

#### **5.1.4.- MEXICO COLONIAL.**

**Durante la Colonia, concernió al Rey designar a los Escribanos por ser una de las actividades del Estado. Así lo había establecido Alfonso X El Sabio de las Siete Partidas. En la práctica, los virreyes, gobernadores, alcaldes y los cabildos, designaban provisionalmente a los Escribanos mientras eran confirmados por el Rey.**

**La función se ejerció en un principio, como en los demás virreynatos, por escribanos peninsulares y después paulatinamente, fueron sustituidos por criollos nacidos en las tierras conquistadas.**

**Una de las formas de ingreso a la escribanía, fue por medio de la compra de oficio.**

**Las leyes de Indias, declararon vendibles y renunciabais, susceptibles de propiedad privada, los oficios de Escribanía.**

**La escribanía era una actividad privada, realizada por un particular que tenía características públicas tales como un nombramiento especial y el uso del signo otorgado por el Rey; valor probatorio pleno de los instrumentos autorizados por el escribano y sobre todo, la prestación de un servicio público. El escribano era retribuido por sus clientes de acuerdo con el arancel de aplicación obligatoria. El Rey señalaba el signo que debía utilizar cada escribano. Si un instrumento público tenía la firma del escribano pero no así el signo, el documento no tenía valor probatorio alguno, pues faltaba la autoridad del Estado que éste representaba.**

**La actividad del escribano fue muy importante durante la Colonia, pues fue permanente y daba seguridad y continuidad en los negocios, constituía un factor muy valioso de recaudación fiscal, sin el cual las finanzas públicas no progresarían.**

**La distinción entre los diferentes tipos de escribanos siempre fue confusa debido a la diversidad de leyes, decretos, cédulas y demás disposiciones que hubo durante la Colonia.**

**Las Siete Partidas señalaban dos clases de escribanos; los llamados de la Corte del Rey, que se encargaban de escribir y sellar las cartas y privilegios reales; y los escribanos públicos, que autorizaban las actas y contratos celebrados por particulares y hacían constar las diligencias judiciales promovidas ante el Juez.**

**La leyes de Indias determinaban tres categorías de escribanos; los públicos, reales y del número.**

**El término escribano público se entendía en dos sentidos; uno se refería a la función pública y el otro a su cargo, por ejemplo; escribano público en los juzgados de provincia, escribano público y mayor de visitas, escribano público y de visitas, escribano público de real hacienda, registro y escribano público del cabildo.**

**En cambio, el significado de la palabra notario, se refería a los escribanos eclesiásticos. Estos tenían como jurisdicción los asuntos propios de la iglesia en los obispados y parroquias; se dividían en notarios mayores y ordinarios. Su nombramiento correspondía al Obispo, el designado debía sustentar examen de escribano Real ante la autoridad civil, y obtener de esta el "fiat"**

### **5.1.5.- MEXICO INDEPENDIENTE.**

**A partir de la independencia, el régimen político de la República Mexicana fluctuó entre federalismo y el centralismo. Cuando el federalismo era sistema establecido, la legislación notarial fue local; cuando el régimen era centralista, las disposiciones notariales fueron generales, de aplicación en todo el territorio nacional.**

**Continuó la costumbre de las colonias de los oficios "públicos vendibles y renunciables", entre los cuales se encontraba la escribanía.**

**En México, en 1843, existían tres clases de escribanos según la Curia Filípica Mexicana; nacionales, públicos y de diligencias.**

**Los primeros eran los que habían sido examinados y aprobados por la Suprema Corte de Justicia en el Distrito o por los Tribunales Superiores en los Estados y han obtenido el título correspondiente. Los públicos son aquellos que no tienen oficio o escribanía propia, en la que protocolan o archivan los instrumentos que ante ellos se otorgan. Los escribanos de diligencias son los que practican las notificaciones y demás diligencias judiciales.**

**En 1864, La Regencia en ejercicio de sus facultades, dictó el Decreto de 1º de febrero de 1864, firmado por Juan N. Almonte y José Mariano Salas, que regulaba el ejercicio del notariado. En ésta destaca el empleo primera vez del término notario para referirse al escribano.**

**La ley Orgánica del Notariado y del Oficio de Escribano de 21 de diciembre de 1865, emanó de un gobierno centralista, esta ley estuvo vigente en toda la República hasta el 27 de mayo de 1867. Esta es la primera Ley Orgánica de Notarios, pues la actividad de estos anteriormente se regulaba mediante la aplicación de leyes comunes de la administración de justicia. Así también, tal ordenamiento asume ya, en la legislación mexicana el nombre de notario, distinguiéndose su actividad con la de los secretarios y actuarios del juzgado a los que denomina escribanos.**

**El oficio de notario era conferido por el emperador, en tanto que el de escribano "se necesita haber recibido del Gobierno el título correspondiente".**

**Los notarios se limitaban a ejercer su oficio en el distrito de su nombramiento. Por su parte, los escribanos podían desempeñar su cargo en los tribunales y juzgados del Imperio e intervenir en estos como secretarios, en asuntos judiciales.**

**Las funciones de notarios era vitalicia, aunque se les permitía dejar de ejercerlas en forma temporal o definitiva. Asimismo, esta ley estableció el sistema *numerus clausus*. La fe pública era documental, respecto de los actos que consten en su protocolo.**

**El cargo de notario era personal y la custodia de los protocolos no podía delegarse a nadie. En caso de que estos salieran fuera de la notaría para recoger una firma, el notario tenía que hacerlo personalmente. Se sustituyó el signo del sello de autorizar, el cual debía de llevar el escudo de armas del Imperio. Además los notarios debían de sujetarse a un arancel. La facultad disciplinaria correspondía a los Jueces y tribunales.**

**La Ley Orgánica de Notarios y Actuarios del Distrito Federal, promulgada por Benito Juárez el 29 de noviembre de 1867, apenas dos años de expedida la Ley de Maximiliano, se destacó por los siguientes avances:**

**I.- Término de la venta de notarias.**

**II.- Separó la actuación del notario y la del Secretario del Juzgado.**

**III.- Sustituyó el signo por el sello notarial.**

**Los requisitos más importantes para ejercer la escribanía, tanto para las existentes como para las de nueva creación, eran entre todos, la calidad moral y capacidad científica y técnica.**

**Distinguía dos tipos de escribanos; notarios y actuarios, cargos que eran incompatibles.**

**Establecía que el notario era; "Un funcionario establecido para reducir a instrumento público los actos, los contratos y últimas voluntades en los caso que las leyes lo prevengan o lo permitan". Y el notario como el funcionario que interviene en materia judicial, ya sea para autorizar las providencias de los jueces o arbitraciones o para practicar las diligencias necesarias. Ambos oficios deberían ser practicados personalmente.**

**Tanto para el notario como para el actuario se requería ser abogado y haber hecho los cursos exigidos por la Ley de Instrucción Pública.**

**El notariado en México a principios de siglo, se estructura y organiza en forma definitiva, a diferencia de los siglos anteriores en que la función notarial se regulaba conjuntamente con la judicial.**

**El carácter de función pública, el uso del protocolo, la coligación obligatoria y en general la regulación sistemática de la función notarial se inicia con la Ley de 1901.**

## **5.2.- FUNCION NOTARIAL.**

**El poder establecer una definición de lo que es la función notarial resulta difícil, ya que el derecho positivo adoptado por cada país, si bien es universalmente uniforme por la igualdad de relación causa efecto, no lo es en cuanto a organización jurídica, teniendo cada Estado, un tipo distinto de creación y ordenamiento jurídico, la función notarial, no es principio exactamente igual. Las leyes que rigen su disciplina podrán ser más o menos relevantes, ofrecer analogías, relación de semejanzas, pero no exactamente iguales.**

**Las estructuras que hacen el ordenamiento del notario ofrecen más de un contraste, así el carácter de la institución notarial depende del sistema de organización y del modo de concebirse en cada una de las naciones.**

**En virtud de ello, resulta imposible expresar en sentido genérico de manera clara y definida, el concepto de función notarial. A lo sumo, puede decirse que esta función es una consecuencia del conjunto de quehaceres del Notario encaminados desde la recepción y redacción, hasta la autorización del instrumento público que los contiene.**

**En sentido jurídico, la expresión Función Notarial, se juzga como la verdadera y propia denominación que cabe aplicar a las tareas que despliega el Notario en el proceso de formación y autorización del instrumento Público.**

**A la función notarial hay que mirarla por el cometido principal del Notario de legitimar o autenticar con fe pública las declaraciones de la voluntad humana, y no por su desempeño en el que-hacer que demanda la formalización instrumental; lo uno, distingue categoría y específicamente el objetivo de una actividad pública, lo otro, revela una tarea modeladora de declaraciones y voluntades humanas, labor puramente técnica experimentada a través del método y procedimiento técnico adoptado para la configuración instrumental.**

**La función notarial nació como consecuencia de una necesidad de resguardar los vínculos jurídicos creados por la voluntad humana y parece suficiente afirmar que aquel concepto primitivo de protección de los negocios jurídicos por manos de un individuo calificado, provisto de atribuciones especiales, fue la razón determinante de su advenimiento. Aún puede agregarse que la función notarial tuvo lugar sin más amparo y garantía que la propia buena fe de los contratantes y que ya más tarde, organizado el Poder Público empezó a ejercerse bajo la protección de la autoridad del Estado.**

**Como quiera que sea el modo en que la función surgió y la forma como posteriormente se desarrolló, en sustancia ella a sido siempre función pública pues no ha tenido otro objetivo que el de legitimar los actos jurídicos bajo el signo de la fe pública.**

**La actividad del notario consiste en escuchar, interpretar y aconsejar a las partes; preparar, redactar, certificar, autorizar y reproducir el instrumento.**

**a).- Escuchar.** Con ello el notario trata de conocer todas las circunstancias que le puedan dar oportunidad de entender la inquietud de las partes y sus alcances.

**b).- Interpretar.** Después de escuchar, se sensibiliza y busca motivos y causas, interpretando su voluntad y pretendiendo satisfacer los deseos dentro del ámbito jurídico.

**c).- Aconsejar.** La capacidad jurídica, conocimientos y experiencia del notario, son fundamentales para dar una solución y aconsejar lo mas adecuado ante los hechos presentados por sus clientes.

**d).- Preparar.** Para la preparación y redacción de una escritura pública, se necesita cumplir con una serie de requisitos previos a la firma. Satisfechos estos se está en posibilidad de redactar el instrumento.

**e).- Redactar.** Para la redacción del instrumento es necesario expresarse con propiedad y concisión. Además el Notario debe utilizar lenguaje jurídico. Es decir, desarrolla su labor de perito en derecho reconocida por la ley, así como su práctica en la redacción adquirida a través de la experiencia. La redacción requiere de sabiduría legal y responsabilidad profesional, de modo que prevalezca el orden jurídico y la buena fe, evitando con ello conflicto entre las partes.

**f).- Certificar.** Es la parte donde el Notario da fe pública, que es fe de existencia de documentos relacionados en la escritura; fe de conocimiento; fe de lectura y explicación del instrumento; fe de capacidad de los otorgantes y finalmente; fe de otorgamiento de la voluntad.

Pues como vemos, un Abogado puede examinar los antecedentes físicos y jurídicos de un documento, redactar, etc., pero no puede certificar, ya que ésta actividad corresponde única y exclusivamente a los notarios.

**g).- Autorizar.** Es el acto del autor y creador de la escritura o del acta notarial que convierte el documento en auténtico, quien ejerce sus facultades como fedatario público, da eficacia jurídica al acto de que se trate, permite en el caso de un hecho, que las circunstancias asentadas produzcan los efectos de prueba plena.

**h).- Reproducir.** Con la reproducción, el Notario satisface a los ideales de seguridad jurídica, en virtud de que responde a los principios de conservación y reproducción del documento, es pues, una de las grandes diferencias que existen con un documento privado ya que en estos no hay la posibilidad de reproducción, pues no existe una matriz que lo conserve en forma permanente, pues el protocolo es pertenencia del Estado.

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 y cumplimiento de las normas éticas y jurídicas.**

### **5.3.- NATURALEZA JURIDICA DE LA FUNCION NOTARIAL.**

**La ley del Ventoso XI de 1803 es la que por primera vez estableció que el notario es un funcionario público.**

**Es de hacer notar que hay doctrinas que afirman que el Notario Público es un funcionario y otros que debaten incansablemente argumento a favor de dicha postura.**

**Puede establecerse que el notario no es funcionario público por no estar enquistado dentro de la organización de la administración pública, no recibir salario, no existe contrato de trabajo o relación jurídica de dirección y dependencia, el Estado no responde por los actos de él.**

**El funcionario público en nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos sólo se refiere a los funcionarios y empleados públicos pero no los define.**

**La distinción doctrinal entre funcionario y empleado público se hace en atención a los siguientes criterios:**

**a).- Duración del empleo.**

**b).- Tipo de retribución.**

**c).- Naturaleza de la relación jurídica que los vincula con el Estado.**

**d).- Poder de decisión y de mando de los funcionarios y de los meros ejecutores de los empleados.**

**e).- Los funcionarios tienen señaladas sus facultades por la Constitución y los empleados por los reglamentos.**

**f).- Los funcionarios crean relaciones externas y los empleados internas.**

**Pero independientemente de las disposiciones legales y de las opiniones doctrinales, es un hecho indubitable que la actividad fedataria del notariado se realiza con el nombre del estado y dentro del marco jurídico establecido por la Ley.**

**Por otro lado, el notario no puede ser empleado público para no comprometerse con el Estado y actuar parcialmente en su favor, no puede aceptar nombramientos que lo conviertan en empleado o funcionario, bajo la dirección y dependencia del Estado, sino por el contrario, para actuar con imparcialidad en garantía de los particulares, debe permanecer libre de esta clase de vínculos.**

**Frecuentemente el notario tiene que llevar a cabo actuaciones que resulten contrarias a los intereses del Estado, debe ser imparcial con los particulares frente a aquél.**

**Conforme al sistema latino, al que pertenece el notariado 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 cumple otros tipos de notarios, como es 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 celebran, sino únicamente dar fe de conocimiento del otorgamiento de las firmas. El cargo del notario es temporal y no vitalicio.**

#### **5.4.- CARACTERISTICAS DE LA FE PUBLICA NOTARIAL.**

**La fe.- es un atributo del Estado que tiene en virtud del *ius imperium* y es ejercitada a través de los órganos estatales y del notario.**

**La esencia para el ejercicio de la función notarial se encuentra en la fe pública.**

**Sin formar parte de la organización del Poder Ejecutivo, es vigilado y disciplinado por él. Recibe fe pública del Estado.**

**La fe pública se puede considerar desde el punto de vista o creencia colectiva y la fe pública desde el punto de vista jurídico que se traduce en una verdad oficial. Mientras que la colectividad nos ofrece sólo la coincidencia de creencias de un grupo de individuos sobre alguna persona o grupo de personas basado en hechos tangibles, sin que el resto de los individuos estén obligados a creer en esos hechos, lo que no ocurre con la fe pública en el sentido jurídico.**

**Los dos sentidos, colectivo y jurídico de la fe pública equivalen a posición opuestas, la fe en sentido jurídico equivale a atestiguar un acto positivo, mientras que en el sentido colectivo, sólo se da crédito a una actitud pasiva.**

**La potestad de atestiguar solemne, no puede encomendarse a cualquier persona, sino a través de una investidura especial; ésta debe ser exclusiva de los funcionarios o autoridades a quienes el Estado se las encomienda; y ser por tanto la garantía que de el Estado de que son ciertos determinados hechos que interesen al Derecho.**

**Ahora bien, la Ley del Notariado vigente en el Estado de Guanajuato, define al Notario de la siguiente manera:**

**"Es el profesional del derecho a quien se ha investido de fe pública para ejercer la función notarial".**

**Fundamentalmente la fe pública es necesaria, porque en una sociedad regida por un conjunto de normas, requiere de una serie de organismos que contribuyan al cumplimiento de esas normas, resultando preciso saber quien va a mandar y hasta donde lleva su poder.**

**Ningún imperativo jurídico o de interés público, podría tener eficacia ante el grupo social si a cada momento se pusiera en duda la legitimidad o autenticidad de su contenido.**

**Como el Estado es una sociedad de fines totales y como los hechos humanos fácilmente entran en el campo de los hechos jurídicos, puede asegurarse que la mayor parte de las actividades humanas, lo mismo cuando se desenvuelven en los cauces normales del negocio jurídico que cuando actúan anormalmente en la realización de hechos ilícitos, tienen contacto con los órganos que ejercen la fe pública y solicitan la intervención y apoyo de ésta.**

**En atención a la clase de hechos que se refiere, se tiene una división de la fe pública.**

**a).- Fe Pública Administrativa. Cuyo objeto es dar notoriedad y valor de hechos auténticos a los actos realizados por el Estado o por las personas de derecho público dotadas de soberanía, de autonomía o de jurisdicción. El contenido de esta fe comprende no solo los actos pertenecientes a la actividad legislativa, sino también a los actos jurisdiccionales.**

**Esta fe pública administrativa se ejerce a través de documentos expedidos por las propias autoridades que ejerzan la gestión administrativa en los que se consignan ordenes, comunicaciones y resoluciones de la administración.**

**Es característica de la fe pública, también, que por su especial índole, no tiene un organismo exclusivo a quien está encomendada. Es ejercida por funcionarios cuya misión específicamente es certificar como los secretarios de los Ayuntamientos, como aquellos otros que tienen autoridad autónoma aunque sea dentro de las facultades reguladas, pero que tienen fe pública legalmente delegada, como serían los Secretarios de Sindicatos.**

**La Fe Pública del notario no es más que una especie de la Fe Pública Estatal, así se habla de Fe Pública Notarial.**

**b).- Fe Pública Notarial. La Fe Pública Notarial es una facultad del Estado otorgada por la Ley. Es Pública porque proviene del estado y porque tiene consecuencias que repercuten en la sociedad.**

**Significa la capacidad para que aquello que certifica sea creíble. 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.**

**Así, la Fe Notarial tiene la cualidad de ser pública, pero su diferencia específica es que es notarial.**

**Se considera 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 lo relacionado en él es cierto, proporcionando así seguridad jurídica.**

**Además, el notario está facultado para autenticar y dar forma en los términos de ley a los instrumentos en que se consignan los actos y hechos jurídicos. La misión del notario, es, entre otras, seguir este procedimiento para requisitar plenamente la formalidad notarial.**

**Además la actuación notarial de rogatoria es obligatoria.**

**El notario presta un servicio público, satisface las necesidades de interés social; autenticidad, certeza y seguridad jurídica.**

**Por lo que hace a la actuación del Notario, se establece que debe actuar personalmente, por ser un cargo personalísimo no se reconoce como posibilidad que otra persona actúe en su nombre o representación.**

### **5.5.- INSTRUMENTOS NOTARIALES.**

**El instrumento notarial, es el medio de prueba mas contundente y eficaz en los procedimientos judiciales.**

**El instrumento notarial lo constituye el acta y la escritura pública.**

### **5.6.- ELEMENTOS NOTARIALES.**

**Los elementos que necesita el notario para su confección, de los cuales unos son esenciales como el protocolo, apéndice, sello y notaria; y otros secundarios como la oficina, archivo, guía, índice y rótulo.**

**Dentro de los esenciales, los siguientes:**

#### **5.6.1.- PROTOCOLO.**

**Compuesto por dos palabras de origen griego: *protos*, primero y *colao*, pegar. Entre los romanos *protocolum* era lo que estaba escrito a la cabeza del papel de donde solía ponerse el tiempo de su fabricación.**

**En la actualidad existen varias clases de protocolo. El protocolo ordinario; el protocolo abierto especial, protocolo del patrimonio inmueble federal y el protocolo consular.**

**La palabra protocolo se utiliza para designar a todos los libros utilizados en una notaría.**

**La Fe Pública Notarial esencialmente es documental y nunca verbal, por esta razón las actas y escrituras públicas solo pueden autorizarse en el protocolo y de ellas pueden expedirse copias, testimonios y certificaciones.**

### **5.6.2.- APENDICE.**

**Por cada uno de los protocolos el notario debe llevar un apéndice, en el que se depositan los documentos que tienen relación o son parte de las escrituras o actas. Este es considerado como parte del protocolo.**

**A los documentos que integran el apéndice se les da características distintas: a) Documentos agregados como parte del acta o de la escritura; b) Documentos agregados como complemento del acta o de la escritura; c) Documentos que se agregan por relacionarse con el acta o escritura.**

### **5.6.3.- INDICE.**

**Es la libreta donde se asientan, en orden alfabético los nombres de las personas que han intervenido en los instrumentos autorizados por el notario. Se anotan los nombres de las personas, naturaleza del acto o hecho, el volumen y página del instrumento, así como su fecha.**

#### **5.6.4.- SELLO.**

**El notario para actuar necesita del sello. La ley se refiere a él como sello de autorizar.**

**Con el sello se autorizan los documentos públicos, es un instrumento que emplea el notario para ejercer su facultad fedataria. Es el símbolo de la fe pública del Estado. La falta de él produce la nulidad del instrumento o del testimonio.**

**El sello, como también el protocolo son propiedad del Estado.**

**Así; la firma es necesaria en cuanto a que indica que el documento ha sido elaborado por un estudioso y experto de las leyes, y el sello lo es en cuanto a que el notario ha recibido del Estado la capacidad de fidedignidad.**

#### **5.6.5.- NOTARIA.**

**Es el conjunto de elementos materiales compuestos por el protocolo, apéndice, índice, guía, sello y archivo, que están al servicio del notario para ejercicio de sus funciones, en ocasiones se utiliza como sinónimo de oficina, se dice que puede hablarse de notaría sin notario y no así de notario sin notaría.**

**Como elementos secundarios tenemos los siguientes:**

#### **5.6.6.- OFICINA.**

**Es el lugar físico donde se establece un notario para realizar sus funciones, o sea, el domicilio legal, y en éste encontramos los elementos de la notaría, como es el protocolo, apéndice, índice, guía, sello y archivo.**

### **5.6.7.- ROTULO.**

Pese a que no esta establecido en la ley, éste es un elemento de suma importancia ya que resulta de gran utilidad para el prestatario, pues consiste en el anuncio colocado en la puerta de la oficina, en donde lleva el nombre y apellidos del notario y el numero de la notaría que le corresponde.

### **5.6.8.- ARCHIVO.**

El archivo se compone de los expedientes, protocolos y documentos que forman parte del apéndice, así como documentos que integran su archivo particular como son los recibos, enipadronamientos o papelería, pues como hemos visto, uno de los principios del notariado latino son los de conservación del instrumento y secreto profesional, que se cumplen precisamente con la guarda de documentos.

### **5.7.- DOCUMENTO NOTARIAL.**

La Fe Pública Notarial es siempre documental. Los documentos notariales son aquellos que constan en forma original en los protocolos; Escritura Pública y Acta. También son los testimonios, copias certificadas y certificaciones por ser el notarial un documento público, tiene pleno valor probatorio y conserva la apariencia jurídica de validez mientras no sea declarado judicialmente nulo.

Dos tipos de documentos públicos son los que el notario puede hacer constar en el protocolo; la escritura y el acta notarial.

### **5.7.1.- ESCRITURA PUBLICA.**

**Es el documento original asentado en el protocolo por medio del cual se hace constar un acto jurídico, que lleva la firma y sello del notario.**

**La escritura pública puede otorgarse de dos maneras:**

- 1).- Que se extienda completamente en el protocolo;**
- 2).- Que se extienda un extracto y el documento complementario se agregue al apéndice.**

### **5.7.2.- ACTA NOTARIAL.**

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

**Los efectos de una escritura es hacer constar la expresión de la voluntad de un acto jurídico, darle la forma notarial exigida por la Ley. En cambio, tratándose de las actas, su efecto es crear un medio de prueba de la existencia o realización de un hecho.**

**Ambas pueden inscribirse en el Registro Público de la Propiedad y del Comercio, lo que no significa que todas deban inscribirse, sino solo aquella que la ley indique. Se inscriben las escrituras que crean, transmitan, modifiquen o extingan derechos reales sobre bienes inmuebles. En cuanto a las actas se inscriben solo aquellas señaladas expresa y limitativamente por la ley.**

**Al hacer constar un acta, el notario se concreta a relacionar los hechos, sin entrar al análisis del fondo, en cambio al escriturar, examina el derecho, da fe de conocimiento y**

capacidad de las partes y que estas otorgan su consentimiento ante notario; estos elementos configuran la naturaleza de la escritura pública. El notario al hacer constar el acto jurídico en una escritura, entra en el fondo contractual del documento, examina los documentos que exhiben las partes y determina si les asiste el derecho y si el contrato que pretenden celebrar tiene fundamento legal; las partes manifiestan su consentimiento, expresan estar de acuerdo con el contenido de la escritura; pero además el notario otorga la fe de conocimiento al hacer constar bajo su fe que se aseguró de la identidad de los otorgantes y que tienen capacidad legal entre otros.

A los únicos documentos que se les puede llamar escritura o acta notarial son los asentados en forma original en el protocolo. Los documentos expedidos a las partes e interesados, son testimonios, certificaciones, copias certificadas y simples. Siendo la matriz la que está asentada en forma original en el protocolo.

Por lo que se hace a la naturaleza de los testimonios, estos son documentos públicos con pleno valor probatorio.

Existe una apariencia jurídica de certeza, tiene validez probatoria plena, mientras no sea declarado judicialmente nulo.

## **5.8.- ANALOGIAS Y DIFERENCIAS DE LAS FUNCIONES JURISDICCIONAL Y NOTARIAL.**

### **I).- ANALOGIAS.**

#### **5.8.1.- POR SU GESTION DE JURISDICCION EN SENTIDO LATO.**

a).- Tanto el Juez como el Notario declaran el derecho.

b).- Tanto el Juez como el Notario aplican la Ley al caso concreto, de acuerdo o sin la conformidad de los interesados.

#### **5.8.2.- POR SU CONCIENCIA Y EXPERIENCIA EN EL DERECHO.**

a).- Tanto el Juez como el Notario requieren de igual ciencia para el conocimiento de la Ley, el mismo arte para ligar a ella la voluntad expresa de las partes o presunta de la Ley.

#### **5.8.3.- POR SU ACCION DE CONSECUION DE LA JUSTICIA.**

a).- Ambas son funciones de justicia, con funciones que persiguen la moralidad que en las relaciones civiles van siempre inseparablemente unida a la justicia.

### **II).- DIFERENCIAS.**

#### **5.8.4.- POR EL SUPUESTO DE INTERVENCION.**

a).- El Notario actúa en sentido positivo, cuando las normas objetivas del derecho encuentra en la voluntad de las partes su adecuada aplicación.

b).- El Juez interviene en sentido negativo, solamente cuando se presume o demuestra que alguna de las voluntades se ha separado de las normas que le rigen, ya sea por haber sido desconocidas o vulneradas.

#### **5.8.5.- POR SU FORMA DE INTERVENCION.**

a).- El Notario interviene en forma preventiva, en una actuación de profilaxis jurídica, evitando contiendas y discusiones futuras.

**b).- El Juez interviene en forma re-integradora de una relación que ha ido quebrantada por la violación del cumplimiento de alguna de las partes.**

#### **5.8.6.- POR SU TIPO DE INTERVENCION.**

**a).- La intervención del Notario es solicitada por las partes por sus intereses aislados o entrelazados y recíprocos.**

**b).- La intervención del Juez, es solicitada por las partes por existir intereses contrapuestos.**

#### **5.8.7.- POR LOS EFECTOS DE SUS INTERVENCIONES.**

**El Notario produce el instrumento notarial (escritura y acta), que goza de calidad de "prueba plena" presunción *juris tantum*. presunción de legalidad y verdad ya incontrovertible.**

**Las diferencias que se pueden establecer en cuanto al efecto del instrumento notarial y la sentencia firme son las siguientes:**

**a).- El documento público obliga a juzgar conforme a la; la cosa juzgada obliga al Juez a no juzgar el mismo asunto.**

**b).- El documento público da lugar a acciones o pretensiones. La cosa juzgada extingue el derecho de acción del demandante.**

**c).- El documento notarial tiene la premisa, por ley, de una tutela jurisdiccional específica. La cosa juzgada elimina dicha tutela.**

# CONCLUSIONES.

**PRIMERA.** Por principio de cuentas empezaré por manifestar que el término "Jurisdicción Voluntaria" no satisface por ser equívoco y debe buscarse una denominación específica para aquellos actos actualmente encuadrados en el concepto genérico de Jurisdicción Voluntaria que, por su naturaleza, corresponden a la competencia notarial, por lo tanto, propongo que se utilice la denominación de PROCESOS O PROCEDIMIENTOS NO CONTENCIOSOS EN SEDE NOTARIAL en reemplazo del término JURISDICCION VOLUNTARIA..

Partiendo del concepto de jurisdicción, así como su naturaleza jurídica, y de que no es una verdadera jurisdicción en sentido propio y estricto, ya que en ella no esta presente el elemento indispensable de la contenciosidad o del conflicto y por consiguiente no encontramos materias controvertidas, pues se trata solamente de una obligación interpuesta por la ley de acudir ante la autoridad judicial, convirtiéndose en actos meramente administrativos, es decir, actos de particulares que solicitan de la potestad estatal para dotarlos de autenticidad, solemnidad y certeza jurídica.

**SEGUNDA.** Considerando el desarrollo cultural y social de la función y servicio notarial, con un lugar preferente como interprete de la norma y voluntad de los ciudadanos, con la formación adecuada e investido de la fe pública, EL NOTARIO PUBLICO, además de disponer de los medios técnicos jurídicos necesarios, se considera la conveniencia de que le sean encomendadas "en forma optativa" la tramitación de uno de los actos de la jurisdicción voluntaria, que es la adopción, respetándose siempre la naturaleza de la función notarial.

La función pública del notario encomendada a profesionales del derecho está llamada a proteger las libertades individuales en las relaciones personales, patrimoniales y familiares, como elemento de paz social, al ejercerse en servicio de lo justo y la seguridad jurídica mediante la labor asesora y redactora de los instrumentos públicos en que de forma positiva plasma su actuación.

**TERCERA.** La Jurisdicción Voluntaria es una actividad administrativa encomendada a órganos jurisdiccionales y con fines meramente constitutivos de nuevas situaciones jurídicas o al desenvolvimiento de las ya existentes, dándole eficacia, en tanto que en la contenciosa el juez actúa para decidir las y pronunciar una resolución.

**CUARTA.** La intervención Notarial representa una prestación que el notariado puede ofrecer a nuestra comunidad, con evidente economía, rapidez y eficacia, ya que la economía beneficiará al Estado, pues pasarían optativamente al notario las funciones desempeñadas por los jueces.

**QUINTA.** El notario por su investidura , participa del poder autenticador del Estado, y además ejerce función legalizadora y control de legitimación.

Su actuación debe ser siempre protocolar, sea en forma de escritura o acta, por la garantía que otorga el principio de matricidad., en todos los casos, las cuestiones controvertidas necesitarán de intervención judicial, para resolver los incidentes que pudieran plantearse.

**SEXTA.** Se tendría mayor rapidez que se produce por una mayor descentralización administrativa y por la simplificación del procedimiento; ya que siendo éste tramite optativo ante Notario Público se haría de una manera mas sencilla.

**SEPTIMA.** Sería de una forma mas eficaz, ya que el notario goza de fe pública y tiene conocimientos técnicos indispensables.

**OCTAVA.** Como vimos en el Capítulo V, relativo al Notario Público, el documento notarial tiene la ventaja, respecto del judicial, de elaborarse con mayor economía procesal y al mismo tiempo permite descongestionar la labor de los tribunales, haciendo que el juez desarrolle su labor específica, en jurisdicción contenciosa.

**NOVENA.** El notario interviene en la producción del documento, en este caso de la adopción, lo que lo hace como funcionario auténticamente y no como profesional del derecho, sin suprimir la intervención de letrados.

**DECIMA.** Que dada la situación económica por la que estamos pasando en general los Mexicanos, las partes solicitantes de adopción no se verían en la necesidad de contratar un abogado y pagarle a éste honorarios innecesarios que se podría ahorrar si este trámite fuera ante Notario Público de manera optativa.

**“ES NECESARIO QUE LA JUSTICIA SEA RAPIDA. A MENUDO LA INJUSTICIA NO ESTA EN LA SENTENCIA, LO ESTA EN LAS DILACIONES”.**

## **BIBLIOGRAFIA:**

- 1.- ALCALA, Zamora y Castillo Aniceto.- "Estudios y Teoría General e Historia del Proceso (1945-1972) TOMO I.- Cárdenas Editor y Distribuidor. UNAM.- México,- 1974.**
  
- 2.- BAÑUELOS, Sánchez Froylan.- "Práctica Civil Forense", Tomo II, Octava Edición, Editorial Cárdenas Editor y Distribuidor, México 1987.**
  
- 3.- BAÑUELOS, Sánchez Froylan.- "La Teoría de la Acción y otros Estudios", Primera Edición, Editorial Cárdenas Editor y Distribuidor, México 1983.**
  
- 4.- BAQUEIRO, Rojas Edgard y BUENROSTRO Baez Rosalla.- "Derecho de Familia y Sucesiones", Editorial Harla.**
  
- 5.- BECERRA, Bautista Os,- "El Proceso en México".- Editorial Porrúa, S.A. México 1977.**
  
- 6.- CALAMANDREI, Piero.- "Instituciones De Derecho Procesal Civil.- Ediciones Jurídicas Europa- América. Buenos Aires 1962.**
  
- 7.- CHAVEZ, Asencio Manuel F.- "La Familia en el Derecho, Relaciones Jurídicas Conyugales", Editorial Porrúa, .S.A, Primera Edición, México 1985.**

**8.- CHAVEZ, Asencio Manuel F.- "La Familia en el Derecho, Relaciones Jurídicas Paterno Filiales". Editorial Porrúa, S.A. Segunda Edición. México 1992.**

**9.- DE PINA, Rafael- Castillo Larrañaga, José.- "Editorial Porrúa, S.A." México, 1978.**

**10.- DOMINGUEZ, Del Río Alfredo "Compendio teórico práctico de Derecho Procesal Civil" Editorial Porrúa, S.A. Primera Edición, México 197.**

**11.-DOMINGUEZ, Martínez Jorge Alfredo.- "Derecho Civil, Parte General, Personas, Cosas, Negocio Jurídico e Invalidez" , Editorial Porrúa, .S.A. Cuarta Edición, México 1994..**

**12.- GOMEZ, Lara, Cipriano.- "Teoría General del Proceso", UNAM. Octava Edición. Editorial Harla, México 1990.**

**13.- GUIZA, Alday Francisco Javier.- "Diccionario de Derecho Notarial" Primera Edición, Editorial; "Universidad Lasallista Benavente", Celaya, Gto., 1989.**

**14.- GUIZA, Alday Francisco Javier.- "Ley del Notariado para el Estado de Guanajuato Comentada y Concordada con la Ley del Notariado para el Distrito Federal", Primera Edición, Celaya, Gto., 1997.**

**15.- MAGALLON, Ibarra Jorge Mario.- "Instituciones de Derecho Civil". Tomo III. Derecho de Familia. Primera Edición. Editorial Porrúa, S.A. México, 1988.**

**16.- MONTERO, Duhalt Sara.- "Derecho de Familia". Primera Edición. Editorial Porrúa, S.A. México, 1992.**

**17.- OVALLE, Favela José- "Derecho Procesal Civil", Cuarta Edición. Editorial Harla. México 1991.**

**18.- PALLARES, Eduardo.- "Diccionario de Derecho Procesal Civil". Décimo Quinta Edición, Editorial Porrúa, México 1983.**

**19.-PALLARES, Eduardo. "Derecho Procesal Civil", Décimo Tercera Edición, Editorial Porrúa, S.A, México 1989.**

**20.- PLANIOL, Marcel.- "Tratado Elemental de Derecho Civil conforme al programa oficial de las facultades de derecho" TOMO I,1, "Introducción, Familia, Matrimonio", Editorial Cajica, S.A., Puebla, México, 1983.**

**21.- PEREZ, Fernández del Castillo, Bernardo.- "Derecho Notarial". Editorial Porrúa, Séptima Edición, México 1995.**

**22.- ROCCO, Hugo "Teoría General del Proceso Civil", Editorial Porrúa, S.A. México 1959.**

**23.- ROJINA, Villegas Rafael.- "Compendio de Derecho Civil" Editorial Porrúa, S.A., México 1989.**

**24.- ROJINA, Villegas Rafael.- "Derecho Civil Mexicano, Tomo II, Derecho de Familia", Editorial Porrúa, S.A. México, 1983.**

**25.- SANCHEZ, Martínez Francisco y SANCHEZ Cantú Silvia.- "Formulario de Derecho Familiar y Jurisprudencia", Editorial Trillas, Primera Edición, México, 1993.**

**26.- SERRA, Domínguez, Manuel.- "Estudios de Derecho Procesal".- Ediciones Ariel - Barcelona 1969.**

## **LEGISLACION:**

**27.- DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.- "Constitución Política"**

**28.- DEL ESTADO DE GUANAJUATO.- "Código Civil".**

**29.- DEL ESTADO DE GUANAJUATO.- " Código de Procedimientos Civiles".**

**30.- PARA EL DISTRITO FEDERAL.- "Ley del Notariado".**

**31.- PARA EL ESTADO DE GUANAJUATO.- "Ley del Notariado".**

**32.- PARA EL ESTADO DE JALISCO.- "Código de Procedimientos Civiles".**