



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA
DE MÉXICO**

**FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES
ARAGÓN**

**“COMENTARIOS A LA ATRIBUCION JURISDICCIONAL
OTORGADA A LOS NOTARIOS PUBLICOS EN EL CODIGO
DE PROCEDIMIENTOS CIVILES Y LA LEY DEL
NOTARIADO DEL ESTADO DE MEXICO”**

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A N:

ENRIQUE MONTES DE OCA JERONIMO

MIGUEL ANGEL PANTALEON ZENDEJAS

**ASESOR:
LIC. JESUS YAÑEZ MIRON.**

MÉXICO

2007





Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

**AGRADECIMIENTOS Y DEDICATORIAS DE:
ENRIQUE MONTES DE OCA JERONIMO**

A MIS PADRES

Por haberme dado la vida,
Por haberme dado cariño, comprensión
Y la motivación necesaria para concluir una
Carrera Universitaria.

A MI ESPOSA

Por ser mi musa inspiradora,
Ejemplo de superación constante,
Gracias por darme siempre tu apoyo, comprensión
Dedicación y sobre todo tu amor.

A MIS HIJOS

Por darme su cariño, apoyo y respeto
En todos los ámbitos de la vida,
Espero que se sientan orgullosos de su padre
Que siempre los apoyare y amare.

A MIS HERMANOS Y FAMILIARES

Por ser parte de mi existencia y espero
Estar siempre a la altura de sus expectativas
Cuyos principios se basan en la hermandad,
Amistad, lealtad y cariño para todos ustedes.

A MIS MAESTROS

Por haber sido parte de mi formación en el ramo
Profesional y les agradezco el conocimiento
Compartido y brindado sin reservas.

A MI ASESOR

Por haberme apoyado en todo momento e incondicionalmente
Para el inicio, desarrollo y conclusión del presente trabajo
Y sobre todo por su aprecio y amistad.

A MIS AMIGOS

Por haberme impulsado y motivado en forma constante
Para el logro de metas positivas personales.

A MIS SINODALES

Por haberme dedicado su tiempo en la lectura corrección
Y consejos en la conclusión del presente trabajo de tesis.

**AGRADECIMIENTOS Y DEDICATORIAS DE:
MIGUEL ANGEL PANTALEON ZENDEJAS.**

A MIS PADRES.

Que tanto amo,
Quienes me brindaron su tiempo, cariño, comprensión
Y con su esfuerzo, dedicación y sacrificio,
Me apoyaron en todo momento para que pudiera tener una
Formación profesional, la cual sin su apoyo no hubiera sido posible,
Por lo cual este logro no es solo mío, sino de ellos también, ya que
Ellos fueron los principales pilares para el logro de mis objetivos.

**A MIS ABUELITOS
JORGE Y ANA MARIA**

Quienes inculcaron en mí los valores fundamentales para
Ser una persona de bien y me dedicaron gran parte de su tiempo
Además de su cariño, por lo cual les estaré eternamente agradecido
Ya que gracias a las bases que sentaron en mí
Pude llegar hasta este momento de mi vida.

A MI HIJO

Ya que es él quien me impulsa día con día a salir adelante,
Es mi inspiración más grande y mi tesoro más preciado,
Ya que con sus cariños y sonrisas me impulsa a ser mejor cada día
Haciéndome olvidar los malos momentos.

A MI ESPOSA

Ya que me brinda su apoyo, cariño, respeto
Y siempre tiene palabras de aliento,
Con las cuales me impulsa a seguir luchando
En los momentos difíciles por los que hemos pasado juntos.

A MIS TIOS

JORGE, ADOLFO, ANA MARIA Y GABRIELA
Quienes son una parte muy importante en mi vida, ya que
Me enseñaron que la unión familiar es fundamental para
Formar personas útiles para la sociedad, así como a sus respectivas
Esposas y esposos quienes me han Brindado su cariño y confianza.

A MIS HERMANAS Y PRIMOS

KARLA, KARINA, JORGE, KAREN, ERICK, LIZBETH, BRENDA Y JOSELYN,
Por el cariño que me han brindado y espero que este trabajo sea una
Motivación que los impulse a alcanzar sus metas personales.

A MI ASESOR

Por el tiempo y apoyo incondicional que nos brindo para la realización
Del presente trabajo, pero principalmente por brindarnos su amistad.

A MIS SINODALES

Por haber dedicado parte de su tiempo a la lectura y corrección
Del presente trabajo de tesis para que este pudiera ser de mejor calidad.

ÍNDICE.

INTRODUCCIÓN	Pág. 1
--------------	-----------

CAPITULO PRIMERO. ORIGEN Y EVOLUCIÓN DEL NOTARIADO.

1.1. EN LA ÉPOCA ANTIGUA.	4
1.1.1. ENTRE LOS HEBREOS.	6
1.1.2. GRECIA.	8
1.1.3. EGIPTO.	10
1.1.4. ROMA.	11
1.2. EDAD MEDIA.	14
1.2.1. ESPAÑA.	16
1.2.2. FRANCIA.	18
1.3. EN EL DERECHO MEXICANO.	20
1.3.1. EPOCA PRECOLONIAL.	20
1.3.2. EPOCA DE LA CONQUISTA.	22
1.3.3. EPOCA DE LA COLONIA.	23
1.3.4. EPOCA DE MEXICO INDEPENDIENTE.	26
1.3.5. EPOCA CONTEMPORANEA.	32

CAPITULO SEGUNDO. GENERALIDADES DE LA INSTITUCION DEL NOTARIADO.

2.1. CONCEPTO DE NOTARIO PÚBLICO.	38
2.2. NATURALEZA JURIDICA DE LA FUNCION NOTARIAL.	40
2.3. REQUISITOS PARA INGRESAR A LA FUNCION NOTARIAL.	47
2.4. FUNCIONES DEL NOTARIO.	48

2.5. DERECHOS, OBLIGACIONES E IMPEDIMENTOS DE LOS NOTARIOS.	50
2.6. ACTO JURIDICO, HECHO JURIDICO Y FE PÚBLICA.	55

CAPITULO TERCERO.

OBLIGACION DEL ESTADO DE OTORGAR SEGURIDAD JURIDICA.

3.1. INTERES PÚBLICO.	66
3.2. OBLIGACION DEL ESTADO DE CUBRIR AL INTERES PÚBLICO.	70
3.3. IMPOSIBILIDAD REAL.	72
3.4. CONCESION.	75
3.5. PATENTE.	78
3.6. CUOTA DE RETORNO.	80
3.7. ATRIBUCION DEL GOBERNADOR DEL ESTADO DE MEXICO PARA CONCEDER PATENTES DE NOTARIO PUBLICO SIN ESTAR CONTEMPLADA DICHA FIGURA EN LA CONSTITUCION LOCAL.	83

CAPITULO CUARTO.

SURGIMIENTO Y DEFINICION DEL PROCEDIMIENTO NO CONTENCIOSO.

4.1. SURGIMIENTO Y DEFINICION DEL PROCEDIMIENTO NO CONTENCIOSO.	85
4.2. DIFERENCIA ENTRE PROCEDIMIENTO NO CONTENCIOSO Y PROCEDIMIENTO JUDICIAL NO CONTENCIOSO.	97
4.3. PROCEDIMIENTOS NO CONTENCIOSOS QUE POR DISPOSICION DE LA LEY DEL NOTARIADO PODRAN TRAMITARSE ANTE NOTARIO DEL ESTADO DE MEXICO.	119
4.3.1. REGLAS GENERALES DE LAS SUCESIONES.	120
4.3.2. PROCEDIMIENTO SUCESORIO TESTAMENTARIO JUDICIAL.	125
4.3.3. PROCEDIMIENTO SUCESORIO TESTAMENTARIO NOTARIAL.	126
4.3.4. PROCEDIMIENTO SUCESORIO INTESTAMENTARIO JUDICIAL.	128

4.3.5. PROCEDIMIENTO SUCESORIO INTESTAMENTARIO NOTARIAL.	130
4.4. DEL ARBITRAJE Y LA MEDIACION NOTARIAL.	141

CAPITULO QUINTO.

INCONSTITUCIONALIDAD DE LA JURISDICCION OTORGADA A LOS NOTARIOS PÚBLICOS EN EL ESTADO DE MÉXICO.

5.1. CONCEPTO DE CONSTITUCIONALIDAD, ACONSTITUCIONALIDAD, INCONSTITUCIONALIDAD Y ANTICONSTITUCIONALIDAD.	155
5.2. CONCEPTO DE JURISDICCION.	158
5.3. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DE LA JURISDICCION.	161
5.3.1. FUNDAMENTO PARA EL EJERCICIO DE LA JURISDICCION EN EL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES EN EL ESTADO DE MÉXICO.	164
5.3.2. INVACION DE LA ESFERA JURISDICCIONAL OTORGADA EN EL ARTICULO 119 DE LA LEY DEL NOTARIADO EN EL ESTADO DE MÉXICO.	165
5.4. AUTORIDADES QUE INTEGRAN EL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MÉXICO. (ARTICULO 3 DE LA LEY ORGANICA DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MÉXICO).	167
5.4.1. EL NOTARIO PÚBLICO, COMO AUXILIAR DEL PODER JUDICIAL Y CUANDO DEBEN ACTUAR (ARTICULO 94 DE LA LEY ORGANICA DEL PODER JUDICIAL LOCAL).	168
5.5. IMPROCEDENCIA DEL JUICIO DE AMPARO EN LA ACTUACION NOTARIAL.	169
PROPUESTA.	175
CONCLUSIONES.	177
BIBLIOGRAFIA.	180

TABLA DE ABREVIATURAS.

LNEM.	Ley del Notariado del Estado de México.
RLNEM.	Reglamento de la Ley del Notariado del Estado de México.
LNDF.	Ley del Notariado del Distrito Federal.
CCEM.	Código Civil del Estado de México.
CCDF.	Código Civil del Distrito Federal.
CPCEM.	Código de Procedimientos Civiles del Estado de México.
CPCDF.	Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal.
CPCAEM.	Código de Procedimientos Civiles abrogado del Estado de México.
LA.	Ley de Amparo.

INTRODUCCIÓN

Una vez egresados de la Licenciatura en Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, Facultad de Estudios Superiores Aragón es un verdadero placer que nos llena de satisfacción, presentar el trabajo de investigación que lleva por título “Comentarios a la atribución jurisdiccional otorgada a los Notarios públicos en el Código de Procedimientos Civiles y la ley del Notariado del Estado de México”, lo anterior a efecto de dar contestación a una innovación del gobierno estatal y al mismo tiempo satisfacer el requisito de titulación establecido por la Universidad.

La inquietud de los suscritos por desarrollar esta investigación surge a partir del momento en que se abrogó el Código de Procedimientos Civiles en el Estado de México y en el nuevo Código se establece el capítulo VIII del título segundo, libro cuarto donde se señala: que la tramitación de las sucesiones podrá realizarse ante Notario, cuando no haya controversia alguna, a diferencia del anterior que contemplaba su participación una vez terminada la primera sección, es decir, ya que se había dictado “el auto declarativo de herederos, situación que trajo muchos comentarios en los tribunales del Estado de México, unos a favor y otros en contra de esta situación y nos percatamos que todo dependía de los intereses que afectaban tal situación, sin importar a quien beneficie o perjudique esta disposición, los suscritos vamos a realizar un análisis única y exclusivamente jurídico. .

Los suscritos, al iniciar el presente trabajo, nos planteamos dos hipótesis a demostrar, sabedores que son contradictorias ya que si una de ellas resulta afirmativa, la otra, necesariamente tiene que ser falsa y que son las siguientes:

1.- Los Notarios Públicos están verdaderamente facultados para tener atribuciones de carácter jurisdiccional, o,

2.- La atribución jurisdiccional otorgada a los Notarios Públicos para conocer de la tramitación de las sucesiones es anticonstitucional.

Ya que al inició de la presente investigación consideramos que la tramitación de los Juicios Sucesorios Testamentarios e Intestamentarios son facultad exclusiva del Poder Judicial por conducto de los juzgados en materia Familiar; ya que los referidos tribunales fueron creados para conocer y resolver sobre los asuntos relacionados con el derecho familiar y el estado civil de las personas, **los juicios sucesorios** y los demás asuntos familiares que les atribuyan las leyes.

Para el desarrollo del presente trabajo de investigación, consideramos desarrollar, primeramente el origen y la evolución de la institución del Notario en el ámbito internacional como nacional; así mismo veremos cuál es el marco de actuación del Notario, principalmente su naturaleza jurídica, su función, derechos, obligaciones, prohibiciones e impedimentos, veremos conceptos doctrinarios de lo que es la fe pública, actos y hechos jurídicos para lograr establecer cuál es su facultad.

Vamos a tocar el marco teórico, referente a la obligación del Estado de cumplir y velar por los intereses de la mayoría de los gobernados y anteponerlos al interés de las minorías; así mismo, veremos la forma en que el Estado por medio de la patente y concesión cumple o trata de cumplir con tal función.

El presente trabajo consta de cinco capítulos y que se desglosan de la siguiente forma: en el capítulo primero haremos una referencia histórica del origen y evolución de los notarios a nivel internacional y nacional; en el capítulo dos haremos referencia a sus generalidades como son su naturaleza jurídica, sus funciones, derechos obligaciones e impedimentos; en el tercer capítulo explicaremos un conjunto de conceptos básicos a efecto de explicar las nuevas atribuciones que le son encomendadas a los notarios; en el capítulo cuarto vamos a analizar, primeramente el concepto del procedimiento no contencioso, vamos a definirlo y a establecerlo sus diferencias con la tramitación de los juicios

sucesorios Testamentarios o In testamentarios que se llevan ante un órgano jurisdiccional. Así mismo veremos la eficacia que tiene la facultad dada a los notarios para conocer del Arbitraje y la Mediación; por último analizaremos los fundamentos legales, principalmente las constitucionales que consideramos para el desarrollo de la presente tesis.

TESIS:

“COMENTARIOS A LA ATRIBUCION JURISDICCIONAL OTORGADA A LOS NOTARIOS PUBLICOS EN EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES Y LA LEY DEL NOTARIADO DEL ESTADO DE MÉXICO”.

CAPÍTULO PRIMERO

ORIGEN Y EVOLUCIÓN DEL NOTARIO

En el presente capítulo nos hemos trazado como objetivo primordial el de expresar cuáles han sido los acontecimientos fundamentales y la normatividad más destacada que han dado origen a la evolución del notario. A este respecto cabe destacar que como en la mayoría de las instituciones de derecho, el notariado es producto de una evolución social, ya que en sus inicios las personas que se dedicaban a la elaboración y redacción de todo tipo de actos jurídicos, como los contratos y convenios, lo hacían de manera privada, adquiriendo dichos actos un reconocimiento posterior por las autoridades de la época y el lugar en que se celebraban y poco a poco fueron ganando terreno en el marco de su actuación en la sociedad, hasta llegar a nuestros días y concretando en las atribuciones para conocer y resolver sobre los juicios sucesorios, por lo que se impone en el presente trabajo de investigación la necesidad de hacer un breve análisis de la evolución histórica que ha tenido la figura jurídica del notariado.

1.1 EN LA ÉPOCA ANTIGUA

Para hablar de esta época haremos mención a lo que señala el tratadista Julio Antonio García Amor¹ el cual señala que: “la función notarial está relacionada plenamente con el uso, en la actualidad, de protocolos o libros, que es donde se asientan los distintos actos jurídicos, además de estos existen otras herramientas

¹ García Amor Julio Antonio, Historia del Derecho Notarial, Editorial Trillas, México, 2000, pp. 15-16.

que el notario en la actualidad utiliza, tales como el sello notarial y los demás sellos alusivos al tipo de operación jurídica de que se trate, desde la oficina, los apéndices, los índices; estos últimos en donde se lleva una relación de todo lo actuado por materia, fecha, etc.....; al hablar de todo esto nos referimos al ámbito del Derecho notarial.

Si nos remontamos a la Edad de Piedra, sería imposible pensar que existiera una institución similar para formalizar los actos públicos, cuando lo vital en ese tiempo era satisfacer las necesidades más elementales, comida, abrigo y seguridad a las familias de la época para poder sobrevivir. Estamos seguros que los hombres de esa edad estaban más preocupados por la recolección de frutos y alimentos para subsistir, que de la propia seguridad de los actos jurídicos, cuando estos prácticamente eran mínimos.

Lo anterior no quiere decir que no se tomarán decisiones importantes, más bien las decisiones se tomaban en conjunto, y eran acordes con la época a la que hoy me estoy refiriendo. Estas decisiones por tanto, ocurrían por el medio más antiguo que era el lenguaje oral, no en documentos como lo hacemos ahora, pues el papel no existía y el que había era papel amate, francamente rudimentario.

La transmisión de los acontecimientos referidos al ser humano tienen distintas formas de efectuarse, el más antiguo fue la transmisión por la vía del lenguaje oral. Los pueblos en general manifestaban oralmente el conocimiento que en forma genérica pudiera tener la población, de los hechos que acontecían.

En un comienzo para que hubiera certeza en los hechos y en los actos que ocurrían, se requería el conocimiento de toda la población en pleno; era el pueblo constituido en testigo de calidad el que daba formalidad al acto jurídico.

Sobre esta época el tratadista Bernardo Pérez Fernández Del Castillo² nos indica: “Motivo de especulación para los notarialistas es ubicar en el tiempo y lugar, el nacimiento de la fe pública. Esto no ha sido posible hasta ahora. Sin embargo, puede argumentarse que tal o cual legislación empieza a dar valor probatorio a lo redactado y hecho constar por algunos artesanos de la escritura”.

Las anteriores ideas nos llevan a la reflexión de que resulta indispensable tener un cabal conocimiento de todos y cada uno de los espacios de tiempo en los cuales ha tenido presencia la función notarial, por lo cual haremos un breve análisis histórico de los principales pueblos en los cuales tuvo surgimiento y evolución dicha actividad notarial, por lo que consideramos procedente el remontarnos someramente a etapas históricas tales como la Hebrea, Griega, Egipcia, Romana así como la Edad Media, España y por último Francia en relación al Derecho extranjero en la época antigua. Por lo que se refiere al Derecho patrio, enfocáremos nuestro análisis a las épocas prehispánica, en la época de la colonia, México Independiente y finalmente en la época contemporánea.

1.1.1- ENTRE LOS HEBREOS

Pueblo semítico y como se sabe es cuna de nuestra cultura occidental, el que conquistó y habitó la Palestina, llamado también Israelita y Judío. En cuanto a nuestro tema de estudio se refiere, nos apoyaremos en lo comentado por el tratadista Luis Carral y de Teresa³, que señala “Parece ser que entre ellos existían varias clases de **escribas** (escribas del rey, de la Ley, del pueblo, y del Estado), de los que suele afirmarse que ejercían fe pública aunque no la prestaban de propia autoridad, sino por la que dimanaba de la persona de quién el escriba dependía; pero como parece que se les usaba por sus conocimientos caligráficos, se opina que estos escribas no eran, sino amanuenses”

² Pérez Fernández del Castillo, Bernardo. Derecho Notarial 8^a. Edición, Editorial Porrúa, 1997, México, pág. 3.
³ Carral y Teresa, Luís. Derecho Notarial y Registral. 17^a. Edición. Editorial Porrúa. México. 2005. Pág. 49.

De las ideas anteriores se deduce que entre los Hebreos, el conocimiento del arte de escribir que poseía cualquiera de las partes contratantes, era motivo suficiente para que se redactara y formalizara el convenio, pero si los contratantes ignoraban aquel arte, entonces estaban obligados a reclamar la intervención del oficial o funcionario público destinado para tales fines, funcionario que recibía el nombre de **escriba o escribano**. Existían varias clases de escribas, los cuales si estaban agregados a persona de autoridad, ejercían fe pública y daban autoridad a los actos que suscribían aunque esta fe no fuera prestada de un modo material y como la propia autoridad del sello del escribano, sino por la fe de la persona de quien éste dependía. Esto es, que su misión se limitaba a prestar sus conocimientos caligráficos y que el documento redactado por ellos no tomaba fuerza alguna de la intervención del escriba, o sea, que los escribanos no eran notarios sino meros secretarios.

En el pueblo Hebreo existían los siguientes tipos de Escribas, entre los que destacan:

Los Escribas del rey, que tenían como fin principal autentificar los actos del monarca.

Los Escribas de la ley, cuya misión era la de interpretar los textos legales con toda pureza y fidelidad y siempre en sentido ortodoxo, dando lectura de los mismos ante el pueblo. Además solían asesorar a los jueces laicos que presidían los tribunales de escasa importancia.

Los Escribas del pueblo, eran considerados como los más prácticos conocedores de la Ley y de las costumbres, prestaban sus servicios a los ciudadanos que se los requerían, redactando las convenciones entre los particulares, tales como matrimonios, ventas, arrendamientos, etc.

Los escribas del Estado, los cuales ejercían las funciones de secretarios y escribanos del consejo del Estado, de los tribunales y de todos los establecimientos públicos. A estos funcionarios les pertenecía solamente el derecho de poner el sello público sobre las Leyes, Las sentencias de los Tribunales y los actos de los particulares que tenían necesidad de adquirir la debida autenticidad para poder ejecutarse.

1.1.2- GRECIA

En la investigación que efectuamos sobre el antecedente más inmediato del notario en Grecia, existen variadas opiniones y es el tiempo en que los autores que han investigado sobre este tema, aún no se ponen de acuerdo. Por consiguiente, nos limitaremos a transcribir los hallazgos y opiniones al respecto, emitiendo la propia al final, ya que debido a la distancia a la falta de bibliografía de este tema en particular es muy difícil hacer una investigación a fondo.

Mencionaremos lo que señala Eduardo Bautista Pondé⁴ en su libro “Origen e Historia del Notariado” dentro del cual cita a diversos autores entre ellos a Miguel Fernández Casado quién afirma que eran conocidos los *Síngrafos* y los *Apógrafos* y que en Atenas no se otorgaban contratos que estaban a cargo de esos *Síngrafos* sin escribirlos en el Registro Público que, a decir del investigador, estos eran verdaderos notarios y cada tribu tenía dos de ellos, que gozaban de grandes honores y consideraciones; sin embargo, Bautista Pondé no esta de acuerdo y dice que Fernández Casado tenía una especie de euforia notarialista, pues según dice: el apógrafo, de acuerdo con el diccionario general etimológico de la lengua española era el magistrado Ateniese encargado de repartir los procesos, por lo cual se acercaba más a ser un funcionario Judicial.

4 Bautista Pondé, Origen e historia del notariado, ediciones Palma, Buenos Aires, Argentina, 1967, p. 24.

Bautista Pondé⁵ cita al también abogado mexicano José Carrasco Zanini, quién en su historia del notariado mexicano menciona que en Atenas existían abogados llamados *apógrafos* que eran copista originales y se llamaban así por oposición a los *autógrafos* y a los *síngrafos*, que levantaban actas y las hacían firmar por el deudor y el acreedor. Respecto de los apógrafos, Carrasco Zanini⁶ “dice que ejercían las nobles funciones del notariado”.

Maximiliano Aguilar⁷, abogado Argentino, afirma que: “Grecia tuvo escribas y además notarios o estenógrafos, que escribían por signos o abreviaturas; comenta también que los actos importantes de la vida privada, transmisiones de bienes inmuebles, donaciones, ventas y testamentos se elaboraban casi sin excepción por escrito, confiándole la custodia de los documentos a los sacerdotes, guardianes de los archivos públicos. Agrega que hubo un funcionario en Grecia llamado *Mnenon*, que da cierto aire a los escribanos (notarios) y registradores actuales, por que le correspondía conservar y registrar los tratados y los actos públicos de los contratos privados, los que así adquirirían autenticidad”.

Bautista Pondé⁸ afirma: “si hemos de poner orden, habremos de convenir que el *Mnenon* era un técnico de la memorización ya que la *nemónica* es, según el diccionario etimológico de Barcia, “el arte de facilitar las operaciones de memoria”.

El autor Italiano, Prieto Someda de Marco⁹, habla de taquígrafos y semiógrafos es decir, tomadores de versiones; también cita a los *Basilicoi ipografi*, que eran seleccionados entre personales de alto rango, cuya competencia era redactar actos de los magistrados, por lo que, era más una función judicial; a estos últimos Bautista Pondé les da más crédito ya que éstas según él, eran las figuras griegas más similares a los notarios de la actualidad.

5 Ibidem. P. 25.

6 Ibidem. P. 26

7 Ibidem. P. 27

8 Ibidem. P. 28

9 Ibidem. P. 29.

Todavía otro autor, Jacinto Pichetto¹⁰, cita a los Logógrafos, que eran escritos que les redactaban los discursos a los acusados que se tenían que defender por sí solos.

De lo anterior podemos deducir que no había una sola persona que se dedicara exclusivamente a lo que actualmente conocemos como notarios, pero por seguridad jurídica consideramos que debió existir en la civilización griega algún escriba o algo parecido, dotado de fe pública y de algunas atribuciones similares a las del notario, aun que ninguno de los autores mencionados lo refiere.

1.1.3- EGIPTO

Sobre este país comenta Luis Carral y de Teresa¹¹ como lo más relevante respecto de la materia notarial. “Existieron escribas sacerdotales encargados de la correcta redacción de los contratos, al lado de los cuales estaba el Magistrado, funcionario que autentificaba el acto imponiendo su sello. Se ha dicho también que por estar el papiro más cerca de nuestro papel que el ladrillo babilónico o la tabla encerada romana es en Egipto donde encontramos una muestra más antigua de nuestros documentos”.

De lo anterior se puede intuir que en Egipto, los escribas sacerdotales tenían un carácter semejante al Notario, en su carácter profesional o Notario letrado, encargado de la correcta redacción de los contratos. Y que al lado de estos escribas se encontraba un magistrado, al cual le competía la función autenticadora, ya que requería la imposición del sello de dicho magistrado. Otro aspecto importante de resaltar, lo es el hecho de que es en Egipto donde encontramos la muestra más antigua de la forma estructural que adoptan nuestros documentos.

10 Cfr. Idem.

11 Carral y de Teresa Luís, Derecho notarial y Derecho Registral, 17ª. Edición, Editorial Porrúa, México 2005, pp. 49.

Por otro lado, queda afirmado lo apuntado por el profesor Seidl citado por Carral y de Teresa¹² en su obra, al señalar: “En la época más antigua, entre los negocios de derecho privado vemos un documento garantizado por un sello oficial de cierre, en época posterior encontramos un documento sin sellar, pero garantizado frente a añadiduras o falseamientos posteriores por la observancia de un rígido formulario y la firma del notario y de dos testigos y en los últimos siglos, por lo menos los archivos y los registros constituían una protección más contra aquellas alteraciones”.

Podemos concluir que en esta civilización el escriba era en principio una especie de delegado de los colegios sacerdotales, que tenía a su cargo la redacción de los contratos. El documento autorizado por el escriba, carecía, por sí, de autenticidad, acudiéndose al Magistrado para que estampara el sello cuando quería revestírsele de tal carácter.

1.1.4- ROMA

Por lo que a esta importante cultura se refiere, y de la cual se han escrito infinidad de obras, en las que se destaca la grandeza de su pueblo en múltiples materias y ciencias del conocimiento humano que sobre todo se le ha considerado como la cuna del mundo del Derecho, dada la trascendencia que las leyes romanas han tenido en la evolución de los pueblos que le hemos sucedido. Sobre esta civilización sería infinito hablar y describir millares de párrafos, pero para el efecto y objetivo de nuestro tema de estudio, destacaremos en estas líneas, entre lo más relevante, lo apuntado por el citado autor Carral y de Teresa¹³, quien nos expresa: “Las leyes romanas encomendaban misiones notariales a multitud de personas. Los autores hablan del *tabellio*, de *tabullarius*, de *notarius*, *amanuensis*, *argentarius*, y veinte nombres más, con lo que se demuestra que la función estaba dispersa. A través del *tabullarius* y del *tabellio* se llega a la figura del notario que se distinguía de los nuestros, en que la solemnidad de los actos no es el resultado

12 *Ibidem* p. 50

13 *Idem*.

del instrumento sino de la práctica ritual (pronunciación de las palabras de la fórmula en la “sponsio”, la entrega de las cosas en los contratos reales, etc). Y cuando hace falta la forma escrita, los “instrumenti” son escritos que puede redactar cualquiera porque no se exige la intervención del Tabullarius o del Tabellio.

La generalidad de los autores afirma que el *tabellius* precedió históricamente al *tabellio*. El *tabullarius* desempeñaba funciones oficiales del censo y seguramente por el hábito en la custodia de los documentos oficiales se generalizó la práctica de que se le entregan testamentos, contratos y otros actos.

El mismo Carral y de Teresa¹⁴ señala que “la custodia tabular no les imponía carácter de autenticidad, pero en cambio los tabullari tenían fe pública, por lo que hacía el censo y al hecho de la entrega de los documentos que custodiaban. Surgen al mismo tiempo los *tabelliones*, que eran profesionales privados que se dedicaban a redactar y conservar testamentos e instrumentos. Se ve que los *tabullari* tuvieron un origen de Derecho público (para desempeñar funciones oficiales del censo) y los *tabelliones*, un origen consuetudinario privado”.

Se desprende de lo apuntado por el autor citado que en Roma el notariado como tal en sus diferentes épocas, nos permite conocer una multitud de personas a quienes de modo parcial estaba encomendada la importante misión notarial bajo una gran variedad de nomenclaturas, apreciándose con ello que dicha función estaba dispersa y atribuida a una gran cantidad de variados escribanos públicos y privados (*tabellio*, *tabullarius*, *notarius*, *cursor*, *amanuensis*, *grafarius*, *librarius*, *scribarius*, *actuarius*, etc.), sin que originalmente se reunieran todas las atribuciones en una sola persona. Es conveniente apuntar que entre todas esas denominaciones destacan fundamentalmente tres figuras, como son:

14 Ibidem, p. 51.

1.- NOTARIO. Funcionario agregado a las autoridades, que en sustitución de éstas o por mandato, imponía el sello de certeza a los edictos y documentos oficiales. La palabra notario se deriva de “**nota**”, ya que además de sus funciones de fedatario, sobresalía en la sociedad romana, donde todavía no se hacía accesible al pueblo la escritura, como escriba que tomaba con gran rapidez la exposición oral, y a la vez, con igual rapidez transcribía en “tabulas” romanas lo hablado.

2.- TABULARI. Tenía tres funciones:

a).- Guarda de documentos. A dicho funcionario se le entregaban para su cuidado y conservación, documentos privados de contenido contractual y testamentario. La fe pública de este funcionario consistía en el resguardo de los documentos y en constatar la fecha en que le eran entregados, poniéndolos bajo su custodia, se autentificaban los mismos, ya que al estar bajo su cuidado se impedía la alteración o destrucción de los mismos por alguna de las partes que hubieran intervenido en su creación.

b).- Redactar documentos conjuntamente con el *tabellion*. Daba ese servicio al público en los despachos de los *tabullarii* o en los foros públicos.

c).- Función administrativa. Estos funcionarios desempeñaron distintas actividades en este ramo, como oficiales del censo, encargados del Registro Civil y de las listas y cobro de impuestos, lo que trajo como consecuencia la falta de confianza del público.

3.- TABELLION. Ciudadano romano cuyo oficio consistía en redactar contratos por cuenta de terceros, obtener el consentimiento de las partes y llevarlos al poder Judicial para ser examinados en su legalidad y obtener la declaración del Estado de que estos contratos se elevan a instrumentos públicos. Cabe destacar que esta

labor se realizaba incorporando al documento las características propias de una sentencia, como son juicios de legalidad, prueba plena y ejecutoriedad.

En resumen, sobre esta etapa histórica podemos concluir que en Roma, la institución notarial recorre una verdadera trayectoria evolutiva a consecuencia de su historia social y política, y que la variedad de nombres, con los que se distinguía tanta clase de funcionarios, obedecía precisamente al hecho de que las funciones notariales flotaban sobre el amplio y enigmático mar de la legislación romana, y que todavía los legisladores de aquella época no habían localizado al funcionario especial en quien exclusivamente estuviesen a su cargo las funciones notariales.

Por último es destacar que en la legislación de Justiniano (527 a 545) se establecen una serie de requisitos, condiciones y formalidades que se debían satisfacer para el desempeño del cargo de notario, no sólo de orden intelectual sino también de orden moral y físico.

1.2.- EDAD MEDIA

Esta época tiene una trascendencia singular en la evolución del notariado como institución. Al respecto nos refiere Pérez Fernández del Castillo¹⁵ “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. Al regularse las nuevas actividades que surgían, en ocasiones se aceptaba o modificaba la legislación existente, y en otros, se creaban instituciones jurídicas nuevas; consecuentemente, la forma notarial evolucionó y fue regulada de manera más precisa”.

Otro aspecto importante de destacar en esta época es que se produce en la escuela de Bolonia un movimiento legislativo con la creación de diversas

15 Pérez Fernández del Castillo, Bernardo. Derecho Notarial. Porrúa. México, 1989, p. 3.

disposiciones legales sobre la actividad notarial que influye poderosamente en Europa entera, incluyendo España. Se establecen diversas disposiciones legales por las que se determina que el instrumento notarial se eleve al del valor probatorio de una sentencia ejecutoriada. Así mismo se verifica un estudio sistemático de los *tabularri* o notarios, en los que se destacan:

- 1.- La importancia del examen para el que pretende ingresar al notariado;
- 2.- Fija las cualidades físicas, jurídicas y morales de estos funcionarios;
- 3.- Establece su colegiación obligatoria;
- 4.- Fija un *numerus clausus*;
- 5.- A cada uno le da una plaza;
- 6.- Impone aranceles.

De los requisitos anteriores, consideramos que es de vital importancia fijar nuestra atención respecto a las condiciones intelectuales que debe satisfacer un aspirante a notario, como son el debido conocimiento de las leyes; estar versado en la escritura; ser sabio e inteligente; diestro en raciocinar y además haber estudiado lo necesario para no cometer faltas en las escrituras ni errores en las palabras.

En el orden moral, no ser porfiado, hablador o de conducta viciosa. Esto es, de buenas costumbres y de singular prudencia, sin obrar con precipitación ni cometer falta alguna bajo pena de destitución.

En el orden físico se le exigía un detenido examen intelectual y físico, debiendo acreditar el no tener impedimento físico alguno que lo inhabilite para el ejercicio de su cargo, por medio de certificación medica.

Cabe señalar que para ser admitidos en el ejercicio del cargo se constituyeron tribunales examinadores compuestos solamente de *tabelliones*. Investigaban las condiciones morales del aspirante, mediante información testifical, de que en el nombramiento no les había guiado amistad, favor o parentesco. Esto es, que el nombrado reunía la suficiencia científica necesaria para desempeñar el cargo, con humildad, devoción y diligencia. En base a lo anterior, no puede dudarse de la importancia que en la historia del notariado tiene la etapa conocida como Edad Media.

Por otro lado, con relación al número de notarios y su adscripción, Bernardo Pérez Fernández del Castillo¹⁶ nos transmite que “no debe sobrepasar el total de los notarios el número de veinticuatro y no puede el prefecto que esté en funciones nombrar más de ese número, so pretexto de que necesita más asesores. Si resultara haberlo hecho, pierda su cingulum y su cargo, pues no debe haber más notarios que estaciones”.

Por lo que podemos concluir sobre esta etapa que es el final de la Edad Media cuando se efectúa la consolidación de la función notarial, o sea, que es cuando en diversos países se consagra la figura del escribano como un cargo público y se producen a la vez reformas importantes, como el progreso en la conservación del protocolo, el cambio de la minuta por el instrumento matriz, alteraciones en la organización corporativa, etcétera.

1.2.1.- ESPAÑA

Aunque en el fuero real (de 1255) se conviene una regulación rudimentaria del escribano público como delegado del rey para la expedición de las “cartas” o escrituras, es en el código de las partidas (partida III, título 18 y 19) donde hay que buscar el origen del notariado español.

¹⁶ *Ibidem*. p. 6.

En dicho cuerpo legal encontraremos ideas y expresiones suficientes para formar un concepto descriptivo del escribano, en el que señalaban tanto los requisitos que aquel debe reunir como el ámbito de su función y la eficacia de su intervención: escribano es el hombre sabedor de escribir y entendido en el arte de la escribanía, que escribe las cartas de las vendidas y de las compras y de las posturas que los hombres ponen entre sí, ante ellos, quedando recuerdo de las cosas pasadas en sus registros, en las notas que guardan..., y de cuyas cartas nace averiguamiento de prueba y deben ser creídas por todo el reino.

Pero ni las partidas ni las disposiciones posteriores hasta la ley vigente, supieron organizar adecuadamente la institución. Y así fueron defectos que afeaban a ésta grandemente:

-La superabundancia de fedatarios nombrados no sólo por el rey sino también por las ciudades y los pueblos, a pesar de las disposiciones de los reyes católicos para exigir la aprobación de los escribanos por el consejo real y las de Felipe II en 1556 con la misma finalidad.

-La falta de preparación de los aspirantes a escribano a los que solamente se les exigía buena conducta y solvencia económica, aunque ya en 1480 se exigía que el aspirante fuera examinado y declarado apto, en 1750 se formuló la "institución para escribanos y reales" para facilitar a estos el conocimiento de sus obligaciones y mucho más tarde en 1844, se crearon cátedras para impartir enseñanzas a los escribanos.

-La coexistencia de escribanos residentes con competencia territorial y escribanos de reino con competencia en todo el reino.

-Y la confusión de la fe pública extrajudicial con la judicial o la administrativa.

Además durante mucho tiempo no existió el notariado propiamente dicho sino un conjunto de escribanos sin conexión entre sí, si bien existieron colegios locales sobre todo en Aragón, Cataluña y Valencia, aquí desde 1938 y con grandes atribuciones.

“Ante esta situación, ya en el primer tercio del siglo XIX se formularon varios proyectos legislativos para el <<arreglo del notariado>> pero ninguno tuvo éxito hasta la ley orgánica vigente del 28 de mayo de 1862”.¹⁷

1.2.2.-FRANCIA

Para continuar con este período en Francia, tenemos que hacer referencia a dos siglos y medio de Justiniano, cuando Carlomagno gobierna y legisla, “en el año 800 revive el espíritu de Roma en el sacro imperio al codificar Carlomagno legisla para el notariado disponiendo que los instrumentos de los escribanos tuvieran el mismo carácter, la misma fuerza y los mismos efectos que una sentencia inapelable. Ya el orden jurídico tiene a su alcance el documento oponible erga omnes, por el hecho de ser otorgado ante notario público. Carlomagno ordenó a sus enviados instituir en cada lugar notarios, propuesto a las asambleas provinciales. Por una capitular del año 805 dispuso que también los obispos, los condes y los abates tuvieran sus escribanos propios”.¹⁸ Por lo anterior se puede afirmar que Carlomagno cimienta y difunde la institución notarial en Francia.

En el siglo XIII la mayoría de los actos en los países de derecho escrito francés pasaban ante los notarios a quienes Houdard denomina magistrados independientes, quizá por la reticencia de siempre a calificarlos como profesionales. Houdard¹⁹ señala que cuando las provincias meridionales fueron reunidas al reinado, los reyes de Francia no tocaron a esta institución de notarios; por el contrario le entregaron el monopolio de la escrituración, creando junto a

17 Etat du notariat français au XVIII e siècle, these pour le doctorat, Paris, 1912.

18 Cfr. Digesto Italiano, vol. XVI, Pág. 343.

19 Op cit.

ellos los notarios reales. Estas creaciones, según Houdard²⁰ trajeron consigo una serie de desordenes los que junto con los abusos que cometían los notarios debido a su gran independencia, hicieron necesaria una reglamentación, ella se produjo mediante la Ordenanza de Felipe el Hermoso de julio de 1304, ya que la motivación fue poner en evidencia que en Francia existió en los orígenes de la Institución notarial el notario profesional liberal, que configuraba el documento con fuerza probatoria especial a partir de Carlomagno pero cuya especialísima delicada actividad exigía por parte de los poderes públicos minuciosa reglamentación.

Como elemento de valoración histórica sobre la concepción funcional del notario francés, mencionaremos que Lotario, sobrino segundo de Carlomagno, entre otras disposiciones concernientes a los escribanos, fijó el honorario que éstos percibirían, es decir, los reconoció como locadores de servicio.

El notariado Francés, desvanecido en los primeros tiempos de la Edad Media, después de las capitulares de Carlomagno, reaparece rejuvenecido y casi revestido de su forma actual; pletórico de prestigio más que social Familiar, al surgir el reinado en Francia, los reyes tuvieron grandes consideraciones con los notarios, ya que tuvieron una necesidad espiritual con quienes sentían compartir la responsabilidad de las decisiones trascendentes.

Prueba de lo anterior uno entre tantos, el rey San Luis a quién cottignies, al precisar el punto de partida del notariado moderno lo conceptúa como el fundador de la institución.

La Revolución Francesa encuentra a los notarios divididos en tres clases, los reales, los señoriales y los apostólicos. La ley del 6 de octubre de 1791 suprime tales distinciones y la del 25 ventoso del año XI, con otras modificaciones,

20 Íbidem. P 344.

introduce una reestructuración, pero nada absolutamente nada, se resta o se añade en la que hace a la institución notarial en sí.

Los revolucionarios siguen pensando de los notarios tal como el consejero del Estado Real, que manifestó conceptos siempre vigentes al lado de los funcionarios que juzgan concilian las diferencias, la tranquilidad llama a otros funcionarios que siendo tanto consejeros desinteresados de las partes como redactores imparciales de sus voluntades, les hacen conocer la extensión de las obligaciones contraídas, redactan sus compromisos con claridad, donde el carácter de un acto auténtico y la fuerza de un juicio perpetuado su recurso y conservando su depósito, impidiendo cualquier diferencia que nazca entre los hombres.

1.3.- EN EL DERECHO MEXICANO

Una vez analizado el origen y la transformación que la función notarial ha tenido en el derecho comparado, procederemos a su estudio en el Derecho mexicano, el cual verificamos en cada uno de los periodos siguientes:

- a).- EPOCA PRECOLONIAL
- b).- EPOCA DE LA CONQUISTA
- c).- EPOCA DE LA COLONIA
- d).- EPOCA DE MÉXICO INDEPENDIENTE
- e).- EPOCA CONTEMPORANEA

1.3.1.- EPOCA PRECOLONIA

Por lo que se refiere a esta Época Precortesiana, llamada también Precolombina, apreciamos que entre los pueblos que habitaron la región que hoy constituye la república Mexicana, participaban de la cosmovisión cultural común al género humano, sus conocimientos astronómicos, arquitectónicos, agrícolas y comerciales, su capacidad escultórica y su habilidad artesanal, les permitió

desarrollarse culturalmente, unos más que otros. No contaban con un alfabeto algunos pueblos tenían una escultura ideográfica por medio de la cual hacían constar varios acontecimientos desde simples noticias, el pago de tributos y las operaciones contractuales. Entre todos los pueblos destacan los Aztecas que por ser uno de los más agresivos, conquistadores y dominadores, impuso parte de su sistema de vida, principalmente sus instituciones.

Es sabido que esos pueblos primitivos, no tuvieron escritura propiamente dicha, sino que se valían de la Jeroglífica, la que ayudaba a la traducción que oralmente se enseñaba en las escuelas de los templos. Además tenían una cronología perfecta y consignaban con claridad los acontecimientos que querían asentar así como los sucesos históricos, sus peregrinaciones, tributos y costumbres públicas o privadas, ideas religiosas, supersticiones, organización política y en una palabra, el conjunto de su civilización.

Por su trascendencia y para efecto de nuestro estudio, nos referimos al *tlacuilo* artesano azteca hábil para escribir, su práctica en la redacción y en la relación de hechos y sus conocimientos legales, lo habilitaban para confeccionar documentos y asesorar contratantes sin tener el carácter de funcionario público ni de fedatario, Así el *tlacuilo* por la actividad que desempeñaba, es el antepasado del escribano, este artesano que tenía la función de dejar constancias, por medio de signos ideográficos, de los diversos acontecimientos, por lo que diremos que es el equivalente del escribano, Tabularius y Tabelion de otras épocas; resumiendo el *tlacuilo* se expresaba por medio de signos ideográficos y pinturas con lo que permitían guardar memoria de ellos de una manera creíble²¹.

21 Pérez Fernández del Castillo, Bernardo, Derecho Notarial, editorial porrúa, México 2001, pág 10 y 11

1.3.2.- ÉPOCA DE LA CONQUISTA

Como es sabido el 12 de octubre de 1492, Cristóbal Colón descubrió América, haciendo destacar que entre sus acompañantes se encontraba Rodrigo de Escobedo escribano del consulado del mar, quién debía llevar el diario de la expedición, como el registro del tráfico de mercancías y en general todos los hechos sobresalientes y actividades de la tripulación, fue este el que dio fe y testimonio de la toma de posesión en nombre de los reyes católico, la historia lo considera lo ha considerado como el primer escribano que ejerció en América.

Se sabe que en esta época 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.

En este periodo destaca la figura del conquistador Hernán Cortés en el desarrollo e importancia de la escribanía por haber sido un jurista formado y adentrado en el conocimiento de las leyes; por lo tanto, letrado y familiarizado con las leyes aquilató el papel primordial e indispensable que en la sociedad desempeñaban los escribanos. Por eso el conquistador Español se hizo acompañar de un escribano del Rey en todas sus hazañas y empresas guerreras.²²

Entre los hechos consignados por Hernán Cortes en sus cartas de relación de la conquista de México, se encuentra entre otros, el requerimiento que por medio del escribano Diego Godoy, hizo el conquistador a los indios Mayas que se hallaban asentados en las márgenes del río Grijalva, a fin de que se sometieran.

Y después de haberles requerido el dicho capitán tres veces, y pedido por testimonios al escribano de vuestras reales altezas que consigo llevaba, diciéndoles que no quería guerra.... Y como el capitán de la artillería, que iba

²² Cortés, Hernán, Cartas De La Rendición De La Conquista De México, Madrid, España-Calpe.1970.

delante, hiciese ciertos requerimientos por ante escribano a los dichos indios de guerra que topó, dándoles a entender por los farautes y lenguas que allí iban con nosotros que no queríamos guerra, sino paz y amor con ellos.²³

1.3.3.- EPOCA DE LA COLONIA

La conquista culminó en 1521, con la captura de Cuauhtémoc, Cortés decidió llamar a las tierras conquistadas “la nueva España” estas tierra quedaron bajo jurisdicción del virreinato de la Nueva España. Durante la colonia y principios de la independencia la legislación aplicable que se impuso a los súbditos de las tierras conquistadas en América fue la vigente en el reino de **Castilla**, ya que dichas tierras se consideraban propiedad de los reyes de Castilla y Aragón.

El derecho de castilla se adoptó por medio de cédulas, provisiones, ordenanzas e instituciones reales que iban resolviendo casos concretos, reunidos en la llamada *Recopilación de indias*.

En los inicios del México colonial, los conquistadores se dedicaron a organizar la vida política, jurídica, religiosa, religiosa y económica de la nueva España, misma que se celebró el 8 de marzo de 1524, de la que dio fe Francisco de Orduña²⁴, y como consecuencia de ello, empieza a existir documentación escrita de lo acontecido en la vida política de la Nueva España. Otra acta interesante para el notariado en México, la del 21 de junio de 1525 y pertenece a Juan Fernández del Castillo el protocolo más antiguo que se encuentra en el archivo general de notarias del Distrito Federal y corresponde al año 1525. Durante toda 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 en las siete partidas.

23 Ibidem. Pág 17.

24 Luján Muñoz, Jorge, Los escribanos de las indias Occidentales, Instituto Guatemalteco de Derecho notarial, Guatemala 1977. Pág. 19.

“Poner escribanos es cosa que pertenece al Emperador o al Rey. Esto es, porque es tanto como uno de los ramos del señorío del Reino.”, Una de las formas de ingreso a la escribanía, fue por medio de la compra de oficio y tenía las siguientes características *“La escribanía era una actividad privada, realizada por un particular que tenía características públicas, tales como un nombramiento especial y el uso de 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 un arancel de aplicación obligatoria”*²⁵ (situación y características muy similares que siguen teniendo aún en nuestros días, más de cuatro siglos después, con la diferencia de que ahora él que los designa es el gobernador de los Estados).

En esta época la actividad del escribano fue muy importante durante la colonia, pues no obstante la falta de estabilidad política y el cambio de funcionarios, éste fue permanente y daba continuidad y daba seguridad y continuidad en los negocios, constituía un factor muy valioso de recaudación fiscal.

CEDULAS Y DISPOSICIONES MÁS SOBRESALIENTES DE ESTA EPOCA.

Entre las recopilaciones que contienen disposiciones legales relacionadas con el ejercicio de la función notarial de esta época, se deben mencionar como las más destacadas, las siguientes:

Las siete partidas: señalaba 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 un juez.

²⁵ Íbidem, pág. 18, 19.

Las leyes de indias: determinaban tres categorías de escribanos: públicos, reales y del número. Según Lujan²⁶ escribano real era quién tenía el *fiat* o autorización real para desempeñar el cargo en cualquier lugar de los dominios del rey de España, pero para el ejercicio de su función era necesario obtener otro cargo específico. Podían ejercer en todo el territorio menos donde hubiese numerarios “ parece ser que el compilador de las leyes de indias no deseó que los escribanos del número y los reales ejercieran juntos, en un mismo lugar”, así, por oposición escribano del número era el escribano real que sólo podía ejercer sus funciones dentro de una circunscripción determinada.

Cofradía de los cuatro santos evangelistas: a principios de la edad media, en Italia, los artesanos, comerciantes, profesionistas, etc, se reunieron en gremios para ayudarse, defenderse y procurar la superación gremial, aplicando el principio de la unión hace la fuerza, en 1573 se creó la primera organización de escribanos de la Nueva España en la ciudad de México, bajo el nombre de la Cofradía de los cuatro santos evangelistas, con la licencia del arzobispo de México, más tarde el 2 de septiembre de 1573 el virrey Martín Enríquez expide un documento, concediendo la autorización necesaria para su funcionamiento, Estaba integrada por los escribanos de la nueva España y su finalidad consistía en auxiliar moral y económicamente a sus cofrades en forma de una incipiente mutualidad, sus beneficios se extendían también en sus familiares en caso de indigencia, o muerte del escribano²⁷, a través del tiempo logró beneficios constantes.

Real colegio de escribanos de México: Creada por cedula real otorgada por Carlos IV, el 19 de junio de 1792, creado con las siguientes propuestas

Inició sus gestiones en 1776, ante el rey para erigir su colegio de escribanos, semejante al establecido en Madrid. En 1792, el rey Felipe IV les concedió a los escribanos la autorización para su establecimiento, bajo la protección del consejo de Indias, así como para usar el sello con armas reales, gozar de Privilegios,

26 Ibidem. Pág 22.

27 Ibidem. Pág 26.

otorgar certificados de competencia para el ejercicio del cargo, formar su biblioteca para uso y preparación de los estudiantes y de los escribanos.²⁸

Finalmente respecto a este real Colegio es pertinente asentar que fue el primero fundado en el continente y que ha funcionado ininterrumpidamente desde su creación y, actualmente se le llama y conoce por “COLEGIO DE NOTARIOS DE LA CIUDAD DE MÉXICO”

1.3.4.- EPOCA DE MÉXICO INDEPENDIENTE

En esta época, encontramos como los aspectos más trascendentales, por lo que a la materia de estudio se refiere, los siguientes hechos y acontecimientos:

El 9 de octubre de 1812, las cortes españolas expidieron un decreto relativo a la materia de escribanos, en la expedición “*Decreto sobre arreglo de Tribunales y sus atribuciones*” que como principal característica fueron darle facultades en materia de exámenes y arancel para escribanos. En 1822, a pesar de que ya habían transcurrido doce años, de la declaración de independencia, el Estado Mexicano, aún no se podía independizar en lo político ni en lo jurídico, ya que el *Reglamento provisional político del Imperio Mexicano*, mencionaba en esencial que la legislación positiva española, las leyes de indias y demás decretos, provisiones, cédulas reales etc, dados durante la colonia continuaron aplicándose en México Independiente, siempre y cuando no pugnen con el reglamento o decretos que se expidieren en consecuencia de nuestra independencia; sin embargo, se fueron dictando nuevas leyes y decretos que paulatinamente separaron el derecho mexicano del español.²⁹

A partir de la independencia, el régimen político de la república Mexicana fluctuó entre el federalismo y el centralismo. Cuando el federalismo era el sistema establecido, la legislación notarial fue loca; cuando el régimen fue centralista, las

²⁸ Idem.

²⁹ Cfr. Ibidem, p 26 y 27.

disposiciones notariales fueron generales, de aplicación en todo el territorio nacional.³⁰ Para nuestro estudio, es importante mencionar que continuó la costumbre colonial de los oficios “públicos, vendibles y renunciables” entre los cuales se encontraba la escribanía, esta era una forma de proporcionar ingresos al erario.

Bajo la vigencia de la Constitución de 1824 donde se derroco al imperio y se organizo la nación en forma de República Federal se dictaron algunas disposiciones aplicables a los escribanos. Mencionaremos solo algunas, entre otras;

La llamada Secretaría de Justicia era la encargada de organizar todo lo referente a los Juzgados y por consecuencia de los oficios públicos, vendibles y renunciables ³¹ (los escribanos formaban parte de estos oficios):

Decreto de 1834: Es una de las primeras disposiciones legales referentes al escribano, se legisla sobre la organización de los juzgados del ramo civil y del criminal en el Distrito Federal, había dado al escribano de diligencias como un escribano público que trabajaba de secretario al mismo tiempo en los referidos tribunales.

Decreto de 1837: se dicto la “Ley para el arreglo provisional de la administración de justicia en los Tribunales y Juzgado del Fuero común”, Esta ley fue explicada por el *Reglamento para el Gobierno Interior de los Tribunales Superiores, Formado por la Suprema Corte de Justicia*, el 15 de enero del año siguiente y establecía forma de ingreso a la escribanía, exigía presentar los documentos donde se acredite tener los documentos exigidos por ley, aprobar un examen del colegio de escribanos, se señalará día para el Tribunal donde debería llevar y leer una escritura e instrumentos, previamente señalados, después debería ser

30 Cfr. Ibidem. Pág 27.

31 Rodríguez de San Miguel, Juan, Curia Filipina Mexicana. Librería general de Eugenio Maillefert y Cía, París y México, 1858, p 110.

examinado en la misma forma que los abogados sobre la materia a la que aspira, y si lo acreditaba se le daba su certificado correspondiente para que ocurra por el *fiat* al supremo gobierno. :

Arancel de 1840³².- “En el se expidieron las costas de los honorarios y derechos judiciales que se debían cobrar por los secretarios y empleados del Tribunal y por los escribanos, quedaron especificados y determinados los aranceles de todos los actos del escribano, entre los que destacan: los casos de Juicio verbal, las declaraciones, confesiones y careos, por las asistencias a almonedas, remates, juntas, vistas de ojos, por la autorización del auto de nombramiento de curadores o tutores, por los poderes sencillos para pleitos y cobranzas, por las escrituras y demás instrumentos realizados o contratos de cualquier clase, por los testamentos y cualesquiera últimas voluntades, etc”.

En esta época había tres clases de escribanos, según la *Curía Filípica Mexicana*³³:

“A).- Nacionales.- Eran los examinados y aprobados por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el D.F. o por los Tribunales Superiores en los Estados a los cuales se les daba el calificativo de Reales.

B).- Públicos.- Aquellos que tenían oficio o escribanía propia, en la que archivaban, protocolizaban los instrumentos que ante ellos se otorgaban.

C).- De diligencias.- Fueron los que practicaban las notificaciones y demás actuaciones judiciales”.

Decreto de gobierno de octubre de 1846³⁴: “Sobre la cesación y costas en los tribunales y juzgados, y que la justicia se administre gratis en el Distrito y Territorios”. En este decreto de designo un escribano de diligencias a cada

32 Pérez Fernández del Castillo, Bernardo. *Derecho Notarial*. Décimo Primera Edición, Editorial Porrúa. México 2001. Pág 27

33 Ibidem. P 28.

34 Ibidem. P 29 y 30.

juzgado de lo civil, nombrados a sugerencia del juez titular, se determino en forma clara y precisa cuales escribanos de diligencias iban a quedar anexos a los juzgados y estos debía ser nombrados por el Estado y sujetos a un sueldo.

Sin lugar a dudas el decreto antes mencionado fue, trascendental en la administración de justicia en todo el territorio nacional, ya que a partir de ese momento el gobierno mexicano, se hacía cargo de una de sus funciones esenciales en la vida jurídica de sus gobernados, ya que eliminaba los costos por el servicio en los Tribunales y Juzgados y que la justicia se administre gratis en la republica.

Ley centralista de 1853³⁵.- En ella se estatuye una nueva organización para los escribanos por la que se determina que el “Escribano Público de la Nación debe ser mayor de 25 años; tener escritura de forma clara, conocimientos de gramática, aritmética y haber cursado dos años materias de derecho privado relacionadas con la escribanía y práctica forense; una práctica de dos años, honradez y fidelidad, aprobar el examen ante el Supremo Tribunal; obtener Título del Supremo Gobierno, inscrito en el colegio de escribanos, así como el uso de firma y signos determinados para actuar y las encomienda, el ejercicio de escribanos actuarios de los Tribunales: Mantiene la tradición española”.

En esta misma ley se determino que los escribanos eran los encargados para practicar por sí mismos las diligencias judiciales, tomando en cuenta que en el capitulo XIV bajo el título “De los subalternos de los jueces y tribunales” integra a los escribanos adscritos a los juzgados. Así mismo esta ley en su artículo 810, señalaba: Para ejercer el oficio de escribano era necesario recibirse y matricularse en el Colegió de escribanos de México.

Esta ley termino con la variedad de nombres que se empleaban para designar a los escribanos.

35 Ibidem. Pág 33 y 34.

“ART. 317.- Los escribanos recibidos e incorporados conforme a esta ley o a las anteriores, no tendrán otra denominación que la de escribanos públicos de la nación”.

Ley orgánica del notariado y del oficio de escribano de 21 de diciembre 1865³⁶.- “Habiendo sido proclamado Emperador de México, Maximiliano de Habsburgo el 10 de abril de 1864, la regencia (titular del poder ejecutivo en el imperio de Maximiliano) en ejercicio de sus facultades, comisiono al **Colegio Imperial de Notarios**, para elaborar el proyecto el mención de *1 de febrero de 1864*, firmado por Juan No. Almonte y José Mariano Salas, que regulaba el ejercicio del notariado. En este destaca el empleo por primer vez del término **notario público del imperio** para referirse al escribano; esta ley fue aplicable en todo el territorio nacional, hace la diferencia entre notario y escribano, revistiendo de **fe pública** y le otorgo la categoría de **funcionario** para extender y autorizar las escrituras de actos y contratos a los primeros y respecto a los segundos eran funcionarios facultados en los casos determinados por la ley con carácter de secretarios de Juzgado y actuario. Suele considerársele como la primera Ley Orgánica del Notariado. (ésta etapa duro hasta el fusilamiento de Maximiliano y la entrada del presidente Benito Juárez a la capital del país en 1867)”.

Ley orgánica de notarios y actuarios del Distrito Federal de 29 de noviembre de 1867³⁷.- “Promulgada por Benito Juárez, cuyos puntos a destacar son los siguientes:

- a) Termino con la venta de notarias.
- b) Separó la actuación del notario y la del secretario del juzgado.
- c) Sustituyó el signo por el sello notarial.

Decretó cerrar todas las notarias, salvo las que cubrían el requisito que señala el decretó de 19 de diciembre de 1846 y les impuso una serie de requisitos entre los

³⁶ Ibidem p. 40.

³⁷ Ibidem. p 43 y 44.

más importantes son: establecía: que el notario era un funcionario establecido para reducir a instrumento público los actos, los contratos y últimas voluntades en los casos que las leyes lo prevengan o lo permitan (art. 2); y al actuario como el funcionario que interviene en materia judicial, ya sea para autorizar las providencias de los jueces o arbitradores o para practicar las diligencias necesarias. (art. 20); ambos oficios deberían ser practicados personalmente (art. 20); El signo que antiguamente otorgaba el rey se sustituye por el sello de autorizar (art. 21), Además en ella se establecen los requisitos que se deben satisfacer en ambos casos como son ser abogados; o haber cursado dos años de preparatoria, más dos de estudios profesionales con cursos elementales de derecho, civil, mercantil, procesal y notarial; ser ciudadano mexicano por nacimiento, no menor de 25 años, sin impedimento físico, ni haber sido condenado a pena corporal, tener buenas costumbres, pasar examen ante el colegio primero y después ante el Tribunal Superior de Justicia, con la certificación de éste, obligación de integrar sus protocolos o registros; el protocolo era abierto, en papel de sello que indica la Ley, todas las hojas del protocolo tenían su foliatura en letra y guarismos, además del sello y rubrica del Notario a quien pertenecía el protocolo, el que se cerraba cada seis meses, en junio y diciembre, el horario debería estar asistido por dos testigos sin tacha, mayores de dieciocho años, vecinos del lugar en que se hace el otorgamiento; las notarías deberían estar abiertas siete horas cada día no feriado y en casos urgentes a cualquier hora del día o de la noche, los notarios podían tener sus despachos fuera de sus casas”.

Reglamento del colegio nacional de escribanos de 1870³⁸.- “Este fue promulgado por Benito Juárez, se modifico el nombre de Real Colegio de Escribanos creado en 1792 y se sustituyeron los estatutos que hasta entonces habían regido, comprendía a los notarios y los actuarios, establecía que el Colegio se integraba por escribanos matriculados la cual era obligatoria para ejercer la profesión pero para los escribanos foráneos era voluntaria (art 1); como

38 Ibidem. P 47 y 48.

requisitos para la matriculación se requería, título profesional expedido por el Gobierno general, acompañado de solicitud y recibos de tesorería del Colegio con pago de veinticinco pesos, acompañar certificado de buena conducta y estar en el ejercicio de la profesión”.

1.3.5. EPOCA CONTEMPORANEA

Ley del notariado de 1901³⁹.- “El Presidente Porfirio Díaz promulgo dicho ordenamiento y entro en vigor el 1 de enero del año 1902, abarcando como ámbito de aplicación el D.F y territorios Federales (Art. 1). Disponía que el ejercicio de la función notarial fuera de orden pública, conferido por el ejecutivo de la unión, la dirección del notario estaba a cargo del ejecutivo por conducto de la Secretaría de Justicia (Art. 10). sus principales características fueron: darle el carácter de función pública, el uso del protocolo, la colegiación obligatoria, el examen de admisión, la creación del archivo de notarias y en general, con esta ley, da inicio una regulación sistemática de la función notarial”.

Aunque el notariado se caracterizaba por ser una función pública, conferida por el Gobierno Federal, la prestación del servicio no ocasionaba un sueldo proveniente del erario. Los honorarios se pagaban por los interesados conforme a un arancel (Art. 8).

Ley del notariado para el Distrito y territorios federales de 1932⁴⁰. “Esta ley fue publicada por el Presidente de México Pascual Ortiz Rubio, la cual abrogo la de 1901. En cuanto al método y estructura, sigue las mismas de su predecesora: el protocolo, los requisitos para el otorgamiento de escrituras, la naturaleza jurídica del instrumento, las minutas, los requisitos e impedimentos para ser notario,

39 Ibidem. P. 52 y 53.

40 Ibidem p 57.

siguen siendo los mismos. Sin embargo, esta ley evoluciono los siguientes aspectos notariales: 1) Excluyó a los testigos de la actuación notarial. Por disposición del Código Civil, sólo subsisten los testigos instrumentales en el testamento; 2) Estableció el examen de aspirante a notario, con un jurado integrado por cuatro notarios y un representante del Departamento del Distrito Federal, y; 3) dio al consejo de Notarios el carácter de órgano consultivo del Departamento del Distrito Federal”.

Ley del notariado para el Distrito Federal de 1945⁴¹.- “Expedida por Manuel Ávila Camacho, reforma diversas leyes. Su vida jurídica fue de más de treinta años, sufrió diversas modificaciones, supresiones, adiciones para adecuar sus normas a las necesidades socio-jurídicas prevaletientes durante su vigencia, hasta que fue abrogada por la nueva ley del notariado para el Distrito Federal de 1980.

Esta Ley se integraba por dos títulos, el primero de ellos, subdividido en ocho capítulos, el segundo constaba de diez capítulos, con un total de 194 artículos; algunos de ellos derogados, otros reformados o adicionados; y catorce artículos transitorios.

Del contenido del articulado de esta Ley, podemos destacar por su trascendencia algunos aspectos fundamentales como son:

El ejercicio del notariado en el Distrito Federal es una función de orden publico, la cual estará a cargo del titular del Poder Ejecutivo Federal, quien lo ejercerá por conducto del Gobierno del Distrito Federal y que por delegación se encomienda a profesionales del Derecho en virtud de la patente que para tal efecto les otorga el propio Ejecutivo a efecto de que lo desempeñen en los términos de la citada Ley”.

41 Ibidem. P. 57-64.

En cuanto a dichos profesionistas este ordenamiento los define como: “La persona, varón o mujer, investida de fe pública para hacer constar los actos y hechos jurídicos a los que los interesados deban o quieran dar autenticidad conforme a las leyes y, autorizada para intervenir en la formación de tales actos o hechos jurídicos revistiéndolos de solemnidad y forma legales”.

En virtud de lo expuesto es conveniente destacar lo preceptuado en este ordenamiento en lo referente a las funciones del notario que resultan incompatibles con todo empleo o comisión públicos, con los empleos o comisiones de particulares; con el desempeño del mandato judicial y con el ejercicio de la profesión de abogado; con la de comerciante, agente de cambio o el ejercicio o ministerio de algún culto religioso.

Por el contrario el notario esta autorizado para aceptar cargos de instrucción pública, de beneficencia privada o pública, cargos concejiles; ser mandatario de su cónyuge, ascendientes, descendientes o hermanos por consanguinidad o afinidad, ser tutor, curador o albacea, desempeñar el cargo de miembro del consejo de administración, comisario, o secretario de sociedades; resolver consultas jurídicas; patrocinar a los interesados en los procedimientos judiciales necesarios para obtener el registro de escrituras y patrocinar a los interesados en los procedimientos administrativos necesarios para el otorgamiento, registro o trámite fiscal de las escrituras que otorgue.

Por otro lado, queda prohibido a los notarios, recibir y conservar en depósito suma de dinero o documentos que representen numerario, con motivo de los actos o hechos en que intervengan, exceptuando las que se destinen al pago de impuestos o derechos que causen las operaciones que entre él se efectúen. Tampoco pueden ejercer fuera de los límites territoriales que le corresponden ni ser remunerados por el erario, sino que tendrán derecho a cobrar a los interesados los honorarios que devenguen conforme al arancel.

Dejo de ser aplicable en los territorios Federales, al desaparecer estos conforme a la reforma de la Constitución. Esta ley fue reformada en 1952, 1953 y 1966.

Conceptualizaba al notario en su artículo once y su avance más trascendental consistió en el establecimiento del examen de oposición para obtener la patente de notario y determinaba que para ser aspirante era indispensable aprobar también un examen teórico y otro práctico y que obtenida la categoría de aspirante era indispensable la existencia de una vacante bien fuera por fallecimiento, renuncia o destitución de un notario, con la existencia de la vacante se convocaba a un examen de oposición que al igual era teórico y practico. De lo anterior se deduce que tanto el aspirante como el notario deberían registrar su patente ante el Gobierno del Distrito Federal, en el Registro Público de la Propiedad y del Comercio, en el Archivo General de Notarias y en el Consejo de Notarios.

Cabe señalar que el notario necesitaba otorgar fianza por la cantidad de veinte mil pesos, proveerse a su costa de sello y protocolo, registrar el sello y su firma en los mismos lugares que la patente, otorgar la protesta legal ante el jefe del Departamento del Distrito Federal en la misma forma que la daban los funcionarios públicos, y establecer su oficina a los treinta días siguientes a la fecha de la protesta, al iniciar sus funciones, debería dar aviso al publico por medio del Diario Oficial de la Federación y comunicarlo a las autoridades competentes.

Al igual que otros funcionarios públicos era responsable por los delitos y faltas cometidas en el ejercicio de su profesión, siéndoles aplicadas inclusive sanciones administrativas establecidas por el Departamento del Distrito Federal, que consistían entre otras en, amonestación por oficio, multa de cinco a cinco mil pesos, suspensión del cargo por un año o definitiva.

El notario para el desempeño de su función se valía, del protocolo, apéndice, índice, sello y guía. El protocolo sólo podía ser sacado de la notaria por el notario para recoger firmas fuera de la notaria, dentro de su jurisdicción, no podía

separarse del ejercicio de sus funciones o ausentarse del lugar de su residencia sino mediante aviso a las autoridades competentes. El cargo se podía terminar solo por muerte, renuncia o destitución.

Señalaba además este ordenamiento que las notarias debían ser visitadas por lo menos una vez al año.

Determinaba también que los notarios para su desempeño podían asociarse por el tiempo que consideraren conveniente y actuar indistintamente en un mismo protocolo que será del notario más antiguo.

La ley establecida la colegiación obligatoria para los notarios, creándose el consejo de notarios, el cual auxiliaba al gobierno del Distrito Federal en la vigilancia del cumplimiento de la ley.

El ordenamiento en comento **define a la escritura** como “el instrumento original que el notario asienta en el protocolo, **para hacer constar un acto jurídico** y que tiene la firma y sello del notario” y por **acta notarial** establece que es “el instrumento notarial original que el notario asienta en el protocolo, **para hacer constar un hecho jurídico** y que tiene el sello y firma del notario”.

Ley del Notariado para el Distrito Federal de 1980⁴².- Esta ley se publicó en el Diario Oficial de la Federación el ocho de enero de 1980, e inició su vigencia sesenta días después de su publicación, su primera modificación fue el trece de enero de 1986 por la que se modifica la definición de notario al sustituir la terminología de *Funcionario Público por Licenciado en derecho* y establecer el protocolo abierto especial para actos y contratos en que intervengan el departamento del Distrito Federal. En este mismo protocolo podrán también asentar las actas y escrituras en que intervengan las dependencias y entidades de

42 Ibidem. Pág 64.

la administración pública Federal cuando actúen para el fomento de la vivienda o con motivo de programas para la regulación de la propiedad inmueble.

El 6 de enero de 1994 se modificaron varios artículos de la Ley del Notariado, destacando entre ellos el 42 donde se establece que el protocolo ordinario será abierto, esto es se formará por folios numerados y sellados que se encuadernarán en libros integrados por doscientos folios. También se creó el libro de registro de cotejos para simplificar este tipo de actas. Conforme al tema que se vaya abordando se analizara en forma específica los elementos e instrumentos notariales, regulados por la legislación vigente, en los capítulos subsecuentes.

CAPITULO SEGUNDO

GENERALIDADES DE LA INSTITUCIÓN DEL NOTARIADO

En este capítulo nos referiremos concretamente al notariado en el Estado de México, haciendo algunas comparaciones con la Ley del Notariado del Distrito Federal, lo anterior a efecto de darnos una idea general de la figura del Notario Público en la Entidad.

2.1- CONCEPTO DE NOTARIO PÚBLICO

En la actualidad, en la ley nunca se habla del notario público, sino solo de notario, aunque es una costumbre llamarlo así, probablemente por la función pública que esta a su cargo “dar fe pública”, o por los antecedentes históricos que hemos recibido por conducto de doctrinarios en la materia.

A continuación haremos mención de las definiciones de Notario contenidas en las leyes del notariado para el Distrito Federal (LNDF) y el Estado de México (LNEM): (LNDF) Artículo 42.- “Notario es el profesional del derecho investido de fe pública por el Estado, y que tiene a su cargo recibir, interpretar, redactar y dar forma legal a la voluntad de las personas que ante él acuden, y conferir autenticidad y certeza jurídicas a los actos y hechos pasados ante su fe, mediante la consignación de los mismos en instrumentos públicos de su autoría...”.

Por su parte la LNEM señala en su artículo 4: “Notario es el profesional del Derecho a quien el gobernador del Estado ha otorgado nombramiento para ejercer las funciones propias del notariado, investido de fe pública.

Como es de observarse a simple vista ambas definiciones difieren en su redacción haciendo notar que en ambas legislaciones el notario es el profesional de Derecho investido de fe pública; difiriendo que en la ley del notario del Distrito Federal la fe

pública la otorga el Estado sin precisar el funcionario público encargado de otorgarla mientras que en la ley del notariado del Estado de México señala que el gobernador del Estado es quien otorga los nombramientos para ejercer las funciones propias del notario dando la fe pública; Así mismo la primera de las mencionadas hace referencia que tiene a su cargo recibir, interpretar, redactar y dar forma legal a las voluntades de las personas que ante él acuden y por ese hecho la ley le confiere autenticidad y certeza jurídica a los actos y hechos jurídicos pasados ante su fe, obligándolo a que tales circunstancias queden plasmadas en instrumentos públicos por el redactados.

Puede observarse que en ambos artículos se califica al notario como profesional del Derecho, sustituyendo el carácter de “funcionario público” que se establecía en las leyes anteriores del Distrito Federal y en las vigentes de la mayoría de los Estados.

Por otro lado haremos mención a la definición que señala la unión internacional del notariado latino en su primer congreso celebrado en Buenos Aires en 1948, definía al notario y a su actividad como: “El notariado latino es el profesional del Derecho encargado de una función pública consistente en recibir, interpretar y dar forma legal a la voluntad de las partes redactando los instrumentos adecuados a ese fin y confiriéndoles autenticidad, conservar los originales de estos y expedir copias que den fe de lo contenido.

Como consecuencia de dichas definiciones podemos decir que la función fedante no la ejerce uno de los poderes del Estado (Ejecutivo), sino el Estado mismo. Las legislaturas locales dentro de las leyes notariales más recientes atacan este ejemplo doctrinal y reconocen esta función como del Estado en sí (ejemplo: Legislación del Estado de Morelos.⁴³

43 El artículo primero de la Ley del Notariado del Estado de Morelos publicada en el periódico oficial de dicha entidad, el tres de agosto de 1983, a la letra dice artículo 1º. “El ejercicio del notariado en el Estado de Morelos, es una función de orden público, que corresponde al Estado, quien la ejerce por medio de profesionales del derecho, que obtengan la patente de notario público, de esta ley. Para tal efecto el Ejecutivo expedirá las patentes respectivas en los términos de la presente ley”.

El artículo 10º de la ley antes mencionada le daba el carácter de funcionario al notario pero se creaba incertidumbre en cuanto a la determinación de su naturaleza jurídica y también se provocaba controversia que término por medio de la reforma que sufrió la ley del notariado y que se publicó en el diario oficial de la federación el 13 de enero de 1986, donde se dice **de manera enfática que el notario es un particular** (licenciado en derecho) esto se confirmó con la reforma al mismo artículo y que se publicó en el diario oficial de la federación en 06 de enero de 1994, el texto final es el siguiente:

Artículo 10 “Notario es un licenciado en derecho investido de fe pública facultado para autenticar y dar forma en los términos de ley a los instrumentos y que se consignen los actos y hechos jurídicos. El notario fungirá como asesor de los comparecientes y expedirá los testimonios, copias o certificaciones a los interesados conforme lo establezcan las leyes. La formulación de los instrumentos se hará a petición de parte”.

Es posible concluir que el Estado delega en el notario la función fedante, la cual originalmente le pertenece al Estado. Considerándolo un particular que no forma parte de un aparato burocrático, pero que se le vigila e imponen deberes, obligaciones pero también beneficios excesivos.

2.2-NATURALEZA JURÍDICA DE LA FUNCIÓN NOTARIAL.

Para darle un enfoque objetivo al presente trabajo es necesario determinar que lugar ocupa la figura jurídica del notario público dentro del marco jurídico Estatal y de esta forma entender que papel desempeña dentro de la administración pública, para iniciar con este análisis nos haremos la interrogante **¿es el notario público un funcionario público?**

Para contestar esta interrogante, haremos referencia que ha sido ampliamente debatido entre los notarialistas si el notario es o no funcionario público. Las teorías

sobre la naturaleza jurídica de la actuación notarial, unas afirman que es un funcionario público, otras lo consideran un profesional liberal, y las eclécticas o mixtas sostienen que es una función pública desarrollada por un profesional liberal.

A continuación señalaremos una distinción entre funcionario y empleado público⁴⁴: “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 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”.

Así mismo el maestro Gabino Fraga⁴⁵ manifiesta: “Por nuestra parte, consideramos que el último criterio de los señalados es el que corresponde realmente a la idea consignada en las disposiciones constitucionales, de tal manera que examinando a cada uno de los funcionarios enumerativamente fijado por los preceptos a que nos referimos en un principio, se encuentra que todos ellos tienen ese carácter representativo que los coloca como intermediarios entre el Estado y los particulares en tanto que indudablemente existen al lado de ellos todo el conjunto de agentes de administración que solo guardan la relación interna con el servicio necesario para auxiliar a los representantes en el ejercicio de sus facultades”.

44 Pérez Fernández del Castillo, Bernardo. Derecho Notarial. Décima Primera Edición. Editorial Porrúa. México. 2001. Pág. 169.

45 Idem.

Históricamente fue la ley del Ventoso XI de 1803, la que por primera vez estableció que el notario es un funcionario público:

“Art. 1. - Los notarios son los funcionarios públicos establecidos para recibir todos los actos y contratos a que las partes deban o quieran dar el carácter de autenticidad propio de lo público, y para asegurar la fecha, conservar su depósito y librar copias y testimonios”.

Sin embargo la ley del Notariado Francés de 1943, rectifica su postura y lo denomina “**oficial público**”.

En México fue la ley de 1901 la que calificó al notario como funcionario público. Las posteriores de 1932, 1945 y en el texto original de 1980 siguieron este criterio. Por reformas publicadas en el diario oficial de la federación el 13 de enero de 1986, se estableció que el notario es un “**profesional del derecho**”

Por su parte Bernardo Pérez Fernández del Castillo señala⁴⁶ “Por mi parte me limitaré a hacer un estudio exegético de la legislación mexicana para concluir que el notario no es un funcionario público por no estar enquistado dentro de la organización de la administración pública, no recibir salario, no existir contrato de trabajo o relación jurídica de dirección y dependencia; el Estado no responde por los actos de él, su ingreso no es por nombramiento gracioso, sino por examen de oposición y su cargo normalmente es vitalicio”.

Eduardo J. Couture⁴⁷ está de acuerdo con esta postura; respecto a una disposición de la Ley del Notariado de Uruguay, que conceptúa al escribano como funcionario público, expresa: “El problema de la condición del Notario Público no es un problema de definición legal. Podrá el legislador en sus definiciones

46 Pérez Fernández del Castillo, Fernando. Derecho Notarial. Décima primera edición. Editorial Porrúa. México. 2001. Pág. 170.

47 Couture, Eduardo J. Estudios de Derecho Procesal Civil, t. II. Segunda Edición. Editorial Desalma. Buenos Aires. 1978.

denominarlo así; pero sabemos que no es misión del legislador dar definiciones sino instituir normas, es decir, proposiciones hipotéticas de una conducta futura.

“El escribano público será funcionario público, si la ley le asigna, en el conjunto de las interrelaciones humanas, la condición jurídica que corresponde a los demás funcionarios públicos: su estatuto jurídico. No será funcionario público, aunque la ley lo denomine así, si en el cúmulo de sus derechos y deberes no tiene la condición de tal”.

La ley del Notariado del Distrito Federal de 1945, que sirvió de modelo a los demás Estados de la república establecía:

“ART 1º. - El ejercicio del Notariado en el Distrito y Territorios Federales es una función de orden pública. Estará a cargo del Ejecutivo de la Unión, quién lo ejercerá por conducto del gobierno del Distrito o Territorios Federal correspondiente, y que por delegación se encomienda a profesionales del derecho a virtud de la patente que para tal efecto les otorga el propio Ejecutivo a fin de que lo desempeñen en los términos de la presente ley”.

Tomando en cuenta lo anterior es por lo que los suscritos apoyamos la afirmación que hace Bernardo Pérez Fernández del Castillo al señalar que el notario no es un funcionario público por no estar enquistado dentro de la organización de la administración pública, por no recibir salario, no existir contrato de trabajo relación jurídica de dirección y dependencia, el Estado no responde por los actos de él, su ingreso no es por nombramiento gracioso, sino por examen de oposición y su cargo normalmente es vitalicio, además que la ley del notario ya no le da ese carácter desde 1986, siendo solo un intermediario entre el Estado y los Gobernados.

El Notario público conforme a la constitución.- La constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se refiere a los funcionarios y empleados públicos pero

no los define; en el título cuarto denominado “de las responsabilidades de los servidores públicos” menciona quienes son los funcionarios y los servidores públicos:

“Artículo 108- Para los efectos de las responsabilidades a que alude este Título se reputarán como servidores públicos a los representantes de elección popular a los miembros del Poder Judicial Federal y del Poder Judicial del Distrito Federal, los funcionarios y empleados, y, en general, a toda persona que desempeñe un empleo, cargo o comisión de cualquier naturaleza en la Administración Pública Federal o en el Distrito Federal, así como a los Servidores del Instituto Federal Electoral, quienes serán responsables por los actos u omisiones en que incurran en el desempeño de sus respectivas funciones.

“El presidente de la república, durante el tiempo de su encargo, sólo podrá ser acusado por traición a la patria y delitos graves del orden común.

“Los gobernadores de los Estados, los diputados y las legislaturas locales, los magistrados de los Tribunales superiores de justicia locales y en su caso los miembros de los consejos de las judicaturas locales, serán responsables por violaciones a esta Constitución y a las leyes federales, así como por el manejo indebido de fondos y recursos federales.

“Las constituciones de los Estados de la República precisarán, en los mismos términos del primer párrafo de este artículo y para los efectos de sus responsabilidades, el carácter de servidores públicos de quienes desempeñan empleo, cargo o comisión en los Estados y en los municipios”.

Para poder determinar si en el Estado de México, el notario es servidor público, para saber si desempeña empleo, cargo o comisión, como lo señala la parte *in fine* del precepto antes mencionado de la constitución federal, nos remitimos a la constitución vigente en la entidad local en mención, y que a la letra dice:

TITULO SÉPTIMO

De la responsabilidad de los servidores públicos y del juicio político

“Artículo 130. - Para los efectos de las responsabilidades a que alude este título, se considera como servidor público a toda persona que desempeñe un empleo, cargo o comisión en alguno de los poderes del Estado, en los ayuntamientos de los municipios y organismos auxiliares, así como los titulares o quienes hagan sus veces en empresas de participación estatal o municipal, sociedades o asociaciones asimiladas a éstas y en los fideicomisos públicos. Por lo que toca a los demás trabajadores del sector auxiliar, su calidad de servidores públicos estará determinada por los ordenamientos legales respectivos.

“La ley de responsabilidades regulará sujetos, procedimientos y sanciones en la materia”.

Antes de dar nuestro punto de vista sobre la naturaleza jurídica del Notario Público, consideramos que es de suma importancia, hacer una reflexión sobre los fundamentos legales en que el Gobernador del Estado somete a consideración de la legislatura local la Ley del Notariado, y que a la letra dice:

Toluca de Lerdo, México, a 14 de septiembre de 2001.

En ejercicio de las facultades que confieren los artículos 55 fracción I y 77 fracción V de la Constitución Política del Estado Libre y soberano de México, me permito someter a esa H. Legislatura, por el digno conducto de ustedes, iniciativa de ley del Notariado del Estado de México, conforme a la siguiente exposición de motivos.

Para hacer la reflexión necesaria, nos remitimos a los preceptos legales invocados:

“Artículo 55 fracción I de la constitución política del Estado de México:

Artículo 55.- La Legislatura del Estado o la Diputación permanente, antes de la votación de algún asunto, podrán dispensar trámites legislativos previstos en su ley orgánica, cuando se considere de urgente o de obvia resolución el asunto correspondiente.”

Fracción I: NO EXISTE

De la redacción del artículo anterior se puede apreciar claramente que se refiere a una facultad del legislativo y no del ejecutivo, por lo tanto, el gobernador que representa al Ejecutivo no debió fundar su iniciativa en dicho artículo y mucho menos invocar la fracción I la cual no existe.

A continuación se hará mención al artículo 77 fracción V de la constitución local del Estado de México.

“Artículo 77. Son facultades y obligaciones del Gobernador del Estado:

Fracción V. Presentar ante la legislatura del Estado iniciativas de ley o decreto.”

El anterior artículo habla efectivamente de una facultad del ejecutivo de presentar ante la legislatura local iniciativas de ley o decretos en general, sin hacer mención expresa de la figura notarial, por lo que el sometimiento ante la legislatura local de la ley del notariado resulta inconstitucional por no estar contemplada dicha figura, en el artículo 61 de la Constitución local que habla sobre las facultades y obligaciones de la legislatura.

2.3. - REQUISITOS PARA INGRESAR A LA FUNCION NOTARIAL.

Para poder ingresar a la función notarial primero hay que ser aspirante a obtener el nombramiento de notario para lo cual primero es necesario obtener constancia otorgada por el Gobernador del Estado, quien sólo podrá otorgarla a quién cumpla los siguientes requisitos:

I.- Ser ciudadano mexicano por nacimiento mayor de 28 años;

II.- Tener una residencia efectiva e ininterrumpida en el territorio del Estado de México, cuando menos de cinco años anteriores a la fecha de la solicitud.

III.- Ser profesional del Derecho, con una antigüedad mínima en el ejercicio de cinco años anteriores a la fecha de solicitud.

IV.- Haber realizado prácticas de manera ininterrumpida por un período mínimo de un año en alguna notaria del Estado de México;

V.- Acreditar el curso de formación de aspirante a notario que imparte el colegio de notarios;

VI.- No padecer enfermedad que impida el ejercicio de las facultades intelectuales o que sea causa de incapacidad física para el desempeño de la función notarial;

VII.- Ser de conducta honorable;

VIII.- No estar sujeto a proceso penal por delito intencional de haber sido condenado en sentencia ejecutoriada por delito de la misma clase;

IX.- No haber sido suspendido o cesado del ejercicio de la función notarial en el Estado de México o en otra entidad de la república:

X.- No haber sido declarado en estado de quiebra o de concurso de acreedores, excepto que haya sido restituido;

XI.- Aprobar el examen para aspirante a notario en los términos de esta ley y su reglamento; (requisitos señalados en el artículo 11 de la Ley del Notariado del Estado de México. La misma ley señala que solo los aspirantes podrán participar en los exámenes de oposición para obtener el nombramiento de Notario).

Para obtener el nombramiento de notario se deben satisfacer los requisitos antes mencionados, tener constancia de aspirante a Notario o en su caso, haber aprobado la evaluación a que se refiere el párrafo segundo del artículo 11 de la Ley del Notariado para el Estado de México y aprobar el examen de oposición que para el efecto se realice.

2.4. - FUNCIONES DEL NOTARIO

El Notario presta un servicio público; por lo cual debería satisfacer las necesidades de interés social; autenticidad, certeza y seguridad jurídica; para el maestro Gabino Fraga ⁴⁸ “la función notarial es un servicio público regulado por el Estado, el cual presta personalmente un particular a través de una concesión de servicio público”.

Estas funciones se encuentran señaladas en el artículo 5 de la ley del notario para el Estado de México “El notario tiene a su cargo **en los casos en que no estén encomendadas expresa y exclusivamente a las autoridades**, las siguientes funciones de orden público que les soliciten los interesados:

I.- Dar formalidad a los actos jurídicos;

II.- Dar fe de los hechos que le consten;

III.- Tramitar procedimientos no contenciosos en los términos de esta ley;

48 Fraga, Gabino. Derecho Administrativo. 22ª. Edición. Editorial Porrúa. México. 1983. Págs.247 y 248.

IV.- Tramitar procedimientos de arbitraje o **mediación**".

La primera fracción antes mencionada se llevará a cabo observando los requisitos del acto en su formación y autentificando la ratificación que de estos hagan los interesados ante su presencia.

La segunda, mediante su intervención de fedatario del hecho.

La tercera y la cuarta, conservando las formas y las disposiciones legales aplicables, tramitando los procedimientos conforme a la voluntad y acuerdo de las partes.

Es de vital importancia para la presente investigación hacer o establecer la diferencia de las funciones del notario en la ley del notariado vigente y su anterior legislación denominada Ley orgánica del notariado del Estado de México para apreciar la diferencia en sus atribuciones.

Por lo que hace a la legislación que acabamos de mencionar sus funciones.

Por lo que respecta a la ley orgánica abrogada el artículo 3 se mencionan sus funciones y que son:

I Dar formalidad a los actos jurídicos que le requieran o soliciten los interesados.

II Dar fe de los hechos que le consten, a solicitud del interesado, y

III Tramitar los procedimientos no contenciosos que los interesados le soliciten".

De las funciones anteriores, aparentemente en esencia es lo mismo, a excepción de que en la actualidad se agrego una fracción **IV y que se refiere a el arbitraje y mediación**, pero no solamente es esa diferencia, ya que existen en la fracción **III**

una diferencia trascendental que es materia de la presente investigación, además del arbitraje y la mediación; ya que se encuentra inmersa la facultad o posibilidad de tramitar ante notario los juicios sucesorios testamentarios o in testamentarios **a partir de la primera sección**, es decir tendrá la facultad de determinar quienes tienen derecho a heredar y como consecuencia nombrar un albacea, quién tendrá a su vez la posibilidad de ejercer su función en los términos del código civil, con todas las obligaciones, **pero también los derechos inherentes a su cargo**; así mismo podrá declarar válido un Testamento y como consecuencia del mismo discernir el cargo de albacea al instituido en el mismo; con la limitante que en las referidas tramitaciones no debe existir controversia alguna; esta situación se vera con detalle en el capítulo cuatro de esta tesis.

La ley del notariado vigente hace la aclaración que la función notarial se ejercerá en el Estado de México por los notarios titulares de las notarias y por quienes los sustituyan conforme a la referida ley.

Asimismo hace referencia que los notarios podrán ejercer su función en todo el territorio del Estado, debiendo establecer su residencia en el municipio para el cual fueron nombrados; los actos que autoricen y los hechos de los que den fe pueden referirse a los de cualquier lugar.

2.5. - DERECHOS, OBLIGACIONES E IMPEDIMENTOS DE LOS NOTARIOS.

SON DERECHOS DE LOS NOTARIOS:

I.- Ejercer la función, de la cual solo podrán ser separados en los casos y términos previstos por la ley del notariado;

II.- Percibir los honorarios que autorice el arancel por los actos, hechos y procedimientos en que intervengan”;

Con respecto a esta fracción queremos hacer mención a una reflexión muy importante, si la aplicamos a *contrario sensu*, señala que todos los ciudadanos que aspiran a tener una certeza jurídica y darle forma legal a un acto, hecho jurídico ó cualquier otra situación permitida por la ley, **tienen la obligación de pagar** al notario lo que marque el arancel, por lo que la función del notario deja de ser pública para convertirse en privada, ya que exclusivamente tienen acceso a sus servicios aquellas personas que están en posibilidad de cubrir los honorarios establecidos, por el arancel, dejando sin posibilidad de tener una certeza jurídica a todos los demás gobernados que carezcan de la posibilidad económica para cubrir dicho gasto.

“III.- “Permutar sus notarías, previa autorización del gobernador del Estado, quién escuchará la opinión del colegio de notarios;

IV.- “Asociarse con otro notario del mismo lugar de residencia en los términos que autorice el gobernador del Estado, quien escuchara la opinión del colegio de notarios;

V.- “Solicitar al gobernador del Estado su reubicación en una notaría vacante o de nueva creación, quien resolverá escuchando la opinión del colegio de notarios;

VI.- “Separarse de su cargo en los términos que autorice la ley del notariado para el Estado de México;

VII.- “Excusarse de actuar:

a.- “En días festivos y horas que no sean de oficina, salvo que se trate de testamentos u otros casos de urgencia o de interés público.

b.- “Por causa justificada que le impida encargarse del asunto de que se trate, siempre que haya otra notaría en el mismo lugar de residencia.

VIII.- “Los demás que les otorguen otros ordenamientos.”

SON OBLIGACIONES DE LOS NOTARIOS.

Las contempladas en el artículo 20 de la Ley del Notariado para el Estado de México mismos que a la letra dicen:

“I.- Ejercer la función notarial con probidad, diligencia, eficiencia e imparcialidad, constituyéndose en consejero de quienes soliciten sus servicios”;

Esta fracción desde nuestro punto de vista se contradice al manifestar que debe de conducirse con imparcialidad y a la vez señala que se constituyen en consejero de quienes soliciten sus servicios, ya que es evidentemente imposible ser al mismo tiempo imparcial y consejero de quienes soliciten sus servicios; ó en otro supuesto si es consejero podría omitir situaciones que perjudicarían a terceras personas con intereses directos y opuestos en el acto u hecho jurídico a realizarse.

II.- “Guardar secretos de los actos pasados ante ellos salvo de los que requieran la secretaría, las autoridades jurisdiccionales o el ministerio público;

III.- “Ejercer sus funciones cuando sean solicitados o requeridos, siempre que no exista para ello algún impedimento o motivo de excusa;

IV.- “Pertener al colegio;

V.- “Actualizar durante los primeros treinta días hábiles de cada año la garantía a que se refiere la fracción II del artículo 18 de la Ley del Notariado Para el Estado de México, atendiendo a los criterios generales de incremento de los salarios mínimos debiendo mantenerla vigente durante todo el año siguiente a aquel en que haya dejado de ejercer en forma definitiva;

VI.- “Sujetarse al arancel para el cobro de sus honorarios;

VII.- “**Abstenerse de actuar** cuando no les sea aportada la documentación necesaria o no les sean cubiertos los montos por concepto de impuestos, derechos y gastos que se generen;

VIII.- “Mantener abiertas sus oficinas por lo menos ocho horas diarias en días hábiles y realizar guardias los fines de semana, días festivos e inhábiles en los casos previstos por la ley;

IX.- “Reanudar sus funciones dentro de los quince días hábiles siguientes al de la terminación de la licencia o de la suspensión;

X.- “Los demás que les impongan la ley del notariado y otros ordenamientos.”

IMPEDIMENTOS DE LOS NOTARIOS

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 21 de la ley del notariado son impedimentos de los notarios:

I.- Desempeñar cualquier empleo, cargo o comisión pública o privada remunerada; ejercer como abogado postulante o agente de cambio; La actividad de comerciante, de corredor público o ministro de cualquier culto;

II.- “Intervenir en actos por sí o en representación de otros, o su cónyuge, sus parientes consanguíneos o afines en línea recta sin límite de grado, los consanguíneos en la colateral hasta el cuarto grado y los afines en la colateral hasta el segundo grado;

III.- “Ejercer sus funciones cuando el, su cónyuge o alguno de sus parientes en los casos que expresa la fracción anterior, o personas de quienes alguno de ellos sea

apoderado o representante legal en el caso de que se trate de autorizar, tengan interés.

“Este impedimento se entenderá para el notario suplente, asociado o interino, cuando actúe en el protocolo del suplido, asociado o titular, respectivamente.

IV.- “Recibir dinero o documentos a su nombre que representen numerario, a menos que se trate de honorarios o del monto de los impuestos y derechos que deberán pagar con motivo del ejercicio de sus funciones;

V.- “Establecer oficina en lugar diverso al registrado ante la secretaría, para atender al público en trámites relacionados con la notaría a su cargo;

VI.- “Los demás que establezcan otros ordenamientos.

“Como excepción al artículo anterior los notarios podrán:

I.- “Desempeñar la docencia y cargos de beneficencia;

II.- “Actuar en ejercicio de su profesión en asuntos propios, de su cónyuge, ascendientes, descendientes y demás parientes por consanguinidad o afinidad hasta el cuarto grado;

III.- “Desempeñar el cargo de secretario de asociaciones civiles o sociedades sin ser miembro del consejo directivo o de administración;

IV.- “Ser tutor curador o albacea;

V.- Dar consultas jurídicas de acuerdo a su función;

VI.- “Patrocinar a los interesados en trámite para obtener el registro de testimonios de escrituras así como de los fiscales, administrativos y judiciales relacionados con los impuestos y derechos que causen los actos pasados ante ellos”.

Es innegable la importancia que tiene la participación del notario en nuestra sociedad al dar certeza jurídica de los actos y hechos jurídicos principalmente, pero también debemos de observar que no todos los gobernamos tenemos acceso a dicho servicio debido al costo tan elevado que por su servicio se cobra ya que por sobre todos los argumentos que hacen los tratadistas en su favor, son particulares y cobran siempre por un servicio que le corresponde dar al Estado pero este no cuenta con la estructura necesaria para cubrir esa función.

2.6. ACTO JURÍDICO, HECHO JURÍDICO Y FE PÚBLICA.

Para el desarrollo del presente trabajo de tesis es de suma importancia que estos tres puntos queden perfectamente claros y definidos, primero en el sentido estricto, es decir, como lo señala la ley; posteriormente haremos referencia a la opinión de prestigiados juristas que se mencionaran en su momento.

HECHO JURÍDICO.

El Código Civil vigente para el Estado de México en su artículo 7.4. Define al hecho jurídico como “Hecho jurídico es el acontecimiento natural o humano, voluntario o involuntario que sea supuesto por una disposición legal, para producir consecuencias de Derecho para crear, transmitir, modificar o extinguir derechos o deberes jurídicos o situaciones jurídicas concretas”.

El presente ordenamiento legal señala los hechos jurídicos que son fuente de obligaciones: “artículo 7.5 para los efectos de este ordenamiento se entiende que:

I.- Los hechos jurídicos realizados sin la participación o sin la acción del hombre, son los fenómenos de la naturaleza que producen consecuencias de derecho;

II.- “Los hechos jurídicos efectuados con la participación del hombre se denominan biológicos, y son los relacionados con éste en su nacimiento, vida, capacidad o muerte;

III.- “Los hechos jurídicos realizados con la acción del hombre son voluntarios, involuntarios y contra la voluntad.”

Para dejar clara la definición de hecho jurídico en el presente trabajo de investigación, haremos referencia a varias definiciones de prestigiosos doctrinarios, comenzando por los razonamientos que realiza Francesco Carnelutti⁴⁹ quién refiere dos clasificaciones una general y otra especial relativas al derecho Civil:

“A.- Atendiendo a su naturaleza: examinados desde este ángulo, los hechos jurídicos aparecen divididos en dos grupos: Naturales o causales y humanos o voluntarios. Como las denominaciones lo indican los primeros son fenómenos de la naturaleza y los segundos acontecimientos voluntarios, a los que la ley enlaza consecuencias de derecho. Los últimos son también conocidos como actos jurídicos.

“B.- Hechos Jurídicos de acuerdo a los efectos que producen; desde este punto de vista divídanse en hecho de eficacia principal y de eficacia secundaria. “se habla de eficacia secundaria cuando el hecho no tiene efectos sino uno a otro, cuya eficacia modifica”. Los de eficacia principal pueden provocar por sí mismos consecuencias de derecho. A los de eficacia secundaria se les llama también condiciones jurídicas.”

49 García Maynes, Eduardo. Introducción al estudio del derecho. 49ª. edición. Editorial Porrúa. México 1998. Pág 180.

A continuación haremos mención a lo que refiere Fernando Flores Gómez González⁵⁰ quién establece: “son hechos jurídicos aquellos acontecimientos involuntarios que producen efectos en el campo del derecho, tales como el nacimiento, la muerte, el parentesco”. Los efectos jurídicos que producen los hechos jurídicos en el campo del derecho son originar, modificar, transferir y extinguir derechos y obligaciones que hayan surgido de esos mismos hechos.” Como ejemplo de lo anterior podemos citar los efectos que surgen en el campo del Derecho, el nacimiento ya que desde el momento en que él ser humano es concebido, se convierte en sujeto de derechos debido a la capacidad de goce que le atribuye la ley, además como efecto inmediato debido a su nacimiento, ser registrado en el libro correspondiente de la oficialía del registro civil”.

Para concluir este concepto haremos referencia a lo que menciona Felipe Clemente de Diego⁵¹ quien dice: “Hecho es lo mismo que suceso acaecido en la realidad; si este suceso trae aparejado consecuencias de derecho, porque origina, modifica o extingue una relación jurídica se denomina hecho jurídico: importa poco la cualidad de la gente sea la naturaleza o el hombre, en cuanto aporte modificaciones a las relaciones de derecho, no podrá dejar de llamarse jurídico. Podemos afirmar que el derecho nace del hecho, por lo que los hechos jurídicos serán todos aquellos acontecimientos naturales o del hombre que sin intervenir su voluntad para producir consecuencias de derecho se originan estas.”

Desde nuestro punto de vista ambos conceptos mencionados con anterioridad tienen algo de razón, sin embargo coincidimos con el que menciona Felipe Clemente de Diego ya que efectivamente todo acontecimiento que transcurre en la realidad y como consecuencia de este suceso trae consecuencias de derecho, sin importar la cualidad de la persona o el acontecimiento, siempre y cuando produzca efectos de derecho.

50 Flores Gómez González, Fernando. Nociones de Derecho Positivo Mexicano. 19ª edición. Editorial Porrúa. México 1980. Pág 70.

51 Clemente de Diego, Felipe. Instituciones de Derecho Civil 1. Tomo 1. Edit. Porrúa. Pág. 289.

ACTO JURÍDICO

El artículo 7.6 del Código Civil vigente en la entidad lo define: “Acto jurídico es toda declaración o manifestación de voluntad hecha con el objeto de producir consecuencias de derecho”.

Para que tenga validez el acto jurídico se requieren elementos de existencia y elementos de validez.

Sus elementos de **existencia** son:

- I.- Consentimiento.
- II.- Objeto.
- III.- Solemnidad en los casos que así lo disponga la ley.

Sus elementos de **validez** son:

- I.- Capacidad.
- II.- Ausencia de vicios en el consentimiento.
- III.- Que el objeto motivo o fin sea lícito.
- IV.- Formalidades, salvo las excepciones establecidas en la ley.

Una vez que se han reunido los elementos de existencia y validez antes mencionados el acto jurídico produce consecuencias de derecho mismo que se define en el artículo 7.9 del Código sustantivo de la materia que a la letra dice “El autor o autores del acto jurídico, adquieren derechos y contraen o imponen obligaciones”.

Para dejar claro este concepto haremos referencia a lo afirmado por varios prestigiados doctrinarios, iniciando por Eduardo García Maynez⁵²: quién apoya lo dicho por Bonnacase quién afirma “el acto jurídico es una manifestación exterior

52 García Maynes Eduardo. Introducción al Estudio del Derecho, 49ª. Edición, Editorial Porrúa. México 1998. Pág. 183.

de voluntad, bilateral o unilateral, cuyo fin directo consiste en engendrar, con fundamento en una regla de derecho o en una institución jurídica, a cargo o en provecho de una o varias personas, un estado, es decir una situación jurídica permanente y general o, por el contrario, un efecto de derecho limitado, relativo a la formación, modificación o extinción de una relación jurídica.”

La gran mayoría de los autores han definido el acto jurídico como el “hecho jurídico voluntario. Se dice que es la manifestación de voluntad encaminada a la producción de efectos jurídicos tales como la modificación, creación o extinción de una relación jurídica. El tratadista Alessandri Rodríguez⁵³ expresa: “clásicamente el acto jurídico se define como la manifestación de voluntad que se hace con la intención de crear, modificar o extinguir un derecho”.

De acuerdo con lo anterior, dos serían las características que la doctrina clásica asigna al acto jurídico:

- a.- la manifestación de voluntad de una o más personas, y
- b.- la intención de producir efectos jurídicos

Por otra parte Fernando Flores Gómez González⁵⁴ hace referencia que “el acto jurídico es una manifestación de voluntad del hombre, hecha con el propósito de producir consecuencias jurídicas. Sea dicho también que es la realización querida o al menos previsible, de un resultado exterior.

“El acto jurídico, como podrá apreciarse presupone, además de actividad del hombre, el propósito primordial de producir efectos de derecho”..

De los razonamientos anteriores podemos concluir lo siguiente:

53 Rodríguez, Alessandri. Tratado de los Derechos Reales. Tomo I. 6ª Edición. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. 1997. Pág 115.

54 Op. Cit. Pág 75.

El acto jurídico es el instrumento que tienen las personas para regular sus diversos intereses.

FE PÚBLICA

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

En el sistema jurídico mexicano, el notariado, sin formar parte de la organización del poder ejecutivo, es vigilado y disciplinado por él. Por disposición de ley recibe la fe pública del Estado por medio del titular del mencionado poder ejecutivo.

Y hablar de la fe pública nos lleva queramos o no, al concepto de la fe. Fe significa: creer en aquello que no se ha percibido directamente por los sentidos “acepto lo que el otro dice; acepto que tal acontecimiento es cierto; creo que tal acto efectivamente se realizó. Si los acontecimientos se hubiesen percibido directamente por los sentidos, estaríamos en presencia de una evidencia y no de un acto de fe⁵⁵”.

Desde luego existen otros autores que tienen su particular punto de vista acerca de la fe pública por ejemplo Jiménez-Arnau⁵⁶ considera que debe de entenderse que la aceptación vulgar de la idea de la fe pública no coincide con el sentimiento jurídico que la expresión tiene: “jurídicamente la fe pública supone la existencia de una verdad oficial cuya creencia se impone en el sentido que no se llega a ella por un proceso espontáneo cuya resolución queda a nuestro albedrío, sino por virtud de un imperativo jurídico o coacción que nos obliga a tener por cierto determinados hechos o acontecimientos sin que podamos decidir autóctonamente sobre su objetiva verdad cada uno de los que formamos el ente social”. Así pues, dice el concepto jurídico de fe pública es: “La necesidad de carácter público, cuya misión es robustecer con una presunción de verdad los hechos o actos sometidos a su amparo, queramos o no queramos creer en ellos”.

55 Cfr. Pérez Fernández del Castillo, Bernardo. Derecho Notarial. Editorial Porrúa. México. 2001. Pág 174

56 Gimenez Arnau, Enrique. Derecho Notarial. Edit. Funsu Navarra, Pamplona 1976. pp. 35.

Para otros autores⁵⁷, “la fe pública es la garantía que da el Estado que son ciertos determinados hechos que interesan al derecho”.

Otros puntos de vista son los siguientes:

“A.- Es una presunción de verdad⁵⁸ .

“B.- Es un imperativo jurídico o verdad oficial impuesta por el Estado, vigente mientras no se pruebe su falsedad,⁵⁹

C.- Creer en la realidad de las apariencias (de lo que aparentemente a sucedido y es legal), de imperativo jurídico o de coacción que nos obliga a tener por validos determinados hechos o acontecimientos sin que podamos decidir originalmente sobre su verdad objetiva.”⁶⁰

Para concluir, señalaremos que la fe pública es un atributo del Estado ejercida a través de los órganos Estatales.

La fe publica presenta las siguientes modalidades: la notarial representada por la actividad del notario dirigida a la autorización de los contratos y demás actos jurídicos extra judiciales; la registral, que se refiere a lo hecho constar por el Registrador de la Propiedad y del Comercio en los libros de registro a su cargo; la judicial, atribuida anteriormente únicamente al secretario y actuarios judiciales y en la actualidad otorgada a los magistrados, jueces, secretarios, ejecutor y notificador en su calidad de autenticadores de las actividades del proceso y por ultimo la mercantil, confiada a los corredores de comercio en relación con sus funciones características.

“Es muy importante señalar que la fe pública siempre debe constar en forma documental, la tiene y crea el Estado con el fin de brindar seguridad jurídica.”⁶¹

57 Bollini A., Jorge y Gardel, Juan A. Fe de conocimientos. Buenos Aires 1969. Pág. 22

58 Cfr. Giménez Arnau Enrique. Derecho Notarial. Editorial Funsu Navarra. Pamplona. 1976. Pág. 37.

59 Cfr. Carral y de Teresa, Luís. Derecho Notarial y Derecho Registral. Editorial Porrúa. México. 1984. Pág. 52 y 60.

60 *Ibidem*. Nota núm. 59.

61 Hellig Ríos, Jorge. La Práctica del Derecho Notarial. Segunda Edición. Editorial Mc Graw Hill. México 1996, pp 65.

El concepto jurídico de la fe pública es: “La necesidad de carácter público, cuya misión es robustecer, con una presunción de verdad los hechos o actos sometidos a su amparo, queramos o no queramos creer en ellos”.

Para aterrizar una idea concreta a la presente investigación desde nuestro particular punto de vista consideramos que la legislatura local al darles esta atribución no contemplo una situación vital en perjuicio de las personas que recurren al notario para la tramitación de una sucesión, ya que existe jurisprudencia expresa que menciona “que la fe pública de los notarios **no sirve** para demostrar lo que esta fuera de sus funciones, ni menos para invadir terrenos reservados a la autoridad judicial”; situación que claramente se puede apreciar de la lectura del artículo 141 de la Constitución local que a la letra dice: “Ninguna autoridad que no emane de la Constitución y las leyes federales o de la constitución y las leyes de la entidad podrá ejercer mando ni jurisdicción en el Estado”; la tesis jurisprudencial que hacemos referencia a la letra dice:

NOTARIOS. SU INTERVENCIÓN EN MATERIA JUDICIAL.

La fe publica que tienen los notarios no sirve para demostrar lo que esta fuera de sus funciones, ni menos para invadir terrenos reservados a la autoridad judicial, como evidentemente lo están la recepción de declaraciones y las vistas de ojos, ya que estas pruebas deben prepararse en tiempo y recibirse por el juez con citación de la contraria, para que esta se halle en condiciones de repreguntar o tachar a los testigos y hacer las observaciones que en las inspecciones oculares estimen oportunas.

Tomo CXXIII-Antonio Martínez Camacho. Mayoría de cuatro votos. A.D. 918/1958 A.D. 1678/1957- José Luís Espinoza. 5 votos. Sexta época, vol II, cuarta parte, pag 121.

A.D. 2545/1956- Carlos Herran Rubio. 5 votos sexta época, volumen XIII, cuarta parte, pag 259.

A.D. 5597/1961- Guillermo Gómez Arzapalo. 5 votos. Sexta época, vol LXIII, cuarta parte, pag 40.

A.D. 5934/1956- Alma Leticia Ceballos D. 5 votos. Sexta época, vol XXI, cuarta parte, pag 113.

Jurisprudencia 241 (sexta época), pág 759, volumen 3^a. Sala cuarta parte apéndice 1917-1975; anterior apéndice 1917-1965, jurisprudencia 228, Pág. 723. (En nuestra actualización I civil, tesis 1609 pág. 804).

CAPITULO TERCERO

OBLIGACIONES DEL ESTADO DE OTORGAR SEGURIDAD JURÌDICA

En las relaciones entre gobernantes, como representantes del Estado, y gobernados, se suceden múltiples actos, imputables a los primeros, que tienen a afectar la esfera jurídica de los segundos. En otras palabras, el Estado, en ejercicio del poder de imperio que es titular como entidad jurídica y política suprema con substantividad propia, desempeña dicho poder sobre y frente a los gobernados por conducto de sus autoridades. El Estado, al desplegar su actividad de imperio, al asumir su conducta autoritaria, imperativa y coercitiva, necesariamente afecta la esfera o ámbito jurídico que se atribuye a cada sujeto como gobernado, bien sea en su aspecto de persona física o de entidad moral. Todo acto de autoridad, emanado por esencia del Estado y desempeñado por los diferentes órganos autoritarios estatales creados por el orden de Derecho, tiene como finalidad inherente, imbibita, imponerse a alguien de diversas maneras y por distintas causas; es decir, todo acto de autoridad debe afectar a alguna persona moral o física en sus múltiples derechos: vida, propiedad, libertad, etc.

Dentro de un régimen jurídico, esto es dentro de un sistema que impere el Derecho, bien bajo un régimen normativo legal o bajo un aspecto consuetudinario, es afectación de diferente índole o múltiples y variadas consecuencias que opera en el estatus de cada gobernado, debe obedecer a determinados principios previos, llenar ciertos requisitos, en síntesis, debe estar sometidas a un conjunto de modalidades jurídicas, sin cuya observancia no sería válida desde el punto de vista del Derecho.

Ese conjunto de modalidades jurídicas a que tiene que sujetarse un acto de cualquier autoridad para producir válidamente, desde un punto de vista jurídico la afectación en la esfera del gobernado a los diversos derechos de este, y que se traduce en una serie de requisitos, condiciones, elementos, etc, es lo que

constituyen las garantías de seguridad jurídica. Estas implican, en consecuencia, un conjunto general de condiciones, requisitos, elementos o circunstancias previas a que debe sujetarse una cierta actividad estatal autoritaria para generar una afectación válida de diferente índole en la esfera del gobernado, integrada por el *summum* de sus derechos subjetivos. Por ende, un auto de autoridad que afecte el ámbito jurídico particular de un individuo como gobernado, sin observar dichos requisitos, condiciones, elementos o circunstancias previas no será válido a la luz del Derecho.

La seguridad jurídica *in genere*, al conceptuarse como el contenido de varias garantías individuales consagradas por la ley fundamental, se manifiesta como la sustancia de diversos derechos subjetivos públicos, individuales de los gobernados oponibles y exigibles al Estado y a sus autoridades, quienes tienen la obligación de acatarlos u observarlos. Esta obligación Estatal y autoritaria es de índole activa en la generalidad de los casos tratándose de las diferentes garantías de seguridad jurídicas, o sea, que el Estado y sus autoridades deben desempeñar, para cumplir dicha obligación actos positivos, consistentes en realizar todos aquellos hechos que impliquen el cumplimiento de todos los requisitos, condiciones, elementos o circunstancias exigidas para que la afectación que generan sea jurídicamente válida.

“A diferencia de la obligación Estatal y autoritaria que se deriva de la relación jurídica que implican las demás garantías individuales, y que ostenta una naturaleza negativa en la generalidad de los casos, la que dimana en las garantías de seguridad jurídica es eminentemente positiva en términos generales, ya que se traduce, no en un mero respeto o en una abstención de vulnerar, sino en el cumplimiento efectivo de todos aquellos requisitos, condiciones, elementos o circunstancias, etc cuya observancia sea jurídicamente necesaria para que un acto de autoridad produzca válidamente la afectación particular en la esfera del gobernado, que este destinado a realizar. Así, verbigracia, si a una persona se le pretende privar de su libertad por un acto autoritario, se le debe oír en defensa de

acuerdo con las formalidades esenciales del procedimiento, etc. requisitos o condiciones para cuya observancia la autoridad debe desempeñar una conducta positiva.”⁶²

3.1- INTERES PÚBLICO

El objetivo primordial de esta investigación, los suscritos lo justificamos aspirando a dar una respuesta y satisfacer la necesidad de la sociedad de concretar una verdadera certeza y seguridad jurídica ya que la totalidad de las necesidades humanas además de las materiales implica también la necesidad de justicia y certidumbre jurídica si tomamos en cuenta que las mismas tienen un lugar relevante en el desarrollo de la vida social. “En todo sistema jurídico se puede observar que no es posible proteger a un Juez o servidor público deshonesto que permiten la concentración del poder y los recursos financieros y materiales que toleran procesos jurídicos retardados, inseguridad social, incertidumbre, y que limitan el acceso pleno del hombre a la justicia”⁶³. De la idea anterior podemos señalar que el espíritu de la ley nunca debe de ir dirigido a proteger los intereses de particulares sobre el derecho de la colectividad y mucho menos el legislador al momento de ejercer su función puede ir en contra de las disposiciones legales establecidas en la constitución local, como aconteció en el tema que nos ocupa otorgándoles facultades o atribuciones contrarias; por lo tanto, podemos sostener que la evolución del derecho administrativo consiste en mantener el equilibrio de manera eficiente, entre la administración y las necesidades individuales; la legalidad debe asumir un contenido social, justamente por la transferencia de intereses individuales a públicos. Debe definirse al interés público como el derecho mismo; ya que su espíritu nunca debe de ir encaminado a proteger intereses particulares contra los intereses de la colectividad.

62 Cfr. Burgoa, Ignacio, Las garantías individuales, décima edición, editorial porrúa, s.a, México, 1977, pág 508 y 509.

63 Cfr. Ponce de León Armenta, Luís. Metodología del Derecho, Editorial Porrúa, México, 2002, Pág. 02

A continuación haremos mención a una definición que realiza el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM⁶⁴ sobre este punto: “Es el conjunto de pretensiones relacionadas con las necesidades colectivas de los miembros de una colectividad y protegida mediante la intervención directa y permanente del Estado.

II.-“Las numerosas y diversas pretensiones y aspiraciones que son tuteladas por el derecho se pueden clasificar en dos numerosos grupos. En el primero se incluyen las pretensiones que tienen a satisfacer las necesidades específicas de los individuos y grupos sociales; dichas pretensiones constituyen el interés privado que tiene la característica de que al ser satisfechas se producen beneficios solamente para determinadas personas. Por el contrario en el segundo grupo se encuentran las pretensiones que son compartidas por la sociedad en su conjunto, y cuya satisfacción origina beneficios para todos los integrantes de una colectividad. Esas últimas pretensiones son garantizadas mediante la actividad constante de los órganos del Estado para referirse a ellas se utiliza la expresión interés público”.

De lo anterior deducimos que la administración pública debe dar respuesta a las necesidades colectivas de los gobernados y para ello requiere de una organización eficiente, debe tener unidad, uniformidad, singularidad, responsabilidad, subordinación y precedencia esto último en el sentido de actualidad cuando se refiere a la función pública considera que el empleo público es el desempeñado por una persona investida por la administración pública de acuerdo con los procedimientos y modalidades legales.

El servidor público debe tener un carácter jurídico, moral y profesional a la vez, debe ser leal al interés público.

64. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. Diccionario Jurídico Mexicano. Sexta edición. Editorial Porrúa, México 1993, Pág 1779.

Concluimos que la forma de satisfacer al interés público es a través del servicio público directo o indirecto con control estatal. El elemento de obligatoriedad recae sobre de quién tiene a su cargo la ejecución de dicho servicio.

Los usuarios están obligados al pago de impuestos pero la clave estriba en que el capital invertido en la ejecución del servicio público permita el mantenimiento y desarrollo del mismo.

Después de haber consultado diversos doctrinarios, los suscritos consideramos que la finalidad superior del acto administrativo es el interés público conceptos que deben estar vinculados de tal manera que no pueda justificarse un acto administrativo sin invocar un interés público; ya que el grado de desarrollo al progreso de un país se mide por él grado de organización o prestación de sus servicios públicos, así como la satisfacción y complacencia de los usuarios que los utilizan.

El debilitamiento de un principio de autonomía de la voluntad y la implantación de formulas contractuales con carácter general, constituyen en la actualidad los presupuesto del contrato administrativo; en este contrato es siempre una de las partes la administración pública actuando como tal pero siempre debe hacerlo en beneficio del interés publico.

Toda vez que en la actividad de fomento participan voluntariamente los particulares, esta actividad administrativa indirecta debe estar orientada a satisfacer las necesidades generales de la población.

El Estado tiene la obligación de prestar un servicio al público para satisfacer las necesidades de interés social como son: de autenticidad, certeza y seguridad jurídica, pero al no tener una estructura propia que satisfaga algunas de estas necesidades, el Estado le concede al notario un lugar y lo ubica dentro de la administración publica, ya que en la actualidad pertenece a una descentralización

por colaboración. Es decir, la descentralización se considera una forma jurídica en la cual se organiza la administración pública y el legislador crea entes públicos dotados de personalidad jurídica y patrimonio propio, responsables de una actividad específica de INTERÉS PÚBLICO, mediante esta organización y acción administrativa se atienden básicamente servicios públicos específicos. Es una forma jurídica que se emplea para la realización de actividades estatales, principalmente los relacionados con la materia fedante.

Como ya se menciona en la justificación del tema del presente trabajo, una de las finalidades propias del Estado, es proporcionar certeza y seguridad jurídica, la que se realiza por medio del servicio público notarial. De ahí la obligación del notario para actuar y prestar sus servicios cuando sea requerido por cualquier persona.

Es de suma importancia para el presente trabajo de investigación definir y precisar de manera clara que es el **interés y orden público** ya que dichos conceptos no se explican en las leyes del notariado para el Distrito Federal y para el Estado de México ya que en el primer ordenamiento antes mencionado en el artículo 1 señala: artículo 1. - “El objeto de esta ley es regular con carácter de orden e interés público y social la función notarial y al notariado en el Distrito Federal”; por lo que respecta al segundo ordenamiento es decir la Ley del Notariado del Estado de México señala: artículo 1. - “La presente Ley es de orden público y de interés social, tiene por objeto regular a la institución del notariado y la función de los notarios en el Estado de México”. De los anteriores artículos encontramos en común que ambas legislaciones son de orden público, interés público y social, por lo tanto para entender el espíritu de las mismas es necesario dejar precisados los conceptos mencionados, y como se desprende del párrafo anterior el interés público ya ha quedado definido, por lo que procedemos a definir el concepto de ORDEN PÚBLICO, la Suprema Corte de Justicia de la Nación⁶⁵ ha dicho que

65 Orden Público. Si bien es cierto que la estimación del orden público en principio corresponde al legislador al dictar una ley, no es ajeno a la función de los juzgadores apreciar su existencia, en los casos concretos que se les sometan para su resolución. Resulta pues, indudable que los Jueces, en casos determinados, pueden calificar y estimar la existencia del orden público con relación a una ley, y no podrían declarar estos que no siendo ya aplicable una ley en los conceptos que la

corresponde al Juez y al legislador determinar el orden público a su capricho. Podemos **afirmar que el orden público es un estado de bienestar proporcionado por el poder público.**

Con relación al orden público es de advertirse que cuando se trasgrede se producen una serie de consecuencias jurídicas como la no-suspensión del acto reclamado en materia de amparo, cuando se afecta el orden público como lo señala el artículo 6 del código Civil para el Distrito Federal acarrea únicamente la nulidad de los actos ya que únicamente son renunciables los derechos privados que no afecten directamente el interés público, cuando dicha renuncia no perjudique a derechos de terceros.

3.2- OBLIGACIÓN DEL ESTADO DE CUBRIR AL INTERES PÚBLICO

De acuerdo a la exposición de motivos contemplado en el tercer párrafo de la ley del notariado vigente en el Estado de México, señala: “la presente administración es resultado de un ejercicio democrático, por lo tanto es un gobierno cercano a la comunidad, con altos valores éticos y con sentido humano, cuyo objeto, entre otros, es garantizar el estado de derecho, la integridad y el patrimonio de las personas, la paz social y la justicia a través del desarrollo integral del Estado”.

Del párrafo anterior deducimos que tal justificación a la existencia de la ley del notariado no refleja lo establecido en la exposición de motivos antes señalada tomando en cuenta que como es de observarse en el ordenamiento antes mencionado que al notario, comúnmente conocido o erróneamente denominado notario público se le dan cada vez mayores atribuciones; por lo tanto cada ciudadano en su carácter de gobernado y al intentar tener una certeza jurídica al dirigirse a cualquiera de los profesionales del Derecho investidos de fe pública por el gobernador del Estado de México, va teniendo menores posibilidades de cubrir la cantidad que estos les imponen para dar fe de los actos jurídicos, hechos

información por cuestión de orden público, conserva aún ese carácter y que subsisten sus finalidades. Quinta época, tomo XXVI- Inclan Cenobio C. Pág. 1533.

jurídicos, arbitraje o procedimientos no contenciosos, y que consiste en el arancel correspondiente aplicable para las notarías establecidas; de la situación anterior **se puede observar que el Estado al delegar cada vez más funciones a los notarios deja de cumplir una de sus funciones mas importantes que es la de otorgar certeza y seguridad jurídica a los gobernados en forma gratuita o en su caso cobrando los derechos correspondientes, los cuales serían en beneficio del propio Estado** , ya que si bien es cierto ha delegado o creado la institución del notario, también lo es que todo gobernado al querer dirigirse a los fedatarios antes mencionados tienen que pagar es decir desprenderse de su patrimonio para cubrir una necesidad que el Estado dentro de sus funciones esenciales debe proporcionar ó en su caso crear una estructura para que en caso de cobrar por los servicios antes mencionados, a su vez los recursos que perciba los devuelva a la sociedad en otros servicios y de esta forma cumplir con otra de sus funciones; ya que de no ser así; los fedatarios en mención dejan de ser notarios públicos para asumir la función de **notario privado**, es decir si no cobran el arancel que la ley establece en su beneficio, el notario tiene el derecho de abstenerse de llevar a cabo cualquiera de las funciones contempladas en el Código Civil, Código de Procedimientos Civiles, Ley del Notariado y Código de Comercio.

Por lo tanto, desde nuestro punto de vista: el Estado para cubrir la obligación de otorgar certeza y seguridad jurídica a los gobernados, debe crear alguna otra institución o estructura que dependa directamente de él, que realice las funciones notariales, para que el Estado cumpla verdaderamente con una de sus finalidades esenciales la cual es la de brindar una completa, verdadera certeza y seguridad jurídica a todos los gobernados, sin distinción de clases sociales por el hecho que solo pueden acceder a ella los que tienen la posibilidad de cubrir el costo que señala el arancel correspondiente; hasta que no se realice lo antes expuesto: consideramos que la institución notarial queramos o no, es muy importante para la sociedad por la función que el Estado le ha concedido, y el mismo Estado no a creado otro medio de otorgar certeza y seguridad jurídica a los actos que se

realizan en situaciones cotidianas entre las personas que viven en la sociedad (salvo por lo que respecta a los procedimientos no contenciosos y al centro de medicación ya que dicha función se encuentra plenamente cubierta por el Tribunal Superior de Justicia de la entidad).

3.3- IMPOSIBILIDAD REAL

El Estado tiene la obligación de prestar los servicios que sean necesarios a los gobernados para satisfacer las necesidades de interés social, de autenticidad, certeza y seguridad jurídica, pero al no tener una estructura propia que satisfaga estas necesidades, el Estado le concede a la figura del notario un lugar y lo ubica dentro de la administración pública, ya que en la actualidad pertenece a una descentralización por colaboración. Es decir, la descentralización se considera una forma jurídica en la cual se organiza la administración pública y el legislador crea entes públicos dotados de personalidad jurídica y patrimonio propios, teniendo una actividad específica de INTERÉS PÚBLICO, mediante esta organización y acción administrativa se atienden básicamente servicios públicos específicos. Es una forma jurídica que se emplea para la realización de actividades Estatales, principalmente los relacionados con la materia fedante.

Si tomamos en cuenta que una de las finalidades propias del Estado, es proporcionar certeza y seguridad jurídica, la que se realiza por conducto de la función notarial. De ahí la obligación del notario para actuar y prestar sus servicios cuando sea requerido por cualquier persona, obviamente siempre y cuando cubra los honorarios correspondientes.

Retomando la idea anterior, consistente en que una de las funciones esenciales del Estado, desde nuestro particular punto de vista: es que el Estado al crear la figura del notario no cubre en su totalidad la necesidad de la sociedad en satisfacer la certeza jurídica que exigen las leyes a los gobernados al llevar a cabo sus actos y hechos jurídicos, tomando en cuenta que para acceder a dicho

servicio el ciudadano tiene la obligación de cubrir el pago que marque el arancel correspondiente, por lo tanto, no todos los gobernados tienen acceso a este servicio, debido a que muchos obtienen recursos únicamente para cubrir sus necesidades básicas diarias y no pueden desprenderse del pago de los derechos de impuestos del acto jurídico que desean realizar, como por ejemplo de dichos gastos son: actualizarse en el pago de agua, predio, impuesto sobre la renta, certificados de no adeudo etc. y al mismo tiempo cubrir los honorarios del notario que en la mayoría de las ocasiones rebasan con exceso el total del pago de los derechos mencionados.

Para adentrarnos en el desarrollo del presente tema nos parece de suma importancia realizarnos la siguiente pregunta ¿El Estado tiene verdaderamente la imposibilidad de otorgar certeza jurídica a los gobernados?

En la actualidad el Estado por sí mismo no cuenta con una estructura u organización que cubra su obligación de otorgar certeza jurídica a todos los gobernados que la necesiten, los suscritos desde nuestro particular punto de vista únicamente disfrazan cumplir con dicha función ya que la delega en ley a los notarios, mismos que la explotan en beneficio propio.

A continuación nos haremos la siguiente interrogante ¿el Estado puede absorber todas las funciones de los Notario, para otorgar una verdadera certeza jurídica a todos los actos que sean requeridos por los gobernados?

Desde nuestro punto de vista consideramos que el Estado en la actualidad si puede y cuenta con la posibilidad de absorber las funciones de los notarios, ya que como se vio en el tema de **fe pública** la misma es un atributo del Estado que tiene en virtud del *ius imperium*; y tal atributo lo delega al notario, y basándose en este atributo, ejerce su función en representación del ejecutivo del Estado y en beneficio propio. Por lo tanto el Estado al ser titular de este atributo (la fe pública), puede crear una estructura que dependa directamente de él y como consecuencia

estaría en la posibilidad de cubrir la certeza jurídica a todos los gobernados, inclusive podría si lo considera cobrar los derechos correspondientes por su servicio, pero estos recursos irían directamente a las arcas del Estado, y con ellas cubrir el sueldo de los profesionales del Derecho que contrate para desempeñar dicha función y además sobrarían recursos para cubrir otras necesidades sociales.

Por otro lado nos hacemos la interrogante **¿el Estado en verdad tiene la imposibilidad real de cubrir el servicio por lo que respecta a los procedimientos no contenciosos (que como ya hemos mencionados no es más que la tramitación de las sucesiones testamentarias e intestamentarias) y establecer los centros de mediación como alternativas de solución a los conflictos?**

Los suscritos consideramos que el Estado si cubre la función de tramitar todas las sucesiones testamentarias o intestamentarias con o sin controversia y la cubre por conducto del Tribunal Superior de Justicia del Estado de México, mismo que delega esta función a los jueces de primera instancia en materia familiar, mismos que tiene la obligaciones de conocer y por lo tanto resolver sobre que personas tienen derecho a heredar en una sucesión legitima y declarar valido un testamento y como consecuencia de ello **constituir el derecho real** en favor de los denunciante y demás interesados que sean llamados y acrediten su entroncamiento con el de cujus, en la tramitación del juicio sucesorio; así mismo el Tribunal Superior de Justicia antes mencionado, creó el centro de mediación y conciliación, como medio alternativo de solución a los conflictos, mismos que se encuentran ubicados en las cabeceras de los Distritos Judiciales con los que cuenta el Estado, y dicho servicio es gratuito por consecuencia tienen acceso a él todas las personas que lo vean como una alternativa para solucionar sus problemas sin llegar propiamente a un controversia judicial; cabe enfatizar que dichos convenios son emitidos con la fuerza necesaria para reconocer un derecho y resolver un conflicto con la calidad de cosa juzgada, situación que no acontece con las emitidas por los Notarios.

En base al razonamiento anterior, los suscritos consideramos que son innecesarias tales atribuciones a los notarios de la entidad, ya que el Estado en la actualidad cuenta con la estructura necesaria y cubre en su totalidad la necesidad que tienen los gobernados de poder tramitar sus sucesiones legítimas o testamentarias y así mismo con el objeto tratar de evitar litigios largos y costosos para los ciudadanos así como para el Estado, existe la posibilidad de dirigirse al centro de mediación y conciliación, cuyos convenios tienen la característica de ser eficaces, en virtud que se equiparan a sentencias ejecutoriadas y los convenios ante notario no, situación que se tratara con detalle en el capítulo cuatro de la presente tesis.

3.4- CONCESIÓN

La administración pública realiza la actividad administrativa por muy diversos medios, uno de los cuales es la concesión administrativa.

La figura técnico jurídica de la concesión tiene un rasgo peculiar; el que la administración confiere a los particulares nuevos poderes o derechos, ampliando en esta forma su esfera jurídica. Por lo que para el autor Jorge Olivera Toro⁶⁶, “La concesión como institución de Derecho administrativo y generalmente aplicada, es el acto jurídico que tiene un determinado contenido, otorgar a un particular un poder jurídico sobre una manifestación de la administración pública.

Es un acto administrativo constituyente de un derecho subjetivo público

La doctrina jurídica mexicana está acorde en considerar a la concesión administrativa como una de las formas preferentes de colaboración de la actividad privada en la ejecución de la función de algunos actos de la función pública, a esta figura se le ha otorgado un lugar destacado en el estudio del Derecho administrativo, sin embargo se le han dado u otorgado sinónimos que son equívocos los más

66 Olivera Toro, Jorge. Manual de Derecho Administrativo: 5ª. Edición. Editorial Porrúa. México, 1988. Pág 238.

comunes son: “permisos, autorizaciones, licencias”, los cuales a pesar de tener ciertas semejanzas no deben incluirse en la categoría de la concesión.

“Los actos administrativos, se acostumbra distinguirlos, por los efectos que producen; las autorizaciones de las concesiones, las primeras no crean un nuevo Derecho, mientras que las segundas si lo hacen; mientras en el acto administrativo de autorización se actualiza un derecho existente en potencia, en la concesión los particulares usan o aprovechan bienes de dominio directo de la Nación, como las minas, las aguas, y en otras, (motivo de análisis de este trabajo de investigación) se les faculta para la prestación de un servicio público. De esa manera adquiere el particular un derecho sobre un bien u obtienen una facultad que no estaba dentro de su patrimonio.”⁶⁷

Su finalidad es otorgar el ejercicio de determinada actividad dentro de normas especiales o su poder sobre algunas cosas públicas. El particular adquiere un derecho o poder de obrar derivado del Estado quién se lo confiere.

“La administración pública confiere, delega u otorga esas facultades a una persona jurídica, privada o pública, que se denomina el concesionario, el cual adquiere un determinado poder público, que no tenía antes del otorgamiento de la concesión, al mismo tiempo que contrae determinadas obligaciones relacionadas con la concesión”.⁶⁸

A continuación expondremos algunos esbozos de concepto de concesión, para: El maestro **Gabino Fraga**⁶⁹, la concesión “es el acto por el cual se concede a un particular el manejo y explotación de un servicio público o la explotación y aprovechamiento de bienes del dominio del estado”.

67 Cfr. Idem.

68 Alcalá Zamora, Niceto, La Concesión como Contrato y como Derecho Real. 1918, Fernández de Velasco, Recaredo, Teoría jurídica de las concesiones administrativas, Madrid 1918, pp. 156.

69 Fraga, Gabino. Derecho Administrativo. 31ª. Edición. Editorial Porrúa. México. 1992. Pág 242.

Para Otto Mayer⁷⁰ la concesión es: “acto administrativo de determinado contenido. Este contenido debe consistir en que por él se dé al súbdito un poder jurídico sobre una manifestación de la administración pública”.

Para el Maestro Martínez Morales⁷¹, la concesión es “El acto jurídico unilateral por el cual el Estado confiere a un particular la potestad de explotar a su nombre un servicio o bien público que le pertenecen a aquel, satisfaciendo necesidades de interés general”.

Como se aprecia en el presente trabajo de investigación la concesión para el notario, es un poder privilegiado, ya que lo faculta en ley para poder llevar a cabo infinidad de actos jurídicos, los cuales deben ser atribución del Estado, sin embargo los explota en beneficio propio sin rendir cuentas al fisco local, ya que se le considera como un auxiliar para retener impuestos a los gobernados.

SU FINALIDAD

Es muy importante resaltar en la presente tesis que una de las características de la concesión es que, el particular hace suyos los productos o utilidades de la explotación de los servicios concedidos

En términos generales podemos señalar que la explotación de servicio público puede ser descrita en términos generales, diciendo: “acto de derecho público por el cual la administración le encarga temporalmente a una persona, la ejecución de un servicio público transmitiéndole ciertos poderes y efectuándose la explotación bajo su vigilancia y control pero por cuenta y riesgo del concesionario”⁷²

Un apunte que consideramos importante de mencionar es el que señala **Jorge Olivera Toro**⁷³ en el manual de Derecho administrativo y que dice: “Advertimos

70 Mayer, Otto. Citado por Martínez Morales Rafael I; Pág. 34

71 Martínez Morales Rafael. Derecho Administrativo. Editorial Harla. México. 1991. Pág 34.

72 Ibidem. Pág 378

73 Op. Cit. Pág 73.

que no podrán ser materia de concesión aquellas actividades que justifican la existencia del Estado (seguridad Pública), justicia) y las que carezcan de sentido económico y constituyen la competencia administrativa de los órganos, y así quedan para la concesión los servicios de interés público predominantemente económico o la explotación de bienes públicos en ambos casos. El concesionario obtiene una retribución o utilidad.

3.5- PATENTE:

La Ley de Patentes Industriales en su artículo 9 se refiere a lo que debe entenderse por patente: la persona física que realice una invención, moderna de utilidad o diseño industrial, o en su causahabiente, tendrá el derecho exclusivo de su explotación en su provecho, por sí o por otros con su consentimiento, de acuerdo con las disposiciones contenidas en esta ley y su reglamento.

Como bien lo señala Antonio Amor Fernández⁷⁴, “en atención a su naturaleza jurídica debemos entender a la patente como un derecho subjetivo que concede al titular la explotación exclusiva de su invento, con determinadas limitaciones, como la territorialidad y la temporalidad. En consecuencia los intereses del inventor de la patente son contrarios a los de la colectividad. Al primero le interesa el monopolio absoluto, a la segunda, la plena libertad de explotación y, en el terreno internacional, el interés nacional”.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación establece con claridad la naturaleza jurídica de las patentes en la ejecutoria que se menciona a continuación que no obstante de haber sido dictada a la luz de la ley de patentes 1928 todavía guarda actualidad: naturaleza jurídica de las patentes. El acto de donde emana los derechos del titular de una patente de invención es un acto jurídico de Derecho público administrativo, el otorgamiento de la patente por el Estado; en consecuencia, son derechos públicos administrativos que están regidos por leyes

74 Amor Fernández, Antonio. La propiedad Industrial en el Derecho Internacional. Edit. Madrid, Nauta 1965. Pág 41.

administrativas, que son leyes de Derecho público, deben ser; pues, las leyes administrativas las que fijen la naturaleza de esos derechos que salvo determinación expresa de ellas, no quedan sujetas a la clasificación de los bienes y derechos de orden civil. La ley de patentes de invención no hace el envío a la legislación civil para regular los derechos provenientes de una patente, sino solo por lo que concierne a la transmisión de derechos, y es aquella a la que toca determinar el carácter y efecto de las relaciones jurídicas creadas por la patente y, por lo mismo, la clasificación de los derechos de que se trata que la ligera alusión que contiene el artículo 1 cuando dice: "... todo el que haya hecho una invención del carácter establecido por el artículo 2 de esta Ley, tiene el derecho exclusivo conforme al artículo 28 de la Constitución, de explotarla en provecho de sí o por otros, con su permiso, de acuerdo con las condiciones fijas por esta ley y su reglamento. Este derecho se adquiere previa la obtención de la patente respectiva...". Si bien desde el punto de vista rigurosamente doctrinal no pudiera considerarse que el concepto de privilegio de explotación es adecuado para determinar la naturaleza jurídica del derecho de que confiere la patente, por no referirse mas que a la esencia, a la exclusividad de su ejercicio, sin embargo, es suficiente para concluir que el derecho público no le concede la categoría de derecho real o personal, sino que al margen de esta clasificación lo conceptúa como un privilegio.

Toca: A.R.8538/39

Quejoso: Pacheco Rogelio R.

Instancia: Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Fuente: Semanario Judicial de la Federación.

Tomo: LXXI, Pág 931 y siguientes.

Ponente: La Publicación no menciona nombre del ponente.

Disidente: Franco Carreño.

Resuelto: 21 de Enero de 1942.

Por último hablaremos de la limitación que señala la Constitución a ese respecto la Ley Suprema limita los derechos del titular de una patente, al restarles un carácter absoluto, cuando prohíbe la existencia de estancos y monopolios en la República Mexicana, pero aguiza de excepción reconoce el carácter temporal del privilegio que constituyen estas prerrogativas.

Tampoco constituye un monopolio los privilegios que se conceden por determinado tiempo a los autores y artistas para la producción de sus obras y los que para el uso exclusivo de sus inventos se otorgan a los inventores y perfeccionadores de alguna mejora (art. 28).

3.6- CUOTA DE RETORNO

Como ya lo hemos señalado con anterioridad el objetivo o finalidad del Estado es el bien común para todos y cada uno de sus habitantes por lo cual se ve en la necesidad de allegarse de recursos para poder cubrir el gasto público, por lo cual exige de sus gobernados el pago de diversos impuestos y derechos los cuales a su vez les deben ser devueltos en servicios que beneficiaran a la colectividad, es decir, que los gobernados al pagar sus contribuciones dan capital al Estado para que este a su vez les pueda brindar diversos servicios como son carreteras, servicios públicos, educación, etc, esto es a lo que se le llama cuota de retorno pero para poder entender perfectamente lo que esto significa a continuación definiremos el concepto y cual es el fin de los impuestos y derechos.

Para dar una definición concreta y completa de lo que es el **impuesto** tomaremos en cuenta lo señalado por el artículo 2º fracción I del Código Fiscal de la Federación el cual a la letra dice:

“Artículo 2.- Las contribuciones se clasifican en impuestos, aportaciones de seguridad social, contribuciones de mejoras y derechos, las que se definen de la siguiente manera”:

I.- “Impuesto son las contribuciones establecidas en ley que deben de pagar las personas físicas y morales que se encuentren en la situación jurídica o de hecho prevista por la misma y que sean distintas de las señaladas en las fracciones II, III, IV de este artículo”.

Habiendo quedado precisado el concepto de impuesto haremos mención del objeto del mismo.

Los impuestos tienen por fin proporcionar al Estado los recursos necesarios para el ejercicio de sus atribuciones. De acuerdo con lo dispuesto por la fracción IV del artículo 31 de la Constitución federal, el fin de los impuestos no puede ser otro que cubrir los gastos públicos. Es cierto que el impuesto al proporcionar ingresos al Estado, lo capacita para el desarrollo de sus fines, económico, político o social, pero, además el impuesto por si mismo puede ser instrumento para que el Estado desarrolle esos fines.

Por otro lado haremos mención a la definición de lo que son los **derechos**, para lo cual tomaremos en cuenta la fracción IV del artículo antes citado:

“Fracción IV.- Derechos son las contribuciones establecidas en ley por el uso o aprovechamiento de los bienes de dominio público de la nación, así como por recibir servicios que presta el Estado en sus funciones de derecho público, excepto cuando se presten por organismos descentralizados u organismos desconcentrados cuando, en este último caso, se trate de contraprestaciones que no se encuentren previstas en la ley federal de derechos. También son derechos las contribuciones a cargo de los organismos públicos descentralizados por prestar servicios exclusivos del Estado.”

Entre los tratadistas se sostiene que se pagan derechos: “a) En contra prestación de un servicio público particular;⁷⁵b) Cuando el Estado ejerce el monopolio sobre el servicio, pues cuando concurre con los particulares se estará en presencia del pago de un precio privado;⁷⁶c) En la prestación de toda clase de servicios estén o no monopolizados;⁷⁷d) Solo cuando el particular provoca la prestación del servicio;⁷⁸e) como cuando este le es impuesto por una ley;⁷⁹f) Cuando el servicio prestado sea por la administración activa o por la administración delegada del Estado, etc”.⁸⁰

Solo cuando el Estado monopoliza un servicio o un bien podemos aseverar que el precio es público, en virtud de que este se establece atendiendo al interés general. Puede conceptuarse que es grande la importancia de los derechos, como fuente de recursos para el Estado, ya que a través de ellos el poder público recauda fuertes sumas que lo resarcen de las erogadas en la prestación de servicios sobre los que ejerce un poder de monopolio.

El Estado justifica la imposición del pago de derechos expresando que constituyen el equivalente o importe de los servicios prestados por él en forma particular y dado que el interés público en la prestación de estos servicios no es de la misma intensidad que en tratándose de los servicios públicos generales, debe entonces el usuario soportar el costo del servicio. Pero como en nuestra legislación fiscal federal ahora solo se pagan derechos en la prestación de servicios como en la enajenación de bienes, con la característica de que en su prestación o enajenación se ejerza un poder de monopolio por la Federación, se justifica el pago de derechos, atendiendo al monto a pagar, al interés público, por lo que el precio puede estar abajo del costo del servicio, ser el equivalente al costo del servicio o arriba del costo del servicio.

75 Benvenuto Griziotti. Principios de la Política, Derecho y Ciencia de la Hacienda. Editorial Reus. Madrid 1935, 1958. Traducción de E. Rodríguez Mata, notas Jiménez Cisneros. Principi Elemento di Scienza delle Finanze, Cedam, Padua. 1929. Pág 87.

76 Bielsa, R. Derecho Administrativo. Tomo V. Editorial Depalma. Buenos Aires. 1957. Pág 260.

77 Doctrina Mexicana.

78 Dalton, Hugh. Principios de Finanzas Públicas. 1948, 1953. Editorial. Depalma. Buenos Aires. Traducción de Carlos Luzzetti. Principles of Public Finance, Routledge and Keagan, Londres. 1952.

79 Ortega, J. B. Obra en formación Derecho Fiscal.

80 Esta idea la recoge el nuevo Código Fiscal de la Federación en su Art. 2º, Frac. IV.

Por lo anteriormente expuesto daremos nuestro punto de vista con respecto a la función que delega el Estado a los Notarios y los honorarios que estos exigen; si tomamos en consideración que el Estado tiene la obligación de garantizar la certeza jurídica de todos los hechos o actos jurídicos que realizan los ciudadanos la cual no cubre, a lo que únicamente delega su obligación, función que desde nuestro punto de vista no debería delegar ya que el Estado por sí solo cuenta con la posibilidad de formar una estructura y darle el *imperium* inherente que le pertenece como ente de gobierno para poder garantizar a todos los gobernados la certeza jurídica correspondiente; y como ya se vio en líneas anteriores el Estado tiene la facultad de cobrar los derechos que considere en contra prestación a un servicio solicitado, lo cual traería como consecuencia directa que el Estado percibiera grandes cantidades de dinero que servirían para cubrir primeramente la estructura creada y además de ser autosuficiente de dichos recursos sobraría dinero para cubrir otros rubros del gasto público; situación que no se ha aprovechado desde el origen del notario y hasta la actualidad ya que los honorarios que cobran dichos fedatarios son para sus arcas personales, y no retribuyen ningún beneficio a la sociedad, ni al Estado mismo ya que no aporta cantidad alguna al erario, al no rendir cuentas a nadie.

3.7- ATRIBUCIÓN DEL GOBERNADOR DEL ESTADO DE MÉXICO PARA CONCEDER PATENTES DE NOTARIO PÚBLICO SIN ESTAR CONTEMPLADA DICHA FIGURA EN LA CONSTITUCIÓN LOCAL.

Históricamente la facultad de nombrar a los notarios ha correspondido al titular del poder Ejecutivo, hoy presidente de la república y gobernadores de los Estados; en otros tiempos al Rey. No obstante que al ejecutivo le corresponde expedir las patentes de notario, ésta solo debe recaer en la persona que haya satisfecho los requisitos legales.

El Estado de México, no es la excepción ya que el artículo 4 de la ley del Notario señala:

“Artículo 4.- Notario es el profesional del derecho a quién el gobernador del Estado ha otorgado nombramiento para ejercer las funciones propias del notariado, investido de fe pública”.

Como crítica a dicho artículo podemos decir que la función fedante no la ejerce uno de los poderes del Estado (ejecutivo), sino el Estado mismo. Las legislaturas locales dentro de las leyes notariales más recientes atacan esta situación y reconocen esta función como del Estado en sí, como ejemplo de lo anterior haremos mención a la del Estado de Morelos: artículo 1 de la ley del notariado del Estado de Morelos, publicada en el periódico oficial de dicha entidad, el 3 de agosto de 1983 que a la letra dice:

“Artículo 1.- El ejercicio del notariado en el Estado de Morelos, es una función de orden público, que corresponde al Estado, quién la ejercerá por medio de profesionales del derecho, que obtenga la patente de notarios públicos, de esta ley. Para tal efecto el ejecutivo expedirá las patentes respectivas en los términos de la presente ley”.

Situación que consideramos sería adecuado establecerlo en el Estado de México, ya que como puede observarse en la referida ley concretamente al ingreso a la función notarial, el gobernador del Estado de México, tiene plena facultad, para nombrar al notario que considere, por lo que se deduce que pueden existir intereses creados en el otorgamiento de las patentes, situación que es verdaderamente penosa, ya que si se supone que el notario es un hombre de derecho cuya función es dar seguridad jurídica a la sociedad, debe ser autónomo para no depender o rendir cuentas a una sola persona, sino al Estado en sí representado por los tres poderes que lo integran (ejecutivo, legislativo y judicial).

CAPITULO CUARTO.

SURGIMIENTO Y DEFINICION DEL PROCEDIMIENTO NO CONTENCIOSO.

4.1.- SURGIMIENTO Y DEFINICIÓN DEL PROCEDIMIENTO NO CONTENCIOSO.

Consideramos conveniente iniciar este capítulo con algunas acotaciones históricas, que puedan dar mayor claridad a este tema de la relación existente entre el procedimiento judicial no contencioso (antes jurisdicción voluntaria) y la actuación notarial. Consideramos que la falta de claridad para distinguir estas actividades tiene su origen en la amplitud de facultades encomendadas al escribano público en los tiempos de la colonia y la incipiente vida de las nuevas naciones latinoamericanas.

En el pasado el escribano público, como fedatario que era daba fe de los actos y hechos jurídicos, dentro y fuera de los procedimientos civiles y criminales. En los juicios se les denominaban escribanos de diligencias.

El Juez no tenía en el pasado fe pública (en la actualidad tiene una fe pública limitada artículo 1.5 CPCEM). Las audiencias, notificaciones, comparencias y actuaciones del Juzgado, eran y son certificadas por el secretario con pleno valor probatorio.

En México independiente prevaleció esa situación, de tal manera que la actividad notarial fue regulada por las diferentes leyes para el arreglo de la administración de justicia. Fue hasta el año de 1867 cuando se dictó el ordenamiento denominado “**Ley orgánica de Notarios y actuarios del Distrito Federal**”, que **por primera vez, le da el nombre de Notario al escribano público** y lo desvincula de la función jurisdiccional. La actividad de los secretarios y actuarios

de los juzgados, se regulo por sus leyes especiales. Ambos fedatarios sustituyen al escribano de diligencias.

A partir de ese momento, actos y hechos jurídicos se hacen constar por el notario, antes escribano público, o bien por el secretario del juzgado, antes escribano de diligencias. La diferencia entre las dos actuaciones, es que el secretario quedó limitado a ejercer dentro de un procedimiento judicial y el notario continuo su función en forma amplia.

Ahora bien, los secretarios de los juzgados, como una reminiscencia de los escribanos de diligencias, conservaron algunas actividades del escribano público, dar fe de hechos y acontecimientos dentro del marco de la jurisdicción voluntaria.

Una vez hecha esta reflexión histórica, procedemos a analizar la tramitación de las sucesiones ante notario, mencionando que su origen fue una “innovación” en el Código Civil del D.F. en 1932 y la ley de enjuiciamientos Española, que ya regulaba esta tramitación, sirvió de modelo a los redactores de de la ley adjetiva, pero fue en la ley del notariado del Distrito Federal de fecha 30 de diciembre de 1999 (artículo 166 inciso a), la que contempla la posibilidad de que ante notario se hagan constar actos y hechos que antes eran del exclusivo conocimiento de jueces y secretarios de juzgados y entre otros resalta la tramitación de las sucesiones in testamentarias.

El Código de Procedimientos Civiles para el Estado de México, siguiendo al primero, dentro del título consagrado a los juicios sucesorios, tienen un capítulo especial (capítulo VIII), denominado “**De la Tramitación por Notarios**”.

Como primer comentario a la tramitación extrajudicial de las sucesiones testamentarias ante notario, podemos decir: que el nombre de dicho capítulo debió haber quedado como: “**De la tramitación ante Notarios**” y no por Notarios, pues

como dice Niceto Alcalá Zamora⁸¹, “ese funcionario público no es el protagonista del instrumento. Los verdaderos protagonistas son el albacea y los herederos”.

El planteamiento del problema o situación medular del presente trabajo de investigación tiene su origen en las interrogantes **¿Cuál es la naturaleza jurídica de las sucesiones que se llevan ante notario?, ¿Se trata de convenios o de actos jurisdiccionales?**, Mismas que surgen de las publicaciones que a continuación se mencionan:

La del 14 de septiembre del año dos mil uno, con la publicación de la ley del Notariado en el Estado de México: en los artículos 119 al 130, mismos que contempla la tramitación de los procedimientos no contenciosos (tramitación de las sucesiones testamentarias e in testamentarias ante notario, así como el arbitraje y la mediación notarial como alternativas de solución a los conflictos que se suscitan entre particulares.

Y la del siete de mayo del año 2002, con la publicación del Código de Procedimientos Civiles vigente en el Estado de México, concretamente en el artículo: 4.77.- La tramitación de la sucesión, podrá realizarse ante notario, cuando no haya controversia alguna. Y posteriormente nos señala un artículo que contempla la continuación de una sucesión ante notario, refiriéndonos: al Artículo 4.78.- El juicio sucesorio iniciado, puede continuarse ante notario, a solicitud de los interesados satisfaciendo los requisitos del artículo anterior.

Cabe destacar que en esta Ley del Notariado contempla la iniciación de una sucesión testamentaria desde la primera sección “**de sucesión**” en la cual se va a determinar que persona o personas tienen derecho a una herencia y son declarados herederos, **por acuerdo o reconocimiento recíproco de sus derechos hereditarios**, sin llegar a emitir una sentencia interlocutoria y que se le denomina **auto declarativo de herederos**, pasando inmediatamente a hacer

81 Alcalá Zamora, Niceto, Derecho Procesal Mexicano, t. II, Editorial Porrúa, México. 1977. Pág 227.

constar la designación de albacea, su aceptación y discernimiento del cargo, situación que no acontecía en la tramitación de la sucesión in testamentaria en el Código de Procedimientos Civiles abrogado, concretamente en el artículo 1025 que dice: “Cuando todos los herederos sean mayores de edad **y hayan sido reconocidos judicialmente** con tal carácter en un intestado, este podrá seguirse tramitando con la intervención de un notario, de acuerdo con lo que se establece en este capítulo. El Juez hará saber lo anterior a los herederos, para que en su caso, designen al notario ante el que se seguirá la tramitación sucesoria”.

Este último artículo ya derogado, contemplaba la posibilidad de continuar la tramitación de un juicio sucesorio in testamentario en una notaría, una vez que el Juez en materia familiar haya publicado el auto en que se declara herederos y estos sean mayores de edad, con capacidad de ejercicio, como lo señala el precepto legal antes invocado.

Para poder **definir dicha figura jurídica** es indispensable mencionar sus características, ya que es relativamente nueva en el Estado de México, la cual **surge** a partir que el Ejecutivo local somete a la legislatura LIV del Estado de México la iniciativa de ley del notariado del Estado de México en fecha catorce de septiembre del año dos mil uno, a la cual se le da la categoría de **orden público y de interés social**, es decir, obliga a las autoridades y a los gobernados a observarla ya que en la exposición de motivos manifiesta un estado de bienestar para la sociedad al señalar: “la legislación notarial no puede mantenerse ajena a la actualización exigida por la dinámica social, por lo que se hace imprescindible contar con un **ordenamiento legal que permita a los notarios el mejor desempeño en su ejercicio** y las autoridades contar con mayores elementos que faciliten el estricto cumplimiento del objeto del notariado y su práctica, lo que propiciara obtener **un mejor servicio de calidad mediante la reducción de tiempos (¿?) para la autorización de los diversos actos y documentos** que se presentan a su consideración para el trámite correspondiente”.

El ejecutivo local, señaló: “Atento a este proceso el ejecutivo a mi cargo, ha considerado someter a esa H. soberana popular la presente iniciativa de ley, para establecer, entre otras **innovadoras disposiciones** que los notarios podrán ejercer su función en todo el territorio estatal, **sustrayendo** así la referencia de demarcación jurisdiccional de su actuación que actualmente se rigen de acuerdo a los distritos judiciales establecidos por las funciones del Tribunal Superior de Justicia del Estado”....

“Se define correctamente el marco de actuación de los Notarios **para conocer de procedimientos no contenciosos** los que a elección y de acuerdo de los solicitantes, serán tramitados en términos de las disposiciones que para tal efecto determinan los códigos administrativo, civil y de procedimientos civiles del Estado de México. Se incorporan a este catálogo de procedimientos no contenciosos los relativos a la información *Ad perpetuam* y el Apeo y deslinde”.

En el título correspondiente a **los procedimientos no contenciosos, se establecerán las reglas generales para el arbitraje y mediación notarial** en cuyo trámite deberán observarse las formalidades y restricciones que determina el Código de Procedimientos Civiles para el Estado de México, facultándose al colegio de notarios para coordinar a los notarios que desempeñarán la función de árbitros o mediadores, en términos de las disposiciones reglamentarias.

...justificando la creación de la presente ley el Ejecutivo señala “la presente administración es resultado de un ejercicio democrático, por lo tanto es un gobierno cercano a la comunidad, con altos valores éticos y sentido humano, cuyo objeto entre otros, es garantizar el estado de derecho, la integridad y **el patrimonio de las personas**, la paz social y la justicia a través del desarrollo integral del Estado”.

Recalcando el Ejecutivo que “la institución del notario es fundamental porque mediante su ejercicio se da certeza jurídica a los actos que se producen en las relaciones cotidianas entre las personas...”

De lo anterior podemos decir, que el ejecutivo local no tuvo consideración de los gobernados, ya que irónicamente recalca lo que es evidentemente falso, ya que en ningún momento toma en cuenta un beneficio para la sociedad, mucho menos cuida el patrimonio de los gobernados, ya que únicamente cuida los intereses de los fedatarios particulares a los cuales les otorga facultades en demasía, sin siquiera meditar si verdaderamente eran necesarias y eficaces las atribuciones otorgadas, por lo tanto viables en beneficio para la sociedad al otorgarles las atribuciones ya referidas; además del cúmulo de facultades ya obtenidas; además también se abrió la posibilidad de poder conocer las conferidas en los códigos en comento en las fechas ya mencionadas como son los relativos a la información *Ad-Perpetuam*, *apeo* y *deslinde*, así como las figuras jurídicas que en este acto se estudian como son las tramitaciones de las sucesiones, la mediación y el arbitraje, figuras que eran consideradas exclusivas de los jueces (salvo el arbitraje) y sin embargo, estos particulares ya tienen la posibilidad de su explotación en beneficio propio, siendo una función que en esencia le corresponde cubrir al Estado, mismo que debe cubrir la certeza y seguridad jurídica.

Para poder comprender la magnitud de lo que se está investigando en la presente tesis, es necesario hacer mención al concepto de **sucesión** y como consecuencia deducir su naturaleza jurídica, antes de entrar de lleno a la parte medular del presente trabajo.

Se debe dejar perfectamente claro el término sucesión y para lo cual se debe de entender que este implica una serie de acontecimientos que se siguen en el tiempo, uno como consecuencia de otro, tales como el nacimiento, madurez y la muerte. El Derecho sucesorio implica un cambio en los titulares de un derecho u obligación, ya que un titular sigue y sucede a otro; por lo tanto en sentido *estricto*

se debe entender: *todo cambio de sujeto de una relación jurídica*, por ejemplo el comprador que sucede al vendedor en la propiedad de una cosa vendida.

En cambio, sucesión en sentido restringido se entiende como: *la transmisión de todos los bienes y derechos del difunto, así como sus obligaciones que no se extinguen con la muerte*, por ejemplo, la persona nombrada por el de cujus como su heredera universal, le sucede en la propiedad de su patrimonio. Por lo tanto, en términos generales debemos entender que “en materia jurídica supone el cambio de titular de un derecho, y el que sustituye a otro es su sucesor”.⁸²

“Por lo que respecta a la sucesión en sentido restringido tiene como característica que es a título universal, respecto de la totalidad de un patrimonio la cual se caracteriza por:

- a) Efectuarse sólo por causa de la muerte del titular o sucesión *mortis causa*, también llamada herencia.
- b) Ser gratuita, ya que toda sucesión *mortis causa* es gratuita.

“Para la transmisión *mortis causa* toca al Derecho positivo determinar a quién o a quienes corresponde ser él o los sucesores y nuevos titulares del patrimonio del *de cujus*, que a su muerte quedan sin titular mediante sus normas el derecho los determina teniendo en cuenta:

- a) El derecho que tiene el *de cujus* de disponer en vida de sus bienes, y distribuirlos como él decida para después de su muerte.
- b) Las obligaciones del de cujus en relación con su cónyuge, hijos demás parientes.
- c) Los derechos del Estado sobre el patrimonio del *de cujus*, al haberle permitido formado legalmente a partir de los derechos de propiedad, posesión, créditos etc”.⁸³

82 Baqueiro Rojas, Edgard y Buenrostro Báez, Rosalía, Derecho de Familia y Sucesiones, editorial Harla, México, 1999, pág 254 y 255.

83 Idem.

Asimismo mencionaremos que señala Juan Manuel Astron Pelayo⁸⁴ la finalidad del procedimiento sucesorio: “la finalidad de los procedimientos sucesorios consiste en que los bienes y derechos del autor de la herencia pasen a título universal a sus herederos para lo cual es necesario, dice el maestro Becerra Bautista, determinar:

Quienes son los herederos

Qué bienes constituyen el acervo hereditario, y,

Como deben distribuirse esos bienes entre los herederos.

“La finalidad del procedimiento sucesorio es, en esencia, aplicar a cada heredero lo que le correspondió desde el momento mismo de la muerte del de *cujus*”

El mismo autor⁸⁵, apoya al licenciado Eduardo Pallares, al señalar las características principales de los procedimientos sucesorios.

“Son juicios universales, se les considera juicios universales, por que tienen por objeto liquidar el patrimonio dejado por el autor de la herencia, se refiere a una universalidad de derecho y no tan sólo a determinadas relaciones jurídicas o determinados bienes.

“Son Juicios declarativos. Se dice que son juicios declarativos porque reconocen los derechos de los herederos, derechos que fueron establecidos por el testador o por la ley, supliendo la voluntad del testador, el procedimiento sucesorio nunca crea ni genera derecho alguno, simplemente los declara.”

Definición del procedimiento no contencioso.- Esta figura jurídica por ser relativamente nueva en el Estado de México, no se encuentra contemplada dentro de la doctrina jurídica existente, confundiéndola algunos autores con la jurisdicción

84 Astron Pelayo, Juan Manuel, Sucesiones, Editorial Mc Graw Hill, México 1998, pag 162.

85 Idem.

voluntaria, por lo tanto mencionaremos sus características que señalan los artículos 119 al 122 de la Ley del Notariado del Estado de México.

Artículo 119.- “Solo los notarios de la entidad podrán **auxiliar** al Poder Judicial del Estado para conocer de los procedimientos no contenciosos establecidos en la presente ley, conforme a las disposiciones previstas en los códigos administrativo, civil y de procedimientos civiles del Estado de México”.

Comentario: Es más que evidente la violación que se hace al artículo 141 de la Constitución local al establecer esta facultad, ya que el precepto antes invocado señala que solo los jueces y magistrados tendrán mando y jurisdicción y en ningún momento señalan que el poder judicial podrá tener auxiliares.

Artículo 120.- **“LOS PROCEDIMIENTOS NO CONTENCIOSOS QUE PODRAN TRAMITARSE ANTE NOTARIO, A ELECCIÓN DE PARTE INTERESADA, SERAN LOS SIGUIENTES:**

I.- PROCEDIMIENTO SUCESORIO TESTAMENTARIO.

II.- PROCEDIMIENTO SUCESORIO INTESTAMENTARIO”.

Desde nuestro punto de vista esta atribución conferida a los notarios es innecesaria, ya que el poder judicial cumple con eficacia esta función por conducto de los juzgados en materia familiar

Artículo 121.- “El notario conocerá de estos procedimientos en tanto subsista el acuerdo entre los solicitantes, **debiendo dejar de conocer del mismo si hay alguna oposición o controversia”.**

De este artículo se puede apreciar la ineficacia de la tramitación de las sucesiones ante notario, ya que basta la inconformidad de alguno de los denunciados o

comparecientes para que el notario deje de conocer del mismo, y la ley notarial vigente no contempla la situación que el juez deba reconocer las actuaciones realizadas ante notario para continuar con el tramite iniciado.

Artículo 122.- “En la tramitación de los procedimientos señalados en este capítulo, deberán cumplirse las formalidades y disposiciones establecidas en el reglamento y en otras disposiciones”.

Atendiendo al contenido de los artículos 119 y 120 antes mencionados se deduce la definición del concepto en estudio, a nuestra consideración, resulta: **Procedimiento no contencioso es la tramitación de los procedimientos sucesorios testamentarios e in testamentarios ante notario a elección de parte y mientras subsista un acuerdo entre los solicitantes con capacidad legal, dejando de conocer del asunto si hay alguna oposición o controversia.**

Es necesario señalar que en el Distrito Federal ya existía dicha figura, con el nombre de “Normas notariales de tramitación sucesoria”, en los artículos 166 al 178 de la ley del Notariado de México, Distrito Federal; a lo cual haremos mención solo a una diferencia que se aprecia a simple vista, de su similar del Estado de México; y que hace una gran diferencia entre ambas legislaciones.

Normas notariales de tramitación sucesoria. Distrito Federal	Procedimiento no contencioso. Estado de México
Art 167.- señala la posibilidad de tramitar ante notario las sucesiones en las que no hubiera controversia alguna y los herederos tengan capacidad legal. Y señala: “al que se oponga al tramite de una sucesión o crea tener derechos contra ella, los deducirá conforme al	Art. 121.- señala que el notario conocerá de la tramitación de estos procedimientos en tanto subsista el acuerdo entre los solicitantes, debiendo dejar de conocer del mismo si hay alguna oposición o controversia.

CPC, el juez de estimarlo procedente lo comunicara al notario para que se abstenga de proseguir con la tramitación de la sucesión; es decir solo mediante mandamiento judicial.	
---	--

De lo que podemos apreciar que en el Distrito Federal, para evitar se siga con la tramitación de la sucesión ante notario, no basta con que exista oposición o controversia, sino que se debe de ejercitar una acción diversa ante el Juez competente y este si lo considera procedente, lo comunicara para que se abstenga de seguir su tramitación.

En el Estado de México, para que el notario se abstenga de seguir conociendo de la tramitación de una sucesión, solo basta una oposición de un interesado. Siendo necesario señalar que la legislatura local no tomo en cuenta que el Estado de México ya cubre dichas tramitaciones ante los tribunales familiares del fuero común y lo hacen conforme a lo que dispone la Constitución federal y local pronta, expedita y gratuita, situación que acontece en todo el Estado, esto es por lo que se refiere a la tramitación de las sucesiones.

Ya que en igualdad de circunstancias la tramitación ante el órgano jurisdiccional es superior en todos los aspectos a la tramitación ante notario, como se podrá apreciar en líneas posteriores.

Por otro lado, atendiendo que en esencia, el objetivo primordial que persiguen las personas que denuncian una sucesión es determinar con base en las reglas establecidas en ley, que personas tienen derecho a heredar los bienes y derechos que no se extinguen con la muerte del de cujus, por lo tanto, siempre va a existir una posibilidad latente de una controversia entre los denunciante o peor aún entre los denunciante y terceras personas con derechos a heredar los bienes del autor de una sucesión y que nunca fueron llamados para acreditar el

entroncamiento que les une con el de *cujus* y como consecuencia de los anteriores se inicia una controversia que obviamente se tramitará ante un tribunal competente, en este caso, ¿Qué pasará con el instrumento emitido por el Notario donde se tramita un procedimiento no contencioso, le seguirá sirviendo al interesado o le servirá como prueba para demostrar algún otro hecho? Desde nuestro punto de vista no le sirve, ya que el legislador al darles esta atribución no contempló estas situaciones vitales en perjuicio de las personas que recurren al notario para la tramitación de una sucesión, ya que existe jurisprudencia expresa que menciona “que la fe pública de los notarios **no sirve** para demostrar lo que está fuera de sus funciones, ni menos para invadir terrenos reservados a la autoridad judicial. Tesis jurisprudencial que a la letra dice:

NOTARIOS. SU INTERVENCIÓN EN MATERIA JUDICIAL.

La fe pública que tienen los notarios **no sirve para demostrar lo que está fuera de sus funciones, ni menos para invadir terrenos reservados a la autoridad judicial**, como evidentemente lo están la recepción de declaraciones y las vistas de ojos, ya que estas pruebas deben prepararse en tiempo y recibirse por el juez con citación de la contraria, para que esta se hallé en condiciones de repreguntar o tachar a los testigos y hacer las observaciones que en las inspecciones oculares estimen oportunas.

Tomo CXXIII-Antonio Martínez Camacho. Mayoría de cuatro votos. A.D. 918/1958

A.D. 1678/1957- José Luis Espinoza. 5 votos. Sexta época, Vol. II, cuarta parte, pag 121.

A.D. 2545/1956- Carlos Herran Rubio. 5 votos sexta época, volumen XIII, cuarta parte, pag 259.

A.D. 5597/1961- Guillermo Gómez Arzapalo. 5 votos. Sexta época, Vol. LXIII, cuarta parte, pag 40.

A.D. 5934/1956- Alma Leticia Ceballos D. 5 votos. Sexta época, vol XXI, cuarta parte, pag 113.

Jurisprudencia 241 (sexta época), pág 759, volumen 3ª. Sala cuarta parte apéndice 1917-1975; anterior apéndice 1917-1965, jurisprudencia 228, Pág. 723. (En nuestra actualización I civil, tesis 1609 pág. 804).

Por lo que se refiere a la figura de la mediación notarial, la legislatura local otorga una facultad concurrente tanto a los notarios y al centro de mediación y conciliación dependiente del Tribunal Superior de Justicia del Estado; que como principal característica y diferencia entre la primera y la segunda, es que la notaria es particular por lo tanto se cobra por el servicio y la segunda es un servicio gratuito y tiene fuerza legal como si tratara de sentencia ejecutoriada, por lo tanto se eleva a categoría de cosa juzgada.

Por lo que respecta al arbitraje, esta figura jurídica ya estaba contemplada en el Código Civil y tiene como base un convenio arbitral, consistente en el consentimiento expreso de las partes para someterse al laudo de una tercera persona que ambos eligen, por lo tanto, lo único que hicieron es darle la atribución expresa en ley, ya que por las características de esta figura cualquier persona que tenga conocimiento de Derecho y conozca los principios esenciales del procedimiento, puede ser arbitro de una controversia, obviamente con las limitaciones que la propia ley señala y que se vera más adelante con detalle.

4.2.- DIFERENCIA ENTRE PROCEDIMIENTO NO CONTENCIOSO Y PROCEDIMIENTO JUDICIAL NO CONTENCIOSO.

Como es de observarse en la exposición de motivos de la Ley del Notariado del Estado de México, se menciona el marco de actuación de los Notarios **para conocer de procedimientos no contenciosos**, y que no son más que la tramitación de las sucesiones testamentarias e in testamentarias ante notario, con

los requisitos y condiciones que acabamos de mencionar; y para poder entender la magnitud de tales atribuciones; es necesario hacer mención de las reglas generales de las sucesiones y definir los conceptos de sucesión, herencia y legado y que se mencionan en el Código Civil del Estado de México.

Concepto de sucesión, herencia y legado.

Artículo 6.1.- “Sucesión es la transmisión de todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona por causa de su muerte.

“**La herencia** es el conjunto de bienes, derechos y obligaciones que no se extinguen con la muerte de su titular, constituye una universalidad jurídica a partir del día de la muerte del autor de la sucesión, hasta la partición y adjudicación.

“**Legado** es la transmisión de uno o varios bienes determinados o determinables, o la disposición de que se beneficiara con un hecho o servicio determinado, que hace en su testamento el testador a favor de una o varias personas”.

Para complementar esta diferencia es prácticamente imposible hablar de una sucesión sin definir que es la herencia como ya lo hemos mencionado y las dos formas que señala la ley para heredar los bienes del autor de una sucesión son las siguientes: **la herencia testamentaria**, la cual se determina por la voluntad del testador y la segunda que es la **intestamentaria o legítima** la cual se determina por disposición de la ley.

Para poder determinar con claridad la expresión de **procedimiento judicial no contencioso** (antes jurisdicción voluntaria), esta expresión se ha utilizado para designar un conjunto variado de actos y procedimientos que se realizan ante funcionarios judiciales, los cuales tienen como característica común la ausencia de conflicto entre partes.

El concepto de jurisdicción voluntaria se ha intentado formular por oposición al de jurisdicción contenciosa. En este sentido. Escriche⁸⁶ señalaba que “se llama jurisdicción voluntaria: *Por oposición a la contenciosa, la que se ejerce por el Juez en las demandas, que, ya por su naturaleza, ya por razón de estado de las cosas, no admiten contradicción...la jurisdicción voluntaria se ejerce siempre Inter. Volentes, esto es, a solicitud o por consentimiento de las dos partes*”.

Sin embargo, la jurisdicción, por definición Es una atribución de los órganos del Estado para solucionar conflictos o litigios y constituir derechos por lo cual en ausencia de estos, no puede hablarse, en sentido estricto, de jurisdicción. Esa es por definición, “contenciosa” (pues solo versa sobre conflictos). En este sentido Alcalá Zamora⁸⁷ ha puntualizado que, si algún resultado concluyente ha logrado obtener la doctrina sobre la naturaleza de la jurisdicción voluntaria, es que esta no es ni jurisdicción ni voluntaria.

“No es **jurisdicción**, por que de la variadísima lista de negocios que la integran será difícil encontrar alguno que satisfaga fines jurisdiccionales en sentido estricto; y mucho menos es voluntaria, por que con frecuencia la intervención judicial resulta para los interesados en promoverla tan necesaria o mas que la jurisdicción contenciosa”.⁸⁸

A juicio de Alcalá Zamora, tres criterios son los que pueden ayudar a distinguir entre jurisdicción contenciosa y jurisdicción voluntaria: el presupuesto, la actividad desenvuelta y la definición de cada una de ellas. Tomando en cuenta el primer criterio, Alcalá Zamora advierte que el paso que el presupuesto de la jurisdicción contenciosa es la existencia del litigio, el presupuesto de la jurisdicción voluntaria

86 Escriche, Joaquín. Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia. Librería de Rosa, Bouret y C. París. 1851. Pág 1288.

87 Cfr. Alcalá Zamora y Castillo, Niceto. Proceso Autocomposición y Autodefensa, Segunda Edición, Textos Universitarios, UNAM, México, 1970. Pág 45.

88 Ibidem. Pág. 46.

es, precisamente, la ausencia del litigio: “En la jurisdicción voluntaria, el litigio esta ausente, a veces latente... pero nunca presente”.⁸⁹

Conforme al segundo criterio, mientras la actividad desplegada con motivo de la jurisdicción contenciosa es, en sentido estricto, la única de índole jurisdiccional, la que se realiza con motivo de la jurisdicción voluntaria, carece, en rigor de ese carácter: “jurisdicción voluntaria -sostiene el profesor español- la integra una serie de procedimientos que sin ser jurisdiccionales, se atribuye en mayor o menor medida al conocimiento de funcionarios judiciales, quienes entonces no se conducen como auténticos juzgadores”.⁹⁰

Por último, el tercer criterio sería el de la autoridad de la cosa juzgada, “meta o culminación del proceso contencioso, por tanto, extraña a la jurisdicción voluntaria, que se caracterizaría, en cambio, por la reformabilidad de sus resoluciones”.⁹¹

El citado autor Español que considera a la jurisdicción voluntaria como un no proceso, condensa las diferencias entre el proceso (contencioso, por definición) y la seudo jurisdicción voluntaria, en el siguiente cuadro:

“Proceso (contencioso): litigio-partes-acción-demanda
Jurisdicción- juzgador-sentencia.

Expediente (voluntario) negocio-participantes-pedimento
Solicitud-atribución-funcionario judicial-resolución o acuerdo”.⁹²

En este mismo sentido 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

89 Íbidem, pág 47.

90 Idem.

91 Idem.

92 Ibidem, pág. 50.

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*".⁹³

Para subrayar la ausencia de actividad jurisdiccional o de litigio en los procedimientos de jurisdicción voluntaria, se han propuesto nuevas denominaciones que substituyan a la tradicional. Así, por ejemplo, CALAMANDREI sugirió la expresión administración pública del derecho privado y, en México, **Medina Lima a propuesto la denominación *procedimiento judicial no litigioso***.⁹⁴

Con todo el peso de la tradición ha sido mayor que el de las razones de la crítica y el nombre de jurisdicción voluntaria que perdura y predomina aún en nuestros días en la mayoría de las entidades, salvo en el Estado de México, la cual se substituyó por la expresión **Procedimiento Judicial no contencioso**.

Aunque todavía algunos autores consideren que la jurisdicción voluntaria implica realmente el ejercicio de función jurisdiccional y denominen *procesos* a los procedimientos de jurisdicción voluntaria, actualmente predomina la tendencia doctrinal que niega a esta el carácter jurisdiccional y la considera como una "actividad administrativa" encomendada a órganos jurisdiccionales⁹⁵. Esta exposición doctrinal predominante ha pugnado por sustraer de la competencia de los órganos judiciales los procedimientos de Jurisdicción voluntaria y atribuir su conocimiento a las diversas oficinas registrales o a los notarios públicos, así como de regular dichos procedimientos en leyes autónomas, distintas de los códigos

93 Cfr. Fix Zamudio, Héctor, "breves reflexiones sobre la reglamentación de la jurisdicción voluntaria en el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito y territorios federales, del 30 de agosto de 1932" en el foro, México, num. 40, enero-marzo de 1963, p. 45.

94 Cfr. Medina Ignacio, "problemática de la jurisdicción voluntaria", en revista de la Facultad de Derecho de México, núms. 105-106, enero-junio de 1977 pp. 279-281.

95 Cfr. Medina op. Cit supra nota 9, pp. 288-294 y Víctor Hugo Razcon Banda exclusivo de figuras administrativas reguladas en el ordenamiento instrumental civil del Distrito Federa. (tesis profesional), UNAM, México, 1977 pp. 53-103- En México, se sostiene el carácter jurisdiccional de los procedimientos judiciales no contenciosos entre otros, de Pina Rafael y Castillo Larrañaga José, Instituciones de Derecho Procesal Civil, Séptima Edición; Editorial Porrúa. México, 1966. Págs. 61-63 y Molineau Oscar, derecho sustantivo y defensa judicial, en revista de la facultad de derecho de México, número 23, julio-septiembre de 1956 p 77.

procésales⁹⁶. Así, por ejemplo, Estalew apunta que, en la ex unión de republica socialistas soviéticas que desde 1927 la mayoría de los procedimientos judiciales no contenciosos fueron encargados para su tramitación al notariado del Estado, con el fin de que los tribunales jurisdiccionales pudieran ocuparse exclusivamente de los negocios litigiosos⁹⁷. En América Latina, se puede citar el caso de la ley reguladora de la tramitación notarial y asuntos de jurisdicción voluntaria del cinco de noviembre de 1977 (diario de Centro América de 9-XI-1977) de Guatemala, la cual atribuye competencia a los notarios públicos para conocer específicamente de los procedimientos de declaración de ausencia, de autorización para disponer o gravar bienes de menores, incapaces o ausentes, de reconocimiento de preñez y de parto, de rectificación del Estado de las actas civil, de constitución del patrimonio familiar y de adopción. Así mismo, dicha ley permite a los interesados llevar ante notario los demás procedimientos de jurisdicción voluntaria previstos en el Código Procesal Civil y Mercantil de Guatemala (Art. 5).

A continuación señalaremos que es el procedimiento judicial no contencioso para lo cual haremos mención a lo que señala el Código de Procedimientos Civiles vigente en la entidad: artículo 3.1.- *“Se aplicará lo previsto en este título a todos los actos en que por disposición de la ley o solicitud de los interesados se requiera la intervención del Juez sin que este promovida ni se promueva cuestión litigiosa alguna entre partes.”*

Haciendo la aclaración que este procedimiento surgió a partir de la iniciativa de ley del siete de mayo del año dos mil dos, en sustitución de la abrogada figura jurídica de jurisdicción voluntaria.

Como ejemplo de lo antes mencionado, podemos señalar algunos de los requerimientos que los gobernados o promoventes, pueden solicitar para que intervenga un órgano judicial y pueden ser entre otros:

96 Cfr. Medina, op cti supra nota 9, pp. 294-297 y Razcon Banda. Op. Cit. En la nota anterior, pp. 144-154.

97 Cfr. Zhiwko Stalew, el proceso civil de los Estados Socialistas miembros del CAME antecedentes, creación, desarrollo, tendencias fundamentales y soluciones 1900-1975, traducción de Santiago Oñate, LXXV años de evolución jurídica del mundo, volumen III, derecho procesal, UNAM, MÉXICO, 1978, p 179.

- 1).- La autorización del Juez para que se pueda llevar a cabo la celebración de matrimonio de un menor;
- 2).- El cambio de regímenes matrimonial, después de celebrado un matrimonio que puede ser de sociedad conyugal a separación de bienes o viceversa;
- 3).- Una autorización judicial para que el Juez autorice salir del país a un menor sin el consentimiento de uno de los padres que ejerza la patria potestad;
- 4).- La petición que se hace ante el Juez a efecto de poder acreditar ante él, la existencia de un concubinato, de una dependencia económica o acreditar la identidad de una persona que utilice en su vida social varios nombres;
- 5).- Las medidas necesarias para evitar, que por mala administración se derrochen o disminuyan los bienes de los hijos;
- 6).- Las medidas provisionales en caso de ausencia, la declaración de ausencia y la declaración de presunción de muerte del ausente;
- 7).- La constitución, la modificación y la extinción del patrimonio familiar;
- 8).- La comunicación del aviso de terminación del contrato de arrendamiento celebrado por tiempo indeterminado.

De lo anterior deducimos que las dos figuras antes mencionadas a pesar de ser muy similares y casi idénticas únicamente por lo que respecta a su denominación en lo único que se parecen es que no debe de existir controversia alguna entre los solicitantes ya que de ser así el Notario o Juez que conozca de alguno de estos procedimientos deberá dejar de conocer de él asunto en concreto en el cual estén interviniendo.

Fuera del supuesto antes mencionado podemos apreciar que nada tienen que ver un procedimiento no contencioso con el procedimiento judicial no contencioso, ya que en el primero lo que se resuelve es en general la tramitación de un juicio sucesorio en las dos vías contempladas por la ley las cuales son testamentario e in testamentario y en el segundo se aplica a todos los actos en que por disposición de la ley o a solicitud de parte interesada se requiere la intervención del Juez sin que este promovida ni se promueva cuestión litigiosa alguna entre partes.

Por lo tanto desde nuestro muy personal punto de vista la iniciativa de ley publicada en la gaceta de gobierno del Estado de México el tres de enero del año dos mil dos en la cual se publico la ley del notariado y que le dio vida a la figura jurídica del procedimiento no contencioso es una atribución inconstitucional, ya que como mas adelante lo detallaremos con precisión **al notario se le dio una función jurisdiccional ya que puede conocer de los procedimientos antes mencionados a partir de la primera sección, en la que implícitamente se reconocen recíprocamente los derechos hereditarios los denunciante y sin que medie auto declarativo de herederos que técnicamente es una declaración de derechos, sin más tramite se procede a la designación de albacea, aceptación y discernimiento del cargo conferido; situación que no es un acto administrativo en el cual el fedatario público da fe de la celebración de un convenio entre los solicitantes; ya que el albacea designado va a tener todas las obligaciones, derechos y facultades que se le atribuyen en el código civil.**

Como podemos apreciar la declaratoria de herederos constituye el instrumento idóneo para acreditar el carácter hereditario que establece una presunción de la calidad de heredero con relación a quien se dicta; esta es una resolución que forma parte del expediente judicial, el que permanece en el juzgado en el cual tramita el respectivo juicio sucesorio; por ello, se hace necesaria la implementación de un medio hábil que permita al heredero acreditar fehacientemente que la respectiva declaratoria se ha dictado a su favor, y por lo

tanto se encuentra reconocida su calidad de heredero. Este medio idóneo es el “**testimonio de la declaratoria de herederos**” expedido por el Tribunal.

Es importante mencionar que existe la modificación de la declaratoria de herederos, si tomamos en cuenta que la declaratoria de herederos es una resolución que no causa estado; ello implica que es susceptible de ser modificada, en cualquier estado del proceso, pero solo hasta antes de la sentencia de adjudicación, lo anterior siguiendo el procedimiento adecuado al caso.

Además, se dicta “en cuanto hubiere lugar por derecho”, esto es sin perjuicio de los terceros que puedan tener interés en la sucesión, por lo que cualquier omisión, error o vicio que la declaratoria contenga puede ser dejada sin efecto por el mismo juez que la dicto, previa comprobación y tramitación de lo pedido en dicho sentido: para robustecer lo antes mencionado, haremos mención de tesis jurisprudenciales de diversos Estados de la republica mexicana:

Registro No. 242263

Localización:

Séptima Época

Instancia: Tercera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

22 Cuarta Parte

Página: 53

Tesis Aislada

Materia(s): Civil

INTESTADO, LA DECLARATORIA DE HEREDEROS EN UN JUICIO DE, NO CONSTITUYE COSA JUZGADA.

La declaratoria de herederos puede ser modificada a través del juicio de petición de herencia, por no ser una resolución definitiva, ya que en el juicio sucesorio sólo pueden tener carácter de

resoluciones definitivas la división y partición de la herencia, pero no la declaratoria de que se trata.

Amparo directo 7433/68. Leonor Aurora Corro Moreno viuda de Pinal. 2 de octubre de 1972. Mayoría de tres votos. Disidentes: Mariano Ramírez Vázquez y Ernesto Solís López. La publicación no menciona el nombre del ponente.

Secretario: Salvador Gallegos del Río. Sexta Época, Cuarta Parte: Volumen XXXVI, página 63. Amparo directo 6835/59. Isabel Vallejo de Rosa. 20 de junio de 1960. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Mariano Ramírez Vázquez. Volumen XXXVI, página 63, la tesis aparece bajo el rubro "INTESTADO, LA DECLARATORIA DE HEREDEROS EN UN JUICIO DE, NO CONSTITUYE COSA JUZGADA (LEGISLACION DEL ESTADO DE GUANAJUATO)".

Registro No. 269173

Localización:

Sexta Época

Instancia: Tercera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Cuarta Parte, CXXXV

Página: 81

Tesis Aislada

Materia(s): Civil

INTESTADO, LA DECLARATORIA DE HEREDEROS EN UN JUICIO DE, NO CONSTITUYE COSA JUZGADA (LEGISLACION DEL ESTADO DE GUANAJUATO).

La resolución de declaratoria de herederos del juicio sucesorio, a diferencia de la sentencia que se dicta en el juicio de petición de herencia, no condena ni absuelve: puede resultar transitorio y

tenerse por modificado lo resuelto en tal declaratoria, si un pretendiente acredita su derecho a un mejor derecho que el del declarado heredero en el procedimiento sucesorio, y estas circunstancias impiden que esa resolución adquiera calidad de cosa juzgada; si la adquiriera, no procedería la acción derivada de las disposiciones legales que ordenan dejar a salvo, en la intestamentaria, los derechos de los presuntos herederos, no reconocidos, para que los deduzcan en el juicio correspondiente, artículos que en el caso son los 604 y 614 del Código de Procedimientos Civiles. No obsta en contrario de lo asentado, que el presunto heredero aduzca como pruebas a su derecho, en el juicio de petición de herencia, las mismas que presentó en la testamentaria que ya habían sido apreciadas como ineficaces, porque en esta situación, lo que puede suceder es que en el de petición de herencia se haga de ellas igual estimación.

Amparo directo 4674/66. María Flores de Cruz. 18 de septiembre de 1968. Mayoría de tres votos. Ponente: Ernesto Solís López. Sexta Época, Cuarta Parte: Volumen XXXVI, página 63. Amparo directo 6835/59. Isabel Vallejo de Rosa. 20 de junio de 1960. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Mariano Ramírez Vázquez.

Genealogía: Apéndice 1917-1985, Cuarta Parte, Tercera Sala, quinta tesis relacionada con la jurisprudencia 288, página 821.

Registro No. 271359

Localización:

Sexta Época

Instancia: Tercera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Cuarta Parte, XXXVII

Página: 67

Tesis Aislada

Materia(s): Civil

HEREDEROS, MODIFICACION DE LA DECLARATORIA DE (LEGISLACION DEL ESTADO DE OAXACA).

Es posible la modificación del auto de declaración de herederos por medio de un juicio contradictorio, como sucede por ejemplo en el caso de la acción de petición de herencia a que aluden los artículos 13 y 14 del Código de Procedimientos Civiles del Estado de Oaxaca. Por tal motivo, no es verdad que el hecho de que no hubiera sido recurrida la resolución que en juicio sucesorio declaró heredera al cónyuge supérstite, implique necesariamente la imposibilidad de impugnarla, pues sí es factible hacerlo cuando existen causas suficientes para ello, que hubieran sido desconocidas por los coherederos que tuvieran derecho a la impugnación.

Amparo directo 304/58. Alicia Flores Casanova, albacea de la sucesión de Isaías Estrada y coagraviado. 15 de julio de 1960. Cinco votos. Ponente: José Castro Estrada.

Genealogía:

Apéndice 1917-1985, Cuarta Parte, Tercera Sala, tercera tesis relacionada con la jurisprudencia 288, página 820.

Registro No. 272114

Localización:

Sexta Época

Instancia: Tercera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Cuarta Parte, XX

Página: 95

Tesis Aislada

Materia(s): Civil

DECLARATORIA DE HEREDEROS. PROCEDENCIA DEL JUICIO DE OPOSICION CONTRA LA (LEGISLACION DEL ESTADO DE PUEBLA).

Debe entenderse que el juicio de oposición contra la declaratoria de herederos, a que se refiere el artículo 1387 del Código de Procedimientos Civiles del Estado de Puebla, procede cuando la declaración se ha dictado, pues lógicamente, si no existe, no hay materia para la oposición; de esta, cuando la hace el Ministerio Público o algún presunto heredero, para que no se haga la declaración, solo puede resultar que el Juez la atienda y entonces procede el juicio de petición de herencia, o que sí declare heredero al interesado, y entonces procede el juicio de oposición; y si hecha la declaratoria no se recurre, no queda en autoridad de cosa juzgada, porque la ley autoriza el mencionado juicio de oposición como medio de impugnación contra la declaración de heredero. El reconocimiento de los derechos hereditarios que se hace en la primera sección, así sea al través de recurso, tiene carácter provisional, ya que quedan a salvo los de los interesados para impugnarlo en la jurisdicción contenciosa, de acuerdo con el citado artículo 1387 del Código de Procedimientos Civiles; y la razón es que en el juicio sucesorio no hay propiamente término de prueba; las del entroncamiento del presunto heredero con el de "cujus" no se reciben contradictoriamente, es decir, no hay contrapruebas, ni sentencia que decida acción o excepción relativas a tales derechos.

Amparo directo 5738/57. Sucesión de Inocencio Rodríguez y coagraviada. 27 de febrero de 1959. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Mariano Ramírez Vázquez.

Como la declaratoria de herederos no hace cosa juzgada formal ni material y se dicta sin perjuicios de los derechos de terceros, permite su ampliación, a efecto de que sean incluidos en ella los herederos que en una etapa procesal no hubieran sido llamados y por lo tanto no fueron tomados en cuenta y por lo tanto incluidos; dicha afirmación se corrobora en base al siguiente criterio de nuestro máximo tribunal colegiado.

Registro No. 339634

Localización:

Quinta Época

Instancia: Tercera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

CXXVI

Página: 19

Tesis Aislada

Materia(s): Civil

HEREDEROS, IMPUGNACION DE LA DECLARATORIA DE FIRMEZA DEL PROCEDIMIENTO.

Las deficiencias de que adolezca la declaratoria de herederos pronunciada en un juicio sucesorio intestamentario y el hecho de que no se les hubiese llamado al procedimiento a quienes ejercitan la acción de petición de herencia, como lo dispuso acuerdo expreso, constituyen defectos de carácter procesal, y por tanto sólo pudieron argumentarse como apoyo de recursos o de incidentes, dentro del mismo juicio intestamentario; pero no pueden constituir base para el ejercicio de la acción de nulidad en

un juicio autónomo. La nulidad del procedimiento puede únicamente dar origen a excepciones o recursos, como lo exige un claro principio de seguridad jurídica, puesto que los derechos no deben estar en una situación permanente de incertidumbre

Amparo directo 5840/54. Ventura Parra y Sofía Buenrostro. 3 de octubre de 1955. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Hilario Medina. Tesis relacionada con jurisprudencia 288/85, Cuarta Parte, Tercera Sala.

El Código de Procedimientos Civiles del Estado de México en el artículo 4.25 contempla esta situación, aunque lo hace en forma no directa ya que nos señala:

Artículo 4.25.- “Son acumulables a los juicios sucesorios

“Fracción III.- Los juicios que se sigan deduciendo **acción de petición de herencia, impugnando el testamento, o la capacidad de los herederos** siempre que lo primero acontezca antes de la adjudicación”.

A pesar de lo mencionado con anterioridad, la ley sustantiva local, establece una posibilidad para poder evadir la acción u oposición a la declaración de herederos que como hemos visto es solo una declaración provisional; ya que señala en el **artículo 6.183: LA ACCIÓN DE PETICIÓN DE HERENCIA ES TRANSMISIBLE A LOS HEREDEROS Y PRESCRIBE EN CINCO AÑOS, A PARTIR DE LA DECLARACIÓN O RECONOCIMIENTO DE HEREDEROS.**

Por lo tanto, si aplicamos el precepto legal antes invocado al actuar de los notarios, es relativamente fácil evadir la acción de petición de herencia, ya que debido a que en la actualidad cualquier notarios del Estado puede conocer de la tramitación de las sucesiones y hacer la declaración de herederos correspondiente; y en este caso los interesados en que prescriba esta acción u oposición, primeramente tramitarían la sucesión ante un notario que estuviera a

mucha distancia de la residencia de los posibles herederos que se quisieran omitir y una vez hecha la declaración de herederos ante el fedatario en mención, dejar dicha declaratoria intacta, para que una vez transcurrido los cinco años para que prescriba la mencionada acción, poder continuar su trámite, sabedores que en caso de haber oposición habrá prescrito la acción de petición de herencia. Situación que no acontecía en el código civil abrogado, ya que ahí se contemplaba que la petición de herencia prescribía a los diez años, como lo señalaba el artículo: 1481: el derecho de reclamar la herencia prescribe en diez años y es transmisible a los herederos.

Robustecemos, nuestra afirmación que el auto declarativo de herederos es una declaración de derechos, si tomamos en cuenta que el mismo da pauta a que en la sucesión se nombre un albacea; con las facultades y obligaciones que señala la legislación sustantiva civil y en especial el artículo 6.236: Si para el pago de una deuda u otro gasto urgente **fuere necesario vender algunos bienes, el albacea deberá hacerlo**, de acuerdo con los herederos, y si esto no fuera posible, con aprobación judicial; por lo tanto de lo anterior se puede apreciar que al tener la facultad de poder enajenar bienes, se para perjuicio hasta cierto punto irreparable, a terceras personas no llamadas a la sucesión, si tomamos en cuenta que hay herencias que como único caudal hereditario es un solo bien; por lo tanto, si el mismo se vende y los herederos que denunciaron la sucesión se ausentan, los dejan en total estado de indefensión para hacer valer algún derecho, ya que quedaría sin herencia a repartir la sucesión que se trate.

A continuación haremos una reflexión de que son y en que consisten las acciones antes mencionadas y que pueden surgir durante o después de la tramitación de los juicios sucesorios:

Acción de petición de herencia⁹⁸.- Otro de los derechos del heredero, que se adquieren con la apertura y delación de la herencia, es el derecho a la posesión de los bienes hereditarios y a que se le reconozca el carácter de heredero.

98 Cfr. Baqueiro Rojas Edgard y Buenrostro Báez Rosalía, Derecho de Familia y Sucesiones, Editorial Harla. México 1999.

Para ello la ley establece la acción de petición de herencia, que puede ejercitarse contra el albacea testamentario o judicial para que se le reconozca su carácter de heredero, o bien contra el poseedor de los bienes hereditarios, para tomar posesión de ellos.

Para Somarriva⁹⁹ la acción de petición de herencia “es aquella que compete al heredero para obtener la restitución de la universalidad de la herencia contra el que la esta poseyendo invocando también su calidad de heredero”.

Se podrá definir la petición de herencia –sostiene la corte- como la acción real dada al heredero contra aquellos que, pretendiendo tener derecho en la sucesión, la retienen en el hecho, en su totalidad o en una parte. Se funda en el derecho que tenga el demandante a la herencia ocupada por otro en la calidad de heredero, derecho que dimana del carácter de tal que compruebe como prevaleciente sobre la misma calidad que pretende tener el ocupante de los bienes hereditarios. Se discute, pues, la determinación de tal carácter¹⁰⁰

La acción de petición de herencia tiene como objetivo primario que se declare que el demandante es heredero preferente, frente al que la posee en calidad de heredero; y como objetivo secundario que se le adjudiquen y se le restituyan los bienes que constituyan la masa hereditaria con los aumentos que hayan tenido.

La sentencia debe pronunciarse sobre estos dos objetivos: quién o quienes son los herederos preferentes, en todo la herencia o en una parte de ella, y ordenar la restitución total o parcial de los bienes, por el tenedor de ellos al demandante o demandantes.

Para que quede claro y preciso el concepto de la acción de petición de herencia, haremos mención a sus características, según: Roberto Suárez Franco¹⁰¹ y que son las siguientes:

99 Somarriva Undurraga, Manuel. Derecho de Familia. Editorial Nacimiento. Santiago de Chile. 1946. Pág 334.

100 Cas. 27 de febrero 1946, “G. J.”, t. LX, pags 47 a 52

101 Suárez Franco, Roberto, Derecho de sucesiones, cuarta edición, editorial Temis, Bogota Colombia, 2003. Pág 343.

1.- “La acción de petición de herencia es de carácter real por cuanto su objeto es hacer valer un derecho real, cual es el de herencia. El derecho real es el que se tiene sobre una cosa, sin consideración a determinada persona; equivale a un poder jurídico sobre las cosas.

2.- “Es una acción propia del heredero con mejor derecho. Ante todo esta acción se caracteriza por que la ley se la reconoce a quién tiene el carácter de heredero, motivo por el cual tendrá por objeto primario el que se declare a quién la intente en su carácter de demandante que se le declare como heredero.

3.- “Quien ocupe la herencia debe hacerlo como heredero. Esta característica de la acción de petición de herencia consiste en que el demandante deberá instaurar dicha acción contra otra persona que la posea con el título de heredero, y ello se puede presentar fundamentalmente en dos situaciones: o desde un punto de vista de la persona misma del heredero en virtud del cual este acredita un parentesco más cercano con el causante en virtud del cual se desplace a quien la posee, como cuando un hermano ha recibido la herencia y la posee en calidad de tal y aparece luego un hijo extramatrimonial a quien le asiste un mejor derecho para reclamar la herencia.

4.- “Es una acción universal, la acción petitoria de herencia, es por su naturaleza de contenido universal, puesto que discute el llamamiento a suceder, abstracción hecha de los bienes que integran el patrimonio relicto, pero es al mismo tiempo restitutorio porque, en concreto, persigue las cosas hereditarias, tanto corporales como incorporales, y aún aquellas de que el causante era mero tenedor y que no hayan vuelto legítimamente a sus dueños.

5.- “Es indivisible, por cuanto participa de la naturaleza del derecho que protege y como consecuencia, a su vez, del derecho de opción.

6.- “Es patrimonial, en razón de que se puede negociar, transferir, admite evaluación económica, es renunciable o desistible y prescriptible”.

Acción de impugnación del testamento.- La doctrina nacional contempla esta acción y la encuadra dentro del tema INEFICACIA DE LOS TESTAMENTOS, a continuación explicaremos lo que señalan algunos autores de la doctrina mexicana.

Recordemos que la nulidad de los testamentos puede ser absoluta o relativa y que es absoluta cuando no es confirmable ni prescriptible y puede ser invocada por todo interesado; es relativa cuando falta alguna de esas características, es confirmable, prescriptible o solo puede ser invocada por determinadas personas.

Para Leopoldo Aguilar todas las nulidades testamentarias son absolutas; por su parte, Rafael de Pina señala que tal distinción de relativa y absoluta no es aplicable a los testamentos.

Si atendemos al momento en que va a surtir sus efectos el testamento podemos aceptar que es inoperante la distinción entre nulidad absoluta y relativa, o bien ante la imposibilidad de ratificación del acto por no existir ya su autor, toda nulidad es absoluta.

En vida el Testador puede ratificar el testamento afectado de nulidad por error o violencia, aunque para Leopoldo Aguilar significa un nuevo testamento. Sin embargo, puede darse la posibilidad de que el acto confirmatorio no repita el testamento viciado sino que se conforme con ratificarlo habiendo cesado la causa de nulidad.

Característica de la ineficacia en materia testamentaria es que fuera de los casos de inexistencia, la nulidad no siempre afecta a todo el testamento sino que puede

afectar a una cláusula, a la institución de heredero o legatario, o alguna modalidad de las impuestas.

En los actos jurídicos lo normal es la nulidad de todo el acto. En los testamentos, lo que normalmente se anula es la cláusula o disposición ilegal subsistiendo el resto de las disposiciones testamentarias. Por exención hay nulidad que afecta la totalidad del Testamento, cuando:

1.- Existe violencia; y se teste bajo la amenaza de causar daño al testador en su persona o bienes o contra la persona o bienes de su cónyuge o sus parientes.

2.- El testamento es causado por dolo o fraude.

3.- Un enfermo mental hace testamento sin seguir las reglas del testamento público abierto, con las seguridades establecidas para los insanos en momentos lucidos. Sería el caso del testamento hecho en forma olografa.

4.- La expresión de voluntad no es expresa y clara y se ha concretado a monosílabos que contesten preguntas que se hagan al testador.

Por otra parte señalamos que hay ineficacia parcial del testamento cuando se anula la institución de heredero o legatario pero se dejan subsistentes las demás disposiciones testamentarias por:

1.- Error en el motivo o causa de la designación, si se expreso en el testamento. Por ejemplo, cuando se dispone de la herencia a favor de una institución de beneficencia diciendo que se hace por carecer de parientes siendo que si los tenia aún que lo ignoraba el testador, o bien cuando se deja un legado por un supuesto servicio que en realidad no se recibió o se recibió de otra persona.

2.- Falta de forma, por haberse hecho la institución en comunicados secretos, a parte del testamento, aun que este haya sido cerrado.

3.- Cuando la institución fue hecha a persona incierta. No habrá falta de certeza aún que no se de el nombre del beneficiario, si este puede identificarse por cualquier medio.

4.- Que la cosa legada no es susceptible de identificación.

5.- Haberse hecha la institución bajo condición de que el beneficiado haga testamento a favor del testador o de otra persona.

6.- Que se le impongan al instituido una condición física o legalmente imposible de cumplir

Acción de incapacidad de los herederos.- Para entender en que consiste esta acción, es necesario hacer una reflexión sobre que es y quienes tienen la capacidad para suceder sobre los bienes de una persona por motivos de mortis causa, para lo cual haremos mención a lo que señala Guillermo A. Borda¹⁰², quién dice “que la capacidad para suceder es la aptitud para ser sujeto pasivo de una transmisión mortis causa”.

Toda persona natural o jurídica goza de la capacidad para recibir una sucesión, a menor que exista una disposición contraria de la ley.

La capacidad para adquirir una sucesión debe tenerse al momento de que la sucesión se defiere. La solución es lógica, puesto que ese es el instante en que los derechos se adquieren.

La acción antes mencionada se encuentra contemplada en el artículo 6.20 del Código Civil vigente en el Estado de México, que a la letra dice:

102 A. Borda, Guillermo. Manual de Sucesiones. Décima Edición. Editorial Perrot. Buenos Aires. Pág 559.

Art. 6.20.- “Toda persona tiene capacidad para heredar y no puede ser privada de ella, pero con relación a ciertas personas, y a determinados bienes, son incapaces para heredar por las causas siguientes:

I.- falta de personalidad;

II.- delito

III.- presunción de influencia en la voluntad del testador o a la verdad o integridad del testamento.

IV.-falta de reciprocidad internacional;

V.-renuncia o remoción de algún cargo conferido en el testamento”.

Cabe resaltar que en este tipo de tramitaciones no existe la intervención del ministerio público ya que en los juicios sucesorios se dará intervención al representante social cuando haya herederos incapaces; situación que por la propia naturaleza del procedimiento no existe, ya que de haberlos no sería posible la tramitación de la sucesiones ante notario.

PERSONAS QUE PUEDEN SOLICITAR LA AMPLIACION DE LA DECLARATORIA DE HEREDEROS: La declaratoria puede ser ampliada a petición de parte legítima, es decir quienes tienen un interés legitimo en iniciar el juicio sucesorio también pueden requerir que se amplié la declaratoria de herederos por tanto deberá también acreditar el vinculo o la calidad que invoque, para esto debemos tomar en cuenta que la ley sustantiva civil vigente establece dos formas para heredar.

Herederos por cabeza y por estirpe: artículo 6.150.- “Si quedaren hijos y descendientes de ulterior grado, los primeros heredaran por cabeza y los segundos por estirpe. Lo mismo se observará tratándose de descendientes de hijos premuertos, incapaces de heredar o que hubieren renunciado a la herencia”.

4.3.- PROCEDIMIENTOS NO CONTENCIOSOS QUE POR DISPOSICIÓN DE LA LEY DEL NOTARIADO PODRAN TRAMITARSE ANTE NOTARIO DEL ESTADO DE MÉXICO.

Como ya lo hemos mencionado la ley señala que sucesión es la transmisión de todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona por causa de su muerte; la ley sustantiva de la materia señala que el modo de transmitir la herencia se da por la voluntad del testador o por disposición de la ley; a la primera se le llama sucesión testamentaria y a la segunda sucesión legítima o in testamentaria; atento a lo anterior y a la definición que se da de procedimiento no contencioso haremos mención a la sustanciación de dichos procedimientos que señala la ley del notariado vigente en la entidad mexiquense.

En la ley del notariado del Estado de México en su artículo 119 nos menciona: “Solo los notarios de la entidad podrán auxiliar al poder judicial del Estado para conocer de los procedimientos no contenciosos establecidos en la presente ley, **conforme a las disposiciones previstas en los Códigos administrativo, civil y de procedimientos civiles del Estado de México**”; por otro lado el artículo 122 del mismo ordenamiento menciona: “En la tramitación de los procedimientos señalados en este capítulo, **deberán cumplirse las formalidades y disposiciones establecidas en el reglamento y otros ordenamientos.**”

Por lo tanto de los anteriores artículos deducimos que la sustanciación de los procedimientos no contenciosos nos la indica el artículo 66 del reglamento de la Ley del Notariado para el Estado de México que señala: “Serán aplicables a la tramitación notarial de las sucesiones todas las disposiciones relativas del Código Civil y del Código de Procedimientos Civiles del Estado de México, en lo no previsto por la ley y en este ordenamiento”.

Sin dejar de observar que el mismo Código de Procedimientos Civiles en vigor, nos señala la tramitación por notarios, en el artículo “4.77. La tramitación de la sucesión, podrá realizarse ante notario, cuando no haya controversia alguna”; o

inclusive contempla la posibilidad de que una vez iniciado ante el Juez competente, se siga tramitando ante notario, como lo establece el artículo “4.78. El juicio sucesorio iniciado, puede continuarse ante notario, a solicitud de los interesados satisfaciendo los requisitos del artículo anterior”; (es decir que no haya controversia alguna).

4.3.1.- REGLAS GENERALES DE LAS SUCESIONES

Para dar una idea clara del trámite en las sucesiones testamentarias o intestamentarias ante el juez y el notario sin que exista confusión alguna, haremos mención de las reglas generales en cualquiera de estos cuatro procesos y posteriormente pasaremos a señalar las características específicas de cada uno de ellos,

El artículo 4.17 señala: “Luego que el Juez tenga conocimiento de la muerte de una persona, a solicitud del ministerio público se podrán dictar las medidas urgentes necesarias si hay menores interesados o peligro de que se oculten, pierdan, o dilapiden los bienes.”

Como se puede apreciar, el hecho jurídico que da el derecho a heredar es la muerte de una persona, y siendo un juicio universal cualquier persona puede denunciar el referido acontecimiento, cuando se tramita el juicio sucesorio ante el juez se pueden tomar medidas urgentes necesarias a efecto de que no se oculten o dilapiden bienes de menores dándose vista al Ministerio Público.

Sin embargo en la tramitación de las sucesiones ante notario no se da esta situación, tomando en cuenta que unicamente se podrá tramitar si los denunciadores son mayores de edad, no están en estado de interdicción y están todos de acuerdo.

Artículo 4.21.- “Para la iniciación del juicio sucesorio, el promovente debe presentar la copia certificada del acta de defunción del autor de la herencia y no siendo esto posible, otro documento o prueba bastante”.

A continuación haremos referencia al supuesto en que hayan herederos o legatarios incapaces que no tuvieran representante, en este caso, el Juez les nombrará tutor en los términos que señala el Código Civil; artículo 4.22 CPCEM. Como podemos observar de este articulado, en este supuesto no es aplicable a la tramitación de los juicios sucesorios por notario en virtud de no cubrir el requisito contemplado en el artículo 67 del reglamento de la Ley del Notariado en la entidad, mismo que señala “Cuando en un testamento, todos los herederos instituidos **sean personas con capacidad de ejercicio**, la testamentaria podrá tramitarse ante notario siguiendo el proceso establecido por el Código de Procedimientos Civiles”.

El artículo 4.25.- Habla sobre la acumulación al juicio sucesorio, misma que nos contempla cuatro fracciones, haciendo notar que en caso de actualizarse alguna de ellas, el notario tendría que dejar de conocer de la tramitación de la sucesión ya que existiría oposición por parte de un tercero; resaltando como de especial importancia la fracción “III. Los juicios que se sigan deduciendo acción de petición de herencia, impugnando el testamento, o la capacidad de los herederos **siempre que lo primero acontezca antes de la adjudicación**.”

Es importante señalar que el supuesto en mención condiciona o limita sobre las posibles acciones que se pueden ejercitar hasta antes de la adjudicación, si lo aplicamos a *contrario sensu*, una vez dictada la adjudicación ya no es posible ejercitar dichas acciones.

Artículo 4.26.- “En los juicios sucesorios, se dará intervención al ministerio público cuando haya herederos incapaces”.

Artículo 4.27.- “El albacea aceptará o no el cargo conferido dentro de tres días de conocer su designación y garantizará su manejo en términos del Código Civil”.

Si no garantiza su manejo dentro del plazo señalado, se le removerá mediante incidente.

SECCIONES DEL JUICIO SUCESORIO

Artículo 4.28.- “En el juicio sucesorio se formarán cuatro secciones, las que podrán iniciarse simultáneamente”.

Artículo 4.29.- “**La primera sección es de sucesión** y contendrá, en sus respectivos casos:

- I.- La denuncia acompañado el testamento, en su caso;
- II.- La citación de los herederos y a los que se consideren con derecho a la herencia;
- III.- El nombramiento y remoción de albacea e interventores;
- IV.- El reconocimiento de derechos hereditarios;
- V.- Los incidentes sobre nombramiento o remoción de tutores;
- VI.- Las resoluciones sobre la validez de testamento, la capacidad legal para heredar y la preferencia de los derechos”.

Es de apreciarse que en esta sección se pueden ventilar todas aquellas oposiciones que conlleven en forma directa al reconocimiento o no de los que tienen derecho a heredar en una sentencia interlocutoria denominada auto declarativo de herederos, es importante señalar que esta oposición únicamente se puede tramitar ante el Juez del conocimiento; ya que en caso de que cualquiera de esta situación se suscitara en la tramitación de las sucesiones ante notario por ese solo hecho, el fedatario en mención tendría que dejar de conocer de la tramitación de la sucesión y remitir los instrumentos al órgano jurisdiccional competente.

Artículo 4.30.- “**La sección segunda es de inventario y avalúos** y contendrá:

- I.- El inventario provisional del interventor;
- II.- El inventario y avalúo;
- III.- Los incidentes que se promuevan;
- IV.- La resolución sobre inventario y avalúo”.

En esta sección como se puede apreciar se van a enumerar los bienes de la masa hereditaria y así mismo se les dará un valor real o comercial y en caso de oposición se ventilaran los incidentes que se deduzcan del mismo y una vez resuelto estos se procederá a su aprobación correspondiente, esto acontecerá únicamente en la tramitación ante el órgano jurisdiccional. Tomando en consideración la tramitación ante notario que como característica esencial tiene que todos los comparecientes estén de acuerdo y sean mayores de edad en el supuesto que se verifique alguna oposición se tendría que dejar de conocer de la tramitación, o en su caso acontecería otro supuesto si antes de que se hiciera el reconocimiento recíproco de los que tienen derecho a heredar hubiere un repudio y se declarará a una sola persona como único y universal heredero, en este caso se omitiría la segunda y tercera sección.

Artículo 4.31.- “**La tercera sección es de administración** y contendrá:

- I.- Todo lo relativo a la administración;
- II.- Las cuentas, su glosa y calificación”.

En esta sección el albacea tiene la obligación de rendir cuentas de su administración de los bienes a los herederos previamente instituidos, rendir en forma clara las cuentas correspondientes su glosa y calificación y una vez satisfechos esos requisitos se aprobará esta sección; obviamente previa vista que se le de a los interesados para que manifiesten lo que a su derecho corresponda, es decir su derecho a manifestarse en oposición a estas cuentas.

Como se menciona en el comentario de la sección anterior esto únicamente acontece en la tramitación ante el órgano jurisdiccional ya que si se realiza ante notario se presupone que todos los herederos están de acuerdo.

Artículo 4.32.- **“La cuarta sección es de partición y contendrá:**

- I.- El proyecto de distribución provisional de los productos de los bienes hereditarios;
- II.- El proyecto de partición de los bienes;
- III.- Los incidentes que se promuevan al respecto;
- IV.- Los convenios relativos;
- V.- Las resoluciones sobre los proyectos mencionados;
- VI.- Lo relativo a la adjudicación de los bienes”.

Artículo 4.33.- “Las secciones tercera y cuarta podrán omitirse cuando el heredero sea único y desempeñe el cargo de albacea”.

Este precepto legal aplica para todas las tramitaciones es decir ante órgano jurisdiccional o ante notario y para que se de este supuesto él heredero debe ser único o los probables herederos repudien los derechos hereditarios que les llegaren a corresponder antes de la declaratoria de herederos o antes del conocimiento recíproco de sus derechos.

Artículo 4.34.- “Si dictada la resolución de adjudicación, aparecen bienes omitidos en el inventario, podrán, los interesados solicitar su inclusión mediante el incidente respectivo, cumpliéndose con los requisitos exigidos para las secciones segunda, tercera y cuarta”.

Como ya se menciona, en la tramitación de las sucesiones, en lo general es determinar quien tiene derecho de suceder a los bienes del de cujus, por lo tanto, habiendo bienes, casi siempre van a existir diferencias, situación que contempla el artículo anterior, y si esto acontece en la tramitación ante notario, los

comparecientes van hacer doble gasto e inclusive tendría que dejar de conocer de la tramitación.

Artículo 4.35.- “Si durante la tramitación de un intestado se exhibe el testamento, se sobreseerá aquél, para iniciar el juicio testamentario, a no ser que se refiera a una parte de los bienes hereditarios, en este caso se acumularán los juicios y el albacea será el testamentario; la liquidación y partición serán comunes; los inventarios lo serán cuando se acumulen antes de su formación”.

En el supuesto contemplado en este artículo, es difícil que se de la tramitación ante notario, ya que en caso que concurren dos juicios sobre una misma sucesión, la practica nos señala que es casi imposible que lleguen a un acuerdo, requisito indispensable para su tramitación.

4.3.2.- PROCEDIMIENTO SUCESORIO TESTAMENTARIO JUDICIAL

El juicio testamentario ante el Juez de primera instancia en materia familiar se iniciará cuando hay testamento otorgado con las formalidades de ley. (Art. 4.36 CPCEM)

Presentado el testamento, el Juez sin mas trámite, lo tendrá por radicado y en el mismo auto ordenará convocar a los interesados a una junta para que se les de a conocer el contenido del testamento y el albacea a nombrar y en su caso, para que acepte el cargo, si no hubiere nombramiento para que procedan a elegirlo. (Art. 4.37)

La junta se verificará dentro de los ocho días siguientes a la citación si la mayoría de los herederos residen en el lugar del juicio, de no ser así, se celebrará dentro de los treinta días siguientes. (Art. 4.38)

Si se desconoce el domicilio de los herederos, se citará por edictos, que se publicarán por una vez en los términos de ley. (Art. 4.39)

En la junta, si el testamento no se ha impugnado, ni se objeta la capacidad de los interesados, el Juez reconocerá su validez y como herederos o legatarios a los que estén nombrados en las porciones que les corresponden. (Art. 4.40)

Si se impugna la validez del testamento o la capacidad de algún heredero, se continuara el juicio hasta antes de la adjudicación, en tanto se dicte sentencia definitiva sobre la impugnación. (Art. 4.41)¹⁰³

4.3.3.- PROCEDIMIENTO SUCESORIO TESTAMENTARIO NOTARIAL.

La sustanciación de este procedimiento esta contemplada en el Título Cuarto de la Ley del Notariado Para el Estado de México el cual tiene el Título **“DE LA TRAMITACIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS NO CONTENCIOSOS”**, en la sección primera nos señala:

Artículo 123.- “Cuando en un testamento, todos los herederos instituidos sean personas con capacidad de ejercicio, el procedimiento sucesorio testamentario podrá tramitarse ante notario”.

Artículo 124.- “El albacea, si lo hubiere y los herederos podrán solicitar al notario de su elección, la tramitación del procedimiento sucesorio testamentario, exhibiendo para tal efecto el acta de defunción del autor de la herencia, un testimonio del testamento y los demás requisitos que señale el reglamento”.

Artículo 125.- “Cuando en la tramitación de un procedimiento sucesorio testamentario **surja conflicto de intereses entre los herederos, el notario se abstendrá de seguir conociendo del asunto y remitirá de inmediato las actuaciones al Juez competente**, para tramitar la sucesión”.

103 Cfr. Montiel Rojas, Arturo, Código de Procedimientos Civiles del Estado de México. publicado el 7 de mayo del año 2002. Gaceta de Gobierno del Estado de México.

Atendiendo al contenido del artículo 124 nos remitimos al reglamento del notariado a efecto de determinar cuales son “los demás requisitos que se requieren para la tramitación del procedimiento sucesorio testamentario ante notario”; en el título cuarto del referido reglamento titulado de la tramitación de los procedimientos no contenciosos el capítulo primero de los procedimientos no contenciosos el artículo **66** nos señala: **“Serán aplicables a la tramitación notarial de las sucesiones todas las disposiciones relativas del Código Civil y del Código de Procedimientos Civiles del Estado de México, en lo no previsto por la Ley y en este ordenamiento”**.

Y en la sección primera nos menciona del procedimiento sucesorio testamentario.

Artículo 67.- “Cuando en un testamento, todos los herederos instituidos sean personas con capacidad de ejercicio, la testamentaría podrá tramitarse ante notario siguiendo el procedimiento establecido por el Código de Procedimientos Civiles”.

Remitiéndonos al Código de Procedimientos Civiles vigente en el Estado de México en el título segundo sucesiones, capítulo ocho de la tramitación por notarios, el artículo **4.77** nos dice: **“La tramitación de la sucesión, podrá realizarse ante notario, cuando no haya controversia alguna”**.

Así mismo nos señala que el juicio sucesorio iniciado ante el órgano jurisdiccional puede continuarse ante notario, a solicitud de los interesados satisfaciendo los requisitos del artículo anterior.

A continuación haremos mención a uno de los artículos **“innovadores”** del Código de Procedimientos Civiles en el Estado de México que permite de manera expresa **conocer al notario de la tramitación de la sucesión en comento desde la primera sección** situación que desde nuestro punto de vista es una declaración de derechos, por lo tanto, consideramos que dicha declaración de

derechos **la debe de hacer una autoridad judicial y no un fedatario público, sin ese carácter**; dicho artículo es el **4.79** que señala “Cuando hay testamento público abierto, el albacea si lo hubiere y los herederos, con la copia certificada del acta de defunción del autor de la herencia y un testimonio del testamento, **comparecerán ante el notario para reconocer sus derechos hereditarios y aceptar la herencia.**”

La ley adjetiva de la materia nos refiere que cuando no exista albacea, los herederos lo designaran; así mismo el albacea deberá presentar inventario, avalúo y proyecto de partición y se procederá a otorgar la escritura de adjudicación.

En ese mismo capítulo no hace referencia especial a la sustanciación del trámite, por lo tanto, nos remitimos al capítulo segundo que nos señala la sustanciación de la tramitación de las testamentarias, el cual nos indica el procedimiento testamentario judicial a excepción del artículo 4.37 que en esencia es lo mismo que el precepto antes invocado con la diferencia de que en el primero hace referencia al notario y el segundo hace referencia al Juez.

4.3.4.- PROCEDIMIENTO SUCESORIO INTESTAMENTARIO JUDICIAL.

Al denunciarse un intestado, justificará el interesado, el parentesco o lazo que lo hubiere unido con el autor de la herencia.

En la denuncia se deberá indicar los nombres y domicilios de los presuntos herederos legítimos.

Cualquiera que tenga interés en que se nombre albacea o interventor, podrá hacer la denuncia del sucesorio. Mencionará nombre y domicilio de los presuntos herederos legítimos para que se les notifique y realicen el trámite para nombrar albacea. De no nombrarlo o no comparecer herederos, en el plazo de quince días, el Juez nombrará interventor, quien ejercerá acciones o contestará demandas a nombre de la sucesión hasta en tanto se designe albacea.

El Juez al radicar la sucesión ordenará notificarla a las personas señaladas como presuntos herederos legítimos para que, dentro de los treinta días siguientes, justifiquen sus derechos a la herencia; pedirá informes al archivo general de notarías y al registro público de la propiedad sobre la existencia de testamento.

Transcurrido el plazo concedido a los presuntos herederos, sin que ello implique pérdida de sus derechos, a petición de algún interesado se **dictará auto de declaración de herederos**; También lo hará antes del plazo si comparecen todos los citados.

Este auto será apelable sin efecto suspensivo.

En el auto declarativo de herederos, se citará a junta de herederos dentro de los ocho días siguientes para que designen albacea. Se omitirá si el heredero fuere único o si nombran por escrito a una misma persona.

Si ninguno de los presuntos herederos es declarado como tal, se notificará al Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia del Estado, para que deduzca sus derechos.

Si ninguno de los pretendientes hubiere sido declarado heredero, continuará como albacea judicial el interventor que se hubiere nombrado antes o que en su defecto se nombre.

Al albacea se le entregarán todos los documentos inherentes a los bienes que forman la masa hereditaria y los herederos le concederán facilidades y auxilio para el desempeño de su cargo.

4.3.5.- PROCEDIMIENTO SUCESORIO INTESTAMENTARIO NOTARIAL

En el título cuarto de la ley de notariado del Estado de México de la tramitación de los procedimientos no contenciosos sección segunda del procedimiento sucesorio intestamentario nos señala:

Artículo 126.- “Cuando todos los herederos sean mayores de edad y no exista conflicto de intereses entre estos, el procedimiento sucesorio intestamentario podrá tramitarse ante notario”.

Los requisitos que señala este precepto legal, son los que marcan la pauta para poderse tramitar ante notario una sucesión, es decir, condiciona a todos aquellos que quieran este tipo de tramitación, ya que de no ser así de entrada ya existiría oposición, que sería el Ministerio Público en representación de los menores o mayores declarados en estado de interdicción.

Artículo 127.- “Los presuntos herederos de acuerdo con el orden de prelación que establece el Código Civil del Estado de México podrá solicitar al notario de su elección, la tramitación del procedimiento sucesorio intestamentario, exhibiendo para tal efecto el acta de defunción del autor de la herencia y los documentos del registro civil o las pruebas que legalmente acrediten su entroncamiento con este”.

El derecho de prelación que señala el artículo anterior se base en la regla de que los parientes cercanos, excluyen a los lejanos, es decir, tiene derechos: los descendientes, cónyuge sobreviviente, ascendientes, colaterales etc., y en su caso cualquiera de ellos que denuncie obviamente acreditando su entroncamiento con el de cujus, debe mencionar quienes son los presuntos a heredar y notificarles la radicación de la sucesión, concediéndoles el plazo de treinta días para que se apersonen a juicio, y en caso de apersonarse para que el notario pueda seguir conociendo todos deben ser mayores de edad y estar de acuerdo, de lo contrario no sería posible esta tramitación.

Artículo 128.-“En caso de inconformidad de cualquiera de los presuntos herederos o de un tercero por la tramitación del procedimientos sucesorio intestamentario, el notario se abstendrá de seguir conociendo y remitirá de inmediato las actuaciones al juez competente para tramitar la sucesión legítima”.

Es importantísimo hacer notar que de acuerdo a lo que señala el artículo antes mencionado, es una limitante ya que condiciona que siempre debe de existir un acuerdo entre los presuntos herederos en la tramitación de este procedimiento ya que en caso que se suscite alguna diferencia o inconformidad en su tramitación, el fedatario que conozco del mismo, se encontrará impedido para seguir su tramitación, en este caso la ley lo obliga a que remita de inmediato las actuaciones al juez para la tramitación de la sucesión legítima; pero surge la interrogante ¿A partir de que momento debe el juez iniciar, continuar o reiniciar con el procedimiento no contencioso que iniciara un notario?; al checar el reglamento notarial y el Código de Procedimiento Civiles vigente en el Estado de México, no existe disposición legal alguna que obligue al juez a reconocer las actuaciones tramitadas ante un notario en un procedimiento no contencioso, como resultado de lo anterior ¿Qué beneficios o perjuicios obtuvieron los demás presuntos herederos al iniciar una sucesión legítima ante notario?; consideramos que no se obtienen beneficios si tomamos en cuenta que el juez no esta obligado a reconocer dichas actuaciones a pesar que las mismas ya se encuentren avanzadas en cualquier etapa pero sólo antes de la adjudicación (obviamente sin que haya sido aprobada por la totalidad de los denunciantes) y tendrían que iniciar nuevamente la tramitación de la sucesión legítima ante el juez a partir de la primera sección, quién sí esta plenamente facultado por ley para resolver de cualquier controversia que se suscite y en su caso resolver conforme a derecho; por otro lado, los perjuicios obtenidos, en esencia son dos, desde nuestro punto de vista, el primero es económico si tomamos en cuenta que los aspirantes a heredar tendría un deterioro económico en su patrimonio porque ya habría pagado un costo de un proceso ante notario que no le serviría para lo que pretendía y que es la adjudicación de una herencia y el segundo, la perdida de tiempo que invirtió en

este proceso que inclusive es más largo que ante un órganos jurisdiccional y que en lo sucesivo se detallará.

A continuación mencionaremos lo que refiere el título cuarto de la tramitación de los procedimientos no contenciosos sección segunda del procedimiento sucesorio in testamentario.

Artículo 68.- “A petición de todos los presuntos herederos cuando sean personas con capacidad de ejercicio que no exista controversia alguna, el notario radicará la sucesión intestamentaria”.

Artículo 69.- “En la escritura de radicación el notario hará constar:

I El consentimiento de todos los presuntos herederos para que la sucesión se tramite notarialmente, manifestando bajo protesta de decir verdad que no tiene conocimiento que además que los comparecientes exista alguna otra persona con derecho de heredar:

II Que le fueron exhibidos la partida de defunción del autor de la sucesión y los documentos del registro civil con que acreditan su entroncamiento”.

Artículo 70 del reglamento de la ley del Notario del Estado de México.- “Radicada la sucesión, el notario recabará del archivo (archivo general de notarias del Estado de México), del registro público y del archivo judicial informes sobre la existencia de testamento; si de los informes se desprende la inexistencia de testamento, hará dos publicaciones de un extracto de la escritura con un intervalo de siete días hábiles, en el periódico oficial gaceta de gobierno y en un diario de circulación nacional”.

En el procedimiento judicial no se hacen dichas publicaciones, ya que inmediatamente después de los informes antes mencionados y habiendo citado a los presuntos herederos se dictará auto declarativo de herederos, por lo tanto, el

trámite ante notario no es más rápido como se menciona en la exposición de motivos.

Artículo 71.- “Hechas las publicaciones, el notario en un segundo instrumento procederá a:

I.- Tomar la declaración de dos testigos idóneos a su juicio, quienes declararan bajo protesta de decir verdad si los comparecientes son las únicas personas con derecho a heredar”.

Este requisito en el procedimiento judicial no esta contemplado, ya que se encuentra abrogado, a partir del año 2002 con la entrada del vigente, por lo tanto desde nuestro particular punto de vista es contradictoria, ya que en un código abroga y en otro lo establece.

II.- Hacer constar que los comparecientes se reconocen recíprocamente sus derechos hereditarios”.

Lo que se aprecia de este precepto legal es que esta tramitación es de **orden convencional**, ya que los denunciados son los que se van a reconocer derechos ¿pero y los que no están enterados de esa tramitación?, nosotros consideramos que este precepto legal sirve únicamente como escudo para proteger a los notarios de alguna posible responsabilidad que pudiera surgir en un futuro por esta tramitación, siendo que ellos únicamente dan fe de lo que les están manifestando, no si sus manifestaciones son verdaderas o falsas, pudiendo argumentar que hicieron la protesta de ley correspondiente de decir verdad.

Además es importantísimo señalar que en ningún momento el fedatario hace un reconocimiento expreso de quienes tienen derecho a heredar, por lo tanto, no media un auto declarativo de herederos, indispensable en el procedimiento judicial.

III.- “Hacer constar la designación del albacea, su aceptación y discernimiento del cargo, así como la constitución o dispensa de la caución correspondiente.”

Artículo 72.- “En la escritura de adjudicación el notario hará constar:

I.- El inventario y avalúo de los bienes de la sucesión formulado por el albacea;

II.- La aprobación de las cuentas de administración o la dispensa de su rendición, por parte de los herederos;

III.- La aprobación del proyecto de partición de la herencia, por parte de los herederos”.

Artículo 73.-“Cuando exista inconformidad de cualquiera de los herederos o de un tercero que se oponga expresamente a la tramitación del intestado, el notario se abstendrá de seguir actuando y, en su caso, remitirá a la autoridad judicial que lo solicite copia certificada de lo ante él tramitado”.

Consideramos que este artículo hasta cierto punto rescata el derecho de audiencia de cualquier heredero que hubiera denunciado ante su fe, y no se le hiciera caso ya que en el primer instrumento el manifiesta conformidad con la tramitación ante notario; ó en su caso de algún acreedor del de cujus que no pueda acreditar algún parentesco con el mismo, por lo tanto, ambos si se enteran antes de la adjudicación tienen la posibilidad de denunciar ante el órgano jurisdiccional competente y manifestar su inconformidad al juez, para que a su vez este requiera al notario para que se abstenga de seguir conociendo de esta tramitación.

DIFERENCIAS RELEVANTES EN LA TRAMITACION DE LAS SUCESIONES EN VIA JUDICIAL Y NOTARIAL.

A continuación y tomando en consideración que hemos hecho mención de la tramitación de los juicios sucesorios testamentarios e in testamentarios ante el órgano jurisdiccional y ante los notarios a continuación haremos notar las **diferencias** en la sustanciación de los procedimientos antes mencionados:

Diferencias en los Testamentarios: En los procedimientos TESTAMENTARIOS JUDICIAL Y NOTARIAL, como ya se menciona, la **única diferencia relevante**, es que uno se tramita ante un órganos jurisdiccional o juez y el segundo ante notario, lo anterior se deduce del artículo 124 de la ley del notario que en esencia señala los requisitos de la tramitación que son: solicitar la tramitación ante notario exhibiendo el acta de defunción del autor de la herencia, un testimonio del testamento y los demás requisitos que señale el reglamento.

Y el artículo 67 del reglamento señala que dicha sucesión podrá tramitarse ante notario siguiendo el procedimiento establecido por el código de procedimientos civiles.

De esta primer diferencia que se hace, se aprecia que no existe ninguna aportación innovadora a la ciencia del derecho o que tenga un beneficio directo a la sociedad, por el contrario, limita aún más el actuar de los abogados postulantes en la tramitación o defensa ante los órganos jurisdiccionales en las sucesiones testamentarias, beneficiando en forma trascendente a los notarios que como ya vimos son particulares, con atribuciones que les delega el Estado.

Diferencias de las sucesiones In testamentarias, para lo cual será necesario indicar su sustanciación de cada uno de ellos, indicando por incisos los pasos a seguir, pero en cada bloque aunque hayan varios incisos, se pueden llevar a cabo en un solo escrito o acta según corresponda.

PROCEDIMIENTO SUCESORIO INTESTAMENTARIO JUDICIAL	PROCEDIMIENTO SUCESORIO INTESTAMENTARIO NOTARIAL
<p>a) Este procedimiento se iniciará con la denuncia del fallecimiento del autor de una sucesión; el denunciante justificará su parentesco o lazo que lo hubiere unido con el autor de la herencia; lo cual deberá acreditar con el acta de defunción y el acta de nacimiento correspondiente.</p> <p>b) El denunciante deberá indicar los nombres y domicilios de los presuntos herederos legítimos o puede acontecer que denuncien todos los presuntos herederos.</p>	<p>a) En la escritura de radicación el notario hará constar el consentimiento de todos los presuntos herederos los cuales deberán manifestar bajo protesta de decir verdad que no tienen conocimiento que además de los comparecientes exista alguna otra persona con derecho de heredar</p> <p>b) Que le fueron exhibidos la partida de defunción del autor de la sucesión y los documentos del registro civil con que acrediten su entroncamiento</p>
<p>c) El juez al radicar la sucesión ordenará notificar a las personas señaladas como presuntos herederos legítimos para que dentro del plazo de treinta días justifiquen sus derechos a la herencia.</p>	<p>c) Radicara la sucesión, el notario recabará del archivo general de notarías, del registro público de la propiedad y del comercio, del</p>

<p>d) Así mismo en el auto de radicación se pedirá informes al archivo general de notarias y al registro público de la propiedad sobre la existencia de testamento.</p>	<p>archivo judicial informes sobre la existencia de testamento.</p>
<p>e) Transcurrido el plazo concedido a los presuntos herederos, sin que ello implique pérdida de sus derechos, a petición de algún interesado se dictará auto declarativo de herederos. También lo hará antes del plazo si comparecen todos los citados.</p>	<p>d) Si de los informes que reciba se desprende la inexistencia de testamento, hará dos publicaciones de un extracto de la escritura con un intervalo de siete días hábiles en el periódico oficial gaceta de gobierno y en un diario de circulación nacional.</p>
<p>f) Para poder llevar a cabo el repudió de los derechos hereditarios, los presuntos herederos en cualquier etapa de la sucesión pueden hacer el repudió correspondiente; pero siempre debe realizarse antes del auto declarativo de herederos.</p>	<p>e) Hechas las publicaciones, el notario en un segundo instrumento procederá a tomar la declaración de dos testigos idóneos a su juicio quienes declararan bajo protesta de decir verdad si los comparecientes son las únicas personas con derecho a heredar.</p> <p>f) Se hará constar que los comparecientes se reconocen recíprocamente sus derechos hereditarios.</p> <p>g) Se hará constar la designación del</p>

	<p>albacea, su aceptación y discernimiento del cargo, así como la constitución o dispensa de la caución correspondiente.</p>
<p>h) Habiéndose cubierto los requisitos anteriores podrá solicitarse al juez del conocimiento a efecto de dictar la sentencia interlocutoria correspondiente o también llamado auto declarativo de herederos.</p> <p>i) En el auto declarativo de herederos se citará a una junta dentro de los ocho días siguientes para designar albacea; esta junta se omitirá si el heredero fuere único o si nombran por escrito a una misma persona.</p>	<p>h) Procediéndose de inmediato a la escritura de adjudicación, donde el notario hará constar:</p> <ul style="list-style-type: none"> -El inventario y avalúo de los bienes de la sucesión formulados por el albacea. -La aprobación de las cuentas de administración o la dispensa de su rendición por parte de los herederos. -La aprobación del proyecto de partición de la herencia, por parte de los herederos.
<p>j) Si ninguno de los presuntos herederos es declarado como tal, se notificará al sistema para el desarrollo integral de la familia del estado para que deduzcan sus derechos.</p>	<p>Para concluir se hace la observación que cuando exista inconformidad de cualquiera de los herederos o que un tercero se interponga expresamente a la tramitación del interesado, el notario se abstendrá de seguir actuando</p>

	y, en su caso remitirá a la autoridad que lo solicite copia certificada de lo ante el tramitado.
<p>Tiempo aproximado para la tramitación de la primera sección en procedimiento in testamentario ante órgano jurisdiccional:</p> <p>Incisos a y b; dos días hábiles.</p> <p>Incisos c y d; treinta días hábiles, pero si tomamos en cuenta que todos los denunciante están de acuerdo todos pueden denunciar al mismo tiempo y únicamente se tardarían los diez días hábiles que se tardan en dar contestación a los oficios girados al archivo general de notaría y registro público de la propiedad, los cuales empezarán a correr a partir de la fecha en que sean presentados en esas oficinas.</p> <p>Incisos e; por lo que respecta a este punto se puede omitir cuando existe un acuerdo de voluntades entre todos los denunciante.</p> <p>Inciso f; si tomamos en cuenta que es común que los hijos del autor de la sucesión repudien sus derechos a heredar, a efecto de que hereden en su totalidad el cónyuge sobreviviente; cuatro días, incluyendo el acuerdo y la ratificación ante la presencia judicial.</p>	<p>Tiempo aproximado para la tramitación de:</p> <p>Incisos a y b; cinco días hábiles.</p> <p>Inciso c; tres días hábiles.</p> <p>Inciso d; veinticinco días hábiles.</p> <p>Inciso e; cinco días hábiles.</p> <p>Inciso f; cinco días hábiles.</p> <p>Inciso g; cinco días hábiles.</p> <p>Inciso h; diez días hábiles.</p> <p>Con duración total aproximada de cincuenta y ocho días hábiles, es decir alrededor de dos meses con tres semanas.</p>

<p>Inciso g; habiéndose cubierto los requisitos anteriores y solicitado se dicte el auto declarativo de herederos el juez tardará aproximadamente cinco días hábiles para emitirla.</p> <p>Inciso h; habiéndose emitido el auto declarativo de herederos, en tres días se hace la aceptación y protesta del cargo de albacea, ya que se deja abierta la posibilidad de que los mismos comparezcan en días y horas hábiles para tal efecto.</p> <p>Con duración total aproximada de cuarenta y cuatro días hábiles, es decir alrededor de dos meses, pero debemos tomar en cuenta de que si todos los denunciados están de acuerdo el tiempo de los treinta días se omite, reduciéndose el tiempo a menos de la mitad.</p>	
---	--

De la apreciación y análisis del cuadro anterior donde se establecen las diferencias de las sucesiones in testamentarias ante órgano jurisdiccional y ante notario se puede apreciar que en igualdad de circunstancias el procedimiento judicial es mucho más rápido ya que el primero se puede tramitar en aproximadamente un mes, habiendo comparecido todos y estando de acuerdo y duplicándose en caso de que alguno no quisiera comparecer voluntariamente.

En el procedimiento ante notario se aprecia que es un poco más tardado ya que tiene un procedimiento especial que está contemplado del artículo 69 al 73 del reglamento del notario para el Estado de México teniendo como desventaja que

todos los denunciados deben estar de acuerdo y el notario dejará de conocer del mismo al momento de que surja dicha situación y remitirá en su caso al juez copias certificadas de las constancias que ante el se tramitaron.

Sin embargo, ni el Código de Procedimientos Civiles vigente en la entidad, ni en la Ley del Notariado de la entidad y su reglamento obligan algún juez a reconocer las actuaciones tramitadas ante un notario a efecto de que se sigan tramitando ante el órgano jurisdiccional a partir de la etapa en que el fedatario en mención se haya abstenido de seguir conociendo del mismo; por lo tanto resulta ineficaz dicha tramitación, si algún coheredero por alguna ofuscación o diferencia se opone a dicha tramitación, si tomamos en cuenta que el conflicto en esencia es sobre los derechos legítimos que se tengan para recibir una herencia.

4.4.- DEL ARBITRAJE Y LA MEDIACIÓN NOTARIAL.

En la vida social, las personas se relacionan normalmente sobre la base de acuerdos de voluntades, del convenio o del contrato, del cumplimiento espontáneo de sus obligaciones. Sin embargo eventualmente surgen conflictos de intereses entre los sujetos de derecho: una persona afirma ser la propietaria de un bien y pretende que se le entregue y la que posee dicho bien se resiste a entregarlo, aduciendo que ella también tiene título de propiedad sobre el mismo bien. Entonces surge el *litigio*.

A continuación daremos una definición de *litigio* que ha sido considerada como clásica realizada por Francesco Carnelutti, que dice: “*El conflicto de intereses calificado por la pretensión de uno de los interesados y la resistencia del otro*”.¹⁰⁴ El conflicto de intereses solo se convierte en litigio cuando una persona formula contra otra una pretensión, es decir, exige la subordinación del interés ajeno al interés propio; y frente a esta pretensión, la otra parte, expresa su resistencia, o

104 Carnelutti Francesco, Sistema de Derecho Procesal Civil, Trad. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo Santiago Sentis Melendo, UTEHA, Buenos Aires, 1944, pág 44.

sea se opone a la misma, negando subordinar su interés propio al interés hecho valer mediante la pretensión.

Si ante la pretensión de la primera, la segunda no opusiera resistencia, no surgiría el litigio; el conflicto de intereses quedaría resuelto por la sumisión de la persona contra la cual se formula la pretensión.

Para que quede plenamente comprendido el concepto de litigio mencionaremos los elementos del concepto carneluttiano; son la existencia de dos sujetos- uno que pretende y uno que resiste- y de un bien jurídico- que puede ser material o inmaterial-, respecto del cual versan la pretensión y la resistencia cada uno de estos sujetos recibe el nombre de parte; con ello se indica más bien su posición que su individualidad, o sea que es *uno de los dos sujetos* del conflicto y por lo mismo, que forma parte de un todo. No se debe confundir el *sujeto del litigio* con el *hombre*; en los conflictos en que están en juego intereses colectivos, el sujeto del litigio puede ser, en lugar de un hombre un grupo de ellos.

Para Carnelutti “el litigio no es solo un conflicto de intereses, sino un conflicto **jurídicamente calificado**, es decir, trascendente para el derecho”.¹⁰⁵

Los medios para solucionar los conflictos de intereses jurídicamente trascendentes, como se deduce del concepto de Alcalá- Zamora, se clasifican en tres grandes grupos: *la auto tutela, la auto composición y la heterocomposición*.

Como su nombre lo indica, tanto en la auto tutela como en la auto composición la solución va a ser dada por una o ambas partes en conflicto; por eso se califica a estos medios como parciales, no en el sentido de que sean incompletos, sino que proviene de las propias partes. En cambio, en la heterocomposición, la solución va a provenir de un tercero a la controversia por lo que se califica de **imparcial**.

105 Ibidem. Pág. 136.

Como ya lo hemos mencionado en la **heterocomposición** la solución a un conflicto es calificada de *imparcial*, por que no va a ser dada por las partes, sino por un tercero ajeno al litigio, un tercero sin interés propio en la controversia.

Podemos señalar que la heterocomposición es una forma de solución de los conflictos que se suscitan entre particulares sin llegar propiamente a un litigio.

Como podemos apreciar de la explicación dada con anterioridad, tomando en consideración que el arbitraje y la mediación forman parte de la heterocomposición; el objeto de otorgar tales atribuciones a los notarios es con el fin de auxiliar a la administración pública, concretamente al poder judicial en el conocimiento y solución de conflictos entre particulares, los cuales se llevarán a cabo a petición de parte; pero la interrogante que surge es **¿Son verdaderamente eficaces las soluciones de los conflictos que se surgen entre los particulares y que son ventilados por los notarios?**

De la atribución antes mencionada se funda en el artículo 129 y 130 de la Ley del Notariado del Estado de México los cuales a la letra dicen:

Artículo 129.- “Los notarios podrán desempeñar funciones de arbitro o de mediador y conocerán de los asuntos que le soliciten los interesados conforme a los compromisos respectivos, observándose para su trámite las formalidades y restricciones que fije el Código de Procedimientos Civiles para el Estado de México, el Código de Comercio y otras leyes”.

Estas funciones que les atribuyen en ley, desde nuestro punto de vista son incompatibles con la función notarial, tomando en cuenta que las referidas atribuciones son alternativas de solución a los conflictos y para resolver con eficacia las controversias planteadas además de conocer las reglas esenciales del conflicto que se trate, debe tenerse una formación procesalista, además que se viola el artículo 1.1Tr del Código de Procedimientos Civiles vigente, ya que refiere:

“Corresponde a los Tribunales del Poder Judicial, la facultad de interpretar y aplicar las leyes en los asuntos del orden civil y familiar del fuero común, lo mismo que del orden federal, en los casos en que expresamente lo ordene la ley”, por lo anterior consideramos que se vulnera la esfera jurisdiccional otorgada al Poder Judicial por conductos de los tribunales previamente establecidos.

Artículo 130.- “El colegio coordinará a los notarios que desempeñen la función de arbitro o mediador en términos de las disposiciones del reglamento”.

A continuación haremos mención a lo que señala el reglamento del notariado para el Estado de México en su capítulo segundo a efecto de la sustanciación o tramitación del arbitraje y la mediación.

Artículo 74.- “Para los efectos de coordinar las funciones de los notarios que se desempeñen como árbitros o mediadores, el colegio:

- I Llevará el registro de los notarios que se desempeñen como árbitros o mediadores;
- II Designará a petición de parte, a los notarios que deberán fungir como árbitros o mediadores en asuntos específicos que se le planteen;
- III Recabar la información relativa a los asuntos en los que intervengan los notarios como árbitros o mediadores;
- IV Brindará apoyo y orientación a los notarios que se desempeñen como árbitros o mediadores”;

De esta fracción se puede apreciar que el notario es un profesional que no tiene propiamente una preparación de carácter procesalista destinada a solucionar conflictos en su calidad de arbitro, ya que a pesar de estar facultados para conocer de los mismos, en el compromiso arbitral se podrá pactar sobre las reglas procesales, pero en todo caso deberán respetarse las formalidades esenciales del procedimiento (art 2.293 del CPCEM), por lo tanto, basta con que tenga una falla

en una formalidad esencial, para que el juez de primera instancia al resolver alguna inconformidad deje sin efecto el auto o resolución, derivada de la misma falla.

V Divulgará los servicios de arbitraje y mediación como parte del ejercicio de la función notarial.

Artículo 75.- “El colegio en ningún caso tendrá responsabilidad civil derivada de la designación o del desempeño de los notarios que funjan como árbitros o mediadores”.

En esta disposición legal, los suscritos no estamos de acuerdo en esta excluyente de responsabilidad, tomando en cuenta que si el colegio coordina y dirige a los notarios en estas facultades, y al ser los notarios particulares, deben responder como tales en las responsabilidades que tengan derivadas de su encargo.

Artículo 76.- “El colegio durante el mes de enero de cada año publicará en el periódico oficial “gaceta de gobierno” el registro de los notarios que se desempeñen como árbitros o mediadores”.

Artículo 77.- “Las actuaciones de los notarios en materia de arbitraje y mediación se asentarán en su protocolo”.

Artículo 78.- “**Los honorarios** de los notarios que se desempeñen como árbitros o mediadores, **se fijará por convenio** con quienes soliciten sus servicios, a falta de convenio se aplicará el arancel”.

Por lo que respecta a la fijación de los honorarios los suscritos estamos en desacuerdo que se fijen por convenio, ya que se rompe el principio de imparcialidad que debe existir para una buena administración de justicia.

Para darnos una idea concreta de las dos figuras jurídicas antes mencionadas haremos mención a lo que señala el procesalista José Ovalle Favela¹⁰⁶ en su obra denominada Teoría General del Proceso, mismo que a la letra dice:

Arbitraje.- En este caso el árbitro que es un tercero ajeno a la controversia puede tener una función de mayor relieve en la solución del litigio como ocurre en el arbitraje. En esta especie de la heterocomposición, el tercero (que se denomina arbitro, no se limita a proponer la solución a las partes, sino que va a disponer dicha solución a través de una resolución obligatoria para las partes, a la que se conoce como laudo. Sin embargo, para que el arbitraje pueda funcionar es necesario que previamente las partes hayan aceptado, de común acuerdo, someterse a este medio de solución.

El arbitraje presupone la existencia de un conflicto, de un litigio que surge entre las partes; pero también requiere que haya, dentro de ese litigio, un acuerdo entre las partes para someter sus diferencias al arbitraje. Este presupone, por tanto, la existencia de un acuerdo entre las partes, para solucionar su desacuerdo, su litigio, a través de dicho medio heterocompositivo.

El acuerdo previo de las partes (al que se le suele denominar genéricamente acuerdo arbitral) puede revestir la forma de una cláusula compromisoria, que es una estipulación sostenida dentro de un contrato principal, en el cual las partes contratantes manifiestan su voluntad, de que, si llega a surgir algún conflicto sobre la interpretación o aplicación del contrato, aquel sea resuelto por medio del arbitraje. En este caso, el acuerdo solo es una cláusula dentro de un contrato, que se conviene antes de que surja el litigio, precisamente para prever su medio de solución. Pero el acuerdo también puede manifestarse a través de un compromiso arbitral, que es un convenio principal que celebran las partes para someter al arbitraje un litigio presente. En ambos casos, es la voluntad de las partes la que hace posible que el litigio se sujete a la decisión del arbitro; pero una vez celebrada la cláusula compromisoria o el compromiso arbitral, la sujeción de las

106 Cfr. Ovalle Favela José. Teoría General del Proceso. Sexta Edición. Editorial Oxford. México. 1991. Pags. 23 y 24.

partes al arbitraje y al laudo ya no depende, de nueva cuenta, de su voluntad; después del acuerdo arbitral, la sumisión al arbitraje y al acatamiento del laudo resultan obligatorios para las partes.

No obstante, el árbitro **por ser solo un particular y no un órgano del Estado, una autoridad de este, carece de imperio para imponer coactivamente sus resoluciones**, tanto las que dicte en el curso del arbitraje como aquella con la que decida la controversia, es decir, el laudo. Las facultades del árbitro para solucionar el conflicto no derivan directamente del Estado, sino del acuerdo previo celebrado por las partes, conforme a la legislación. Pero este acuerdo de las partes no puede proveer al árbitro del imperio del Estado. El árbitro no es autoridad, pues carece de **Coertio** para imponer las determinaciones que dicte durante el arbitraje, y de **executio** para ejecutar el laudo. En ambos casos **el interesado tendrá que acudir a un juez, a un órgano jurisdiccional del Estado, para que, en ejercicio de sus facultades de imperio, ordene el cumplimiento forzoso de la determinación o la ejecución coactiva del laudo (Art. 2.302 y 2.303 del CPCEM)**. Este no posee por sí mismo la fuerza ejecutiva de la sentencia judicial. El juez debe ordenar su ejecución solo si estima que el compromiso arbitral o la cláusula compromisoria se celebraron conforme a derecho; que se integro validamente el tribunal arbitral; que el juicio arbitral versó precisamente sobre el conflicto sometido a arbitraje, y que en él se cumplieron las formalidades esenciales del procedimiento; en caso contrario, debe negar la ejecución.¹⁰⁷

El fundamento de la obligatoriedad del laudo reside en el acuerdo previo de las partes y en la autorización que la ley da a estas para que sometan su controversia al arbitraje. Mientras las partes no acuerden someter su conflicto al arbitraje o mientras la ley prohíba o no autorice expresamente el arbitraje tanto este como el laudo carecerán de fuerza obligatoria. En la libertad de las partes esta decidir si acuden o no al arbitraje siempre que la ley lo permita. Hay controversias respecto

107 Cfr. Ovalle Fabela, op. Cit. Nota 110, págs.350 y 352. en el artículo 1457 del código de comercio se señalan razones similares a las mencionadas para demandar la nulidad del laudo arbitral; y en el art. 1462 del mismo ordenamiento se indican las mismas razones para que el juez deniegue el reconocimiento y la ejecución de los laudos arbitrales extranjeros.

de las cuales la ley prohíbe o no autoriza que se resuelvan por este medio heterocompositivo, por lo que el acuerdo de las partes para someter este tipo de conflictos al arbitraje carecerá de eficacia jurídica.

Tomando en consideración los argumentos vertidos consideramos que es aceptable esta atribución otorgada a los notarios, si tomamos en consideración que es la voluntad de las personas que tienen una controversia, el sujetar sus diferencias al juicio arbitral; si tomamos en cuenta que la obligatoriedad de esta figura emana de un **compromiso arbitral** que aceptan con conocimiento de causa de sus alcances, los cuales deben cubrir dos requisitos:

- a) **Señalar el negocio que se sujete al juicio arbitral.**
- b) **El nombre de los árbitros** (en este caso la ley no señala requisitos que deba de cubrir la persona que sea nombrada como arbitro, por lo tanto, consideramos que admite la intervención de un Notario como arbitro, ya que puede ser cualquier particular)

Por lo que respecta a esta figura jurídica, en la presente investigación no entraremos en detalle a la sustanciación del procedimiento especial ya que se encuentra claramente detallado en el capítulo III del Código de Procedimientos Civiles del Estado de México.

Como se puede apreciar del precepto legal antes invocado se le delegan dos atribuciones mas a los fedatarios en mención sin embargo el Colegio de notarios coordinará a los notarios que desempeñan la función de árbitro o mediador en términos de las disposiciones del reglamento; es decir los notarios no están especializados dentro de su preparación en el colegio de notarios a efecto de desempeñar las funciones antes mencionadas ya que en el arbitraje para poder llevar a cabo un buen desarrollo además de tener conocimientos sustanciales de la figura jurídica que el demandante pretenda obtener mismas que estarán contempladas en el Derecho Privado, deberá tener conocimientos procesales

mismos que están contemplados en el Código de Procedimientos Civiles local o en el Código de Comercio en caso de conocer sobre negocios mercantiles, atendiendo a lo anterior haremos mención a lo que señala el procesalista José Ovalle Favela¹⁰⁸ en su libro Teoría General del Proceso en su sexta edición: “el ordenamiento jurídico contiene, por un lado, normas que establecen derechos y obligaciones, facultades y deberes por las personas, y que prevén, normalmente, las sanciones que deben aplicarse a aquellas cuando incurren en incumplimiento. Al conjunto de esas normas jurídicas se les suele denominar **Derecho sustantivo o material**. Estas normas, por ejemplo, determinan cuales son los derechos y las obligaciones de las partes en un contrato, mismo que se adecuará a las reglas específicas del mismo (compra-venta, arrendamiento, donación, etc), u otros actos jurídicos; señalan que personas tienen derecho a heredar; en caso de que el autor de la sucesión fallezca sin dejar testamento valido...etc.”

“Para el ordenamiento jurídico sería insuficiente e ineficaz si se limitará a establecer normas de derecho sustantivo o material, dejando sujeta su aplicación exclusivamente a la espontánea voluntad de sus destinatarios. Si bien la mayor parte de las veces estos últimos suelen acatar las normas de derecho sustantivo, existen casos en que no se da ese acatamiento, en los que surgen conflictos acerca de la interpretación y el cumplimiento de dichas normas, o en fin en los que para que se puedan cumplir una de esas normas, se requiere necesariamente seguir un procedimiento.

“Por esta razón, al lado de las normas de Derecho sustantivo o material el ordenamiento jurídico también contiene normas de derecho **instrumental formal o adjetivo**, que son aquellas que prescriben las condiciones y los procedimientos para la creación y aplicación de las normas, así como la integración y competencia de los órganos del Estado que deben intervenir en dichos procedimientos”

108 Ibidem. Nota 110. Pág 353 y 354.

Sin adentrarnos más al estudio del derecho sustantivo y adjetivo en mención comentamos desde nuestro particular punto de vista que esta atribución es de gran responsabilidad para los fedatarios tomando en cuenta que para el buen desarrollo de un proceso debe conocer de fondo y de forma todas las figuras jurídicas en las que pueda existir un litigio y para poder emitir el laudo correspondiente tiene que aplicar la ley instrumental aplicable al caso concreto que pretenda resolver; por lo tanto consideramos que deben derogarse, dicha atribución.

Para concluir mencionaremos que a pesar de que un notario sea nombrado como arbitro, para poder ejecutar sus determinaciones emanadas en autos, decretos y laudo se turnara el expediente al Juez de primera instancia del lugar designado en el compromiso, en su defecto, el del lugar donde se tramite el juicio arbitral o el del lugar que hayan acordado las partes en el juicio arbitral; pero precisamente por tal motivo deja de ser eficaz para cubrir los requisitos constitucionales que son emitir resoluciones pronta, completa e imparcial, si tomamos en cuenta que para cualquier etapa procesal que admita algún recurso, el juez de primera instancia es el que decidirá sobre el recurso interpuesto, por lo que no admite reducción de tiempo, ya que sigue las mismas reglas procesales de la ley adjetiva de la materia; y por lo que respecta a la imparcialidad que exige la ley, desde nuestro punto de vista consideramos que es difícil que se de esta característica en el arbitraje, en virtud que el notario en su calidad de arbitro, nunca deja de ser un particular por lo tanto, condiciona sus servicios a un honorario, por tal situación al recibir un dinero por sus servicios, siempre va a existir la duda de la legalidad de su actuar, principalmente de quién no gane el asunto y sobre todo si el contrario fue el que contrata sus servicios.

MEDIACIÓN.- “La función de este tercero puede limitarse a propiciar la comunicación, la negociación entre las partes, para tratar de que ellas mismas lleguen a un acuerdo que resuelva el conflicto. En este caso, el tercero será simplemente un mediador, que al hacer posible las condiciones para que las

partes intercambien sus puntos de vista sobre el litigio y al invitarlas para que lleguen a un acuerdo, hacen posible propiciar la solución. A la función que desempeña este tercero se le denomina mediación”¹⁰⁹.

La mediación normalmente se lleva a cabo de manera informal y por lo mismo, no existían organismos o instituciones encargados de prestar regularmente este servicio; en la actualidad a partir de la vigencia del Código de Procedimientos Civiles del Estado de México que se comenta; las controversias jurídicas entre los particulares, podrán resolverse a través a través de la conciliación o de la mediación, como medio alternativo a la vía jurisdiccional. Los tribunales podrán remitir a los particulares al centro de mediación y conciliación, previo su consentimiento, que deberá constar en forma fehaciente (Art. 2.307). En los litigios individuales los propios abogados pueden contribuir a establecer la comunicación directa entre las partes, a fin de encontrar una solución negociada. En los conflictos internacionales, la mediación, a la que se suele identificar con los buenos oficios, ha sido un medio eficaz de solución pacífica. En este sentido, Sorensen señala que “la función de los buenos oficios y la mediación consisten en producir la iniciación o la reanudación de las negociaciones entre las partes, y ayudar a su progreso”.¹¹⁰

Se debe entender perfectamente que la mediación es un medio alternativo a la vía jurisdiccional para la solución de controversias entre particulares

El artículo 129 de la Ley del notariado señala: “los notarios podrán desempeñar funciones de arbitro o de mediador y conocerán de los asuntos que les soliciten los interesados conforme a los compromisos respectivos, observando para su trámite las formas y restricciones que fije el Código de Procedimientos civiles para el Estado de México, el Código de comercio y otras leyes”.

109 Idem.

110 Sorensen Max (ed.), Manual De Derecho Internacional Publico, fondo de cultura económica, México, 1973, p. 633.

Por lo que respecta a la figura de la mediación, comentamos: Desde nuestro punto de vista es ineficaz el convenio que en instrumento notarial emite el notario a efecto de dar cumplimiento al mismo; si entendemos a la mediación que es un medio alternativo de solución a los conflictos suscitados entre los particulares, siempre existe una posibilidad que alguno de ellos incumpla con el convenio emitido; como consecuencia de lo anterior la parte afectada por el incumplimiento va a buscar la forma que se cumpla, por lo que necesariamente va a tener que someter a consideración de un órgano jurisdiccional el cumplimiento del convenio que se haya realizado. Por lo tanto ¿Qué acción debe ejercitar un ciudadano a efecto de lograr que se de él cumplimiento de un convenio celebrado ante un notario en una mediación?:

Lo lógico y tomando en consideración que el notario es un fedatario facultado para emitir convenios dentro de un conflicto que resolvió dando alternativas de solución a las partes, es decir que lo resolvió por medio de la mediación; es que el convenio emitido tenga o surta efectos de categoría de cosa juzgada para que realmente fuera eficaz, sin embargo, si tomamos en cuenta que existe el principio de legalidad *que señala que la autoridad puede o debe de hacer únicamente lo que expresamente lo faculta la ley*; el interesado trataría de ejecutar dicho convenio en la vía de apremio, situación que como órgano jurisdiccional se tendría que analizar y desde nuestro punto de vista consideramos que no se podría ejecutar, lo anterior lo fundamos en :

Procedencia de la vía de apremio

Artículo 2.157.- “Vencido el plazo para cumplir voluntariamente, procede la vía de apremio a instancia de parte, siempre que se trate de la ejecución de una sentencia o de un convenio celebrado en el juicio ya sea por las partes o por terceros que hayan venido a juicio”.

Igualmente procede la vía de apremio en la ejecución de convenios aprobados por la Procuraduría Federal del Consumidor, en la ejecución de laudos emitidos por dicha Procuraduría y en la ejecución de convenios celebrados en el Centro de Mediación y Conciliación del Poder Judicial del Estado.

Atendiendo a lo anterior es evidente que se dejó fuera de tal ejecución a los convenios celebrados ante notario, por lo tanto, comentamos que desde nuestro punto de vista **tal atribución es ineficaz ya que no se puede ejecutar** tomando en cuenta que dicho convenio no tiene fuerza legal para hacer cumplir la voluntad de las partes a pesar de que el mismo sea llevado ante la presencia de fedatario público, el único beneficio que podría tener el afectado de incumplimiento en el convenio celebrado ante notario es que el mismo se llevo a cabo ante fedatario por lo tanto en ningún momento se podría objetar la existencia del mismo ya que según la ley adjetiva civil le concede valor probatorio, pero para exigir el cumplimiento del mismo se tendría que demandar en vía ordinaria civil el cumplimiento o rescisión del convenio, mismo que se fundaría en el incumplimiento de alguna de sus cláusulas, pero necesariamente tendría que agotarse todas las etapas procesales de un juicio, es decir, desde la presentación de la demanda hasta la sentencia que cause ejecutoria, pero basando el sometimiento del conflicto en el incumplimiento de alguna de las cláusulas y no en la existencia del convenio celebrado que como ya lo mencionamos sería desde nuestro punto de vista la única ventaja del convenio celebrado ante el notario. Además que consideramos ineficaz someter ante un fedatario un conflicto que no va a poder ser ejecutado en forma inmediata ya que en el Código de Procedimientos Civiles Vigente en el Estado de México que fue sometido ante la legislatura local el día siete de mayo del año dos mil dos, es decir, con fecha posterior a que se emitiera la ley del notariado vigente en el Estado de México resulta total y absolutamente incongruente el no haber contemplado la ejecución en vía de apremio la ejecución de los convenios celebrados ante notario.

Y para rematar lo absurdo de la facultad de mediador otorgada a los notarios, haremos mención que el Poder Judicial del Estado de México tiene contemplado en el Código de Procedimientos Civiles Vigente en sus artículos 2.307 y 2.308, la figura de la mediación y conciliación e indica que su procedimiento se regulará de acuerdo a su reglamento respectivo y uno de sus ***principios fundamentales es que este será gratuito a las partes***, mismo que si esta contemplado para ejecutarse en vía de apremio.

CAPITULO QUINTO.

ANTICONSTITUCIONALIDAD DE LA JURISDICCIÓN OTORGADA A LOS NOTARIOS PUBLICOS EN EL ESTADO DE MÉXICO.

5.1 CONCEPTOS DE CONSTITUCIONALIDAD, INCONSTITUCIONALIDAD Y ANTICONSTITUCIONALIDAD.

CONSTITUCIONALIDAD¹¹¹: “El término es usado en una doble aceptación, una técnica referida concretamente a actos de los poderes de un Estado, que deben estar de acuerdo o encontrar su fundamento tanto en la constitucional general, como en la particular de la entidad (artículo 105), o en caso de conflicto entre esos poderes respecto de esa materia, quién debe resolver, y lo hace en única instancia, es el pleno de la Suprema Corte de Justicia”.

En el léxico jurídico general, se usa el término para acudir a la conformidad con la constitución general de cualquier acto emane o no de una autoridad.

CONSTITUCIONALIDAD.¹¹² “En estricto sentido jurídico constituye la subordinación o adecuación de las leyes, decretos, ordenanzas o resoluciones que dicta el poder público a las leyes fundamentales o constitucionales. Toda disposición normativa debe reunir esa cualidad”.

En este trabajo de investigación como lo explicaremos más a detalle en líneas posteriores, apreciamos perfectamente que estas atribuciones mencionadas en el capítulo anterior no se adecuan a lo establecido en la constitución local, concretamente en el artículo 141

111 Trigueros Gaisman Laura- Arteaga Nava Elisub, Diccionario Jurídico. Derecho constitucional volumen II, Editorial Harla. Impreso en México. Pág 118.

112 Cfr. Garrone José Alberto. Diccionario Jurídico, Segunda Edición. Editorial Abeledo-Perrot. Argentina. Pág. 155.

CONSTITUCIONALIDAD.- ¹¹³“Característica de un acto o norma que responde al sentido político-jurídico de una constitución”.

INCONSTITUCIONALIDAD.-¹¹⁴ “Antinomia entre un acto y la constitución en el Estado de derecho, el Poder Judicial, controla normalmente la constitucionalidad de las leyes, no en forma genérica, si no referida a un caso concreto o con motivo de la acción de un particular”.

INCONSTITUCIONALIDAD¹¹⁵: “Palabra compuesta del prefijo negativo o privativo In y del sustantivo constitucionalidad. Denota por ende lo que no es conforme a la constitución. La inconstitucionalidad puede ostentarse como anticonstitucionalidad cuando se trata de leyes o actos de autoridad abiertamente opuestos a dicho ordenamiento supremo, es decir, que adolezcan de dicho vicio por medio indudable, manifiesto y notorio”.

INCONSTITUCIONALIDAD¹¹⁶: “Oposición de un acto, de un decreto o de una ley a los preceptos de la constitución”.

Como es de apreciarse en el presente trabajo, se puede observar en forma clara y precisa que los preceptos legales, establecidos en el Código de Procedimientos Civiles y la Ley del Notariado del Estado de México, donde se faculta expresamente a los notarios a efecto de conocer de los juicios sucesorios testamentarios o intestamentarios, son en todo momento violatorios de la seguridad jurídica que el Estado debe y tiene la obligación de otorgar a los gobernados, ya que en todo momento se rompe el principio de igualdad e imparcialidad que debe de existir en la tramitación de los juicios, ya que se pone en manos de particulares esta atribución que en esencia le corresponde cubrir al Estado por conducto de sus dependencias previamente establecidas.

113 Cfr. de Pina Vara, Rafael. Diccionario de Derecho, Editorial Porrúa. México 1998. Pág 315.

114 Garrone José Alberto. Diccionario Jurídico, Segunda Edición. Editorial Abeledo-Perrot. Argentina. Pág. 97.

115 Burgoa Orihuela, Ignacio. Diccionario de Derecho Constitucional, Garantías y Amparo. Quinta edición, Primera reimpresión, Editorial Porrúa. México, 1998. pp. 234.

116 Palomar de Miguel, Juan. Diccionario para Juristas, Tomo I. Editorial Porrúa, México 2000. Pág 53.

INCONSTITUCIONALIDAD¹¹⁷: “Oposición de un acto o norma legal gubernamental o administrativa a lo que prescribe una norma constitucional”.

INCONSTITUCIONALIDAD.¹¹⁸ “Acto o norma cuyo contenido esta en contradicción con la constitución política del Estado. Calidad de inconstitucional de un acto o norma”.

Esta situación se puede apreciar, al ver el contenido del precepto legal 141 de la constitución que es flagrantemente violado con las atribuciones otorgadas a los notarios y que se han hecho mención.

ANTICONSTITUCIONALIDAD¹¹⁹: “Entraña oposición abierta manifiesta e indudable de algún acto o ley contra la constitución, es una inconstitucionalidad evidente que no requiere demostración. Calidad de anticonstitucional”.

Desde nuestro punto de vista, esta definición es perfectamente aplicable a la investigación que hemos desarrollado.

ANTICONSTITUCIONAL.¹²⁰ “(de anti-y constitucional) que se opone o contraría a la constitución o ley fundamental de un Estado”.

ANTICONSTITUCIONAL.¹²¹ “Se refiere a aquellas leyes, actos o disposiciones que contradicen el espíritu o la letra de la Ley fundamental del Estado. El control de la constitucionalidad es el remedio técnico mas comúnmente utilizado en las legislaciones para preservar la vigencia del principio de supremacía constitucional. Este control esta a cargo generalmente del más alto tribunal del Estado”.

Los suscritos consideramos que no aplica este medio de control constitucional, en virtud que dicho control refiere que debe ejercerse por órgano judicial establecido o bien, por cualquier autoridad judicial en estricto cumplimiento al principio de supremacía constitucional y como se puede apreciar de la substanciación de los

117 Laura Vayeta María, Diccionario Jurídico, Vayeta ediciones, Buenos Aires. 2001. Pág 158.

118 de Pina Vara, Rafael. Diccionario de Derecho, Editorial Porrúa, México 1998. Pág. 105.

119 Ibidem. Pág 48.

120 Ibidem. Pág. 31.

121 Op. Cit. Pág 35.

procedimiento no contenciosos, estos en ningún momento se ventilan ante autoridad judicial por lo tanto, aquí no aplica dicha situación.

ANTICONSTITUCIONAL.- ¹²²“Norma o acto contrarios a algún precepto o principios contenidos en la constitución política del Estado”.

5.2 CONCEPTO DE JURISDICCIÓN

Para la comprensión del presente trabajo de investigación es de vital importancia definir lo que significa el término jurisdicción, por lo cual nos permitimos consultar a varios tratadistas para tener una idea clara de lo que es la jurisdicción, de los cuales señalaremos algunos de los más sobresalientes.

Así tenemos que Eduardo Pallares¹²³ en su diccionario de derecho procesal civil nos dice lo siguiente:

“Etimológicamente la palabra jurisdicción, significa decir o declarar el derecho. Desde el punto de vista más general, **la jurisdicción hace referencia al poder del Estado de impartir justicia, por medio de los tribunales o de otros órganos, como las juntas de Conciliación y Arbitraje.**”

En el derecho romano en diversos textos de Gayo¹²⁴ encontramos que “La jurisdicción es, pues, agrega, en el sentido más amplio, el poder de los magistrados relativo a las contiendas (jurisdicción contenciosa) o relaciones jurídicas (jurisdicción voluntaria), entre particulares, sea que este poder se manifieste por medio de edictos generales, sea que este se limite a aplicar a los litigios que le son sometidos, las reglas anteriormente establecidas (Tratado de las Acciones1.51)”.

122 Op. Cit. Pág. 42.

123 Pallares Eduardo. Diccionario de Derecho Procesal Civil. Vigésimo sexta Edición. Editorial Porrúa. México 2001. Pág. 510.

124 Idem.

Escriche¹²⁵ “define la jurisdicción como el poder o autoridad que tiene alguno para gobernar y poner en ejecución las leyes; y especialmente, la potestad de que se hayan revestidos los jueces para administrar justicia, o sea para conocer de los asuntos civiles o criminales o así como de unos como de otros y decidirlos o sentenciarlos con arreglo a las leyes”.

Caravantes¹²⁶ abunda en las ideas de Escriche: “la palabra jurisdicción se forma de ius y dicere, aplicar o declarar un derecho, por lo que se dice, iurisdictio a jure dicendo”. “Es, pues, la jurisdicción, la potestad pública de conocer de los asuntos civiles y de los criminales o de sentenciarlos con arreglo a las leyes”. “La jurisdicción se dice pública, ya por razón de su causa eficiente, por que emana de la autoridad pública, ya por razón del sujeto, por que quien la ejerce es persona pública, ya por razón del fin, por que se dirige a la conservación del orden y de la utilidad pública”. Se dice que consiste en conocer y sentenciar los pleitos, por que estos son los dos elementos que constituyen la jurisdicción, *notio et iudicium*. *Notio*, es decir, el derecho de disponer que se practiquen todas las pruebas y demás diligencias que sean necesarias para ilustrar el entendimiento y la inteligencia del magistrado, sobre los puntos de hecho y de derecho que los litigantes presentan a su decisión, lo que comprende también el llamamiento a juicio de las personas que pueden ser útiles para la recta administración de justicia, *vocatio*. *Iudicium*, esto es, la facultad de pronunciar sentencia con arreglo a las leyes, declarando el derecho que corresponde a cada uno aplicándole la pena en que ha incurrido“. Además de estos elementos que constituyen la jurisdicción, va agregado a ella el mando o el imperio, para que tengan cumplido efecto sus prescripciones, pues sin él serían únicamente fórmulas o disposiciones vanas...etc. (1,128).

Por su parte Manresa y Navarro¹²⁷ establece: “La jurisdicción es la potestad de que se hayan revestidos los jueces para administrar justicia”.

125 Idem.

126 Ibidem. Pág 511.

127 Idem.

Eduardo Eichman¹²⁸ dice, que la “jurisdicción en su sentido subjetivo es una parte integrante del poder jurisdiccional y contiene la facultad de juzgar, correlativa de la legislación, por que ha de determinar en cada caso cuál es el derecho y en que relación se encuentra en el orden legal”. (El derecho procesal según el derecho canónica, 42).

Rafael de Pina Vara¹²⁹ en su diccionario de derecho nos menciona que: “La jurisdicción es la potestad para administrar justicia atribuida a los jueces, quienes la ejercen aplicando las normas jurídicas generales y abstractas a los casos concretos que deben decidir”.

La jurisdicción puede definirse como la actividad del Estado encaminada a la actuación del derecho positivo mediante la aplicación de la norma general al caso concreto, ahora bien, de la aplicación de la norma general al caso concreto puede deducirse, a veces, la necesidad de ejecutar el contenido de la declaración formulada por el Juez y entonces la actividad jurisdiccional, no es ya meramente declarativa, sino ejecutiva también. La actividad que los jueces realizan en el proceso, es por tanto, no solo declarativa, sino también ejecutiva de la resolución que se dicte cuando sea necesario. La tesis que niega a la ejecución procesal, naturaleza jurisdiccional no es admisible, a nuestro entender, por que la función del Juez no consiste únicamente en dar la razón al que la tenga, sino que se extiende a hacer efectivo el mandato contenido en la sentencia cuando el vencido no la cumple voluntariamente.

La vieja Ley Orgánica del Poder Judicial española, del 15 de Septiembre de 1870, da una exacta idea del contenido de la actividad jurisdiccional cuando declara que la jurisdicción es la potestad de aplicar las leyes en los juicios civiles y criminales, juzgando y haciendo que se ejecute lo juzgado, y que esta potestad corresponde exclusivamente a los jueces y tribunales.

128 Idem.

129 de Pina Vara, Rafael. Diccionario de Derecho, Editorial Porrúa. México 1998. Pág.224.

La jurisdicción es una actividad pública destinada a mantener la eficacia de la legalidad establecida por el legislador.

La jurisdicción es una actividad aplicadora de derecho.

Con apoyo de los conceptos de jurisdicción que dan los tratadistas antes citados podemos decir que, la jurisdicción puede definirse como la actividad del Estado encaminada a la actualización del derecho objetivo mediante la aplicación de la norma general al caso concreto, y como consecuencia de lo anterior en caso de incumplimiento por parte del condenado a dar, hacer o no hacer una cosa o actividad determinada, surge la necesidad de ejecutar el contenido de la declaración formulada por el juez, y entonces, la actividad jurisdiccional es no sólo declaratoria sino ejecutiva también.

Por lo cual el instrumento específico de la función jurisdiccional es, pues, el Poder Judicial, que si bien no agota el volumen de las actividades judiciales ejerce la mayor parte de ellas.

5.3.- FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DE LA JURISDICCIÓN

El artículo 116 de la Constitución federal nos señala:

“El poder público de los Estados se divide para su ejercicio en Ejecutivo Legislativo y Judicial y no podrán reunirse dos o mas de estos poderes en una sola persona o corporación, ni depositarse el legislativo en un solo individuo.

Los poderes de los Estados se ordenarán conforme a la constitución de cada uno de ellos conforme a las siguientes normas:.....

III.- “El Poder Judicial de los Estados se ejercerá por los tribunales que establezcan las Constituciones respectivas, la independencia de los magistrados y jueces en el ejercicio de sus funciones deberá estar garantizada por las constituciones y las leyes orgánicas de los estados, las cuales establecerán las

condiciones para el ingreso, formación y permanencia de quienes sirvan a los poderes judiciales de los estados”.

Habiendo realizado una búsqueda en la Constitución del Estado de México, en ningún precepto señala que el Poder Judicial tendrá auxiliares para conocer y resolver sobre ningún procedimiento, exista o no litigio.

Por consiguiente nos remitimos a la Constitución local concretamente a lo establecido por el artículo 141 el cual a la letra dice;

Artículo 141.- “NINGUNA AUTORIDAD QUE NO EMANE DE LA CONSTITUCIÓN Y DE LAS LEYES FEDERALES O DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LAS ENTIDADES PODRÁ EJERCER MANDO NI JURISDICCIÓN EN EL ESTADO”.

Del artículo anterior se deduce que únicamente las autoridades que contemplen la constitución federal o la local y las leyes federales podrán ejercer jurisdicción en el Estado de México; y como podemos apreciar del presente trabajo en el tema donde se analiza de forma clara y precisa la naturaleza jurídica de la institución del notario se deduce que dicho fedatario no es servidor público mucho menos autoridad ya que el mismo no se encuentra contemplado dentro de la ley de responsabilidades de los servidores públicos del Estado de México.

Por otro lado es de suma importancia, mencionar los fundamentos Constitucionales en los que el Gobernador del Estado somete a consideración de la legislatura local la Ley del Notariado, y que a la letra dice:

“En ejercicio de las facultades que confieren los artículos 55 fracción I y 77 fracción V de la Constitución Política del Estado Libre y soberano de México, me permito someter a esa H. Legislatura, por el digno conducto de ustedes, iniciativa

de ley del Notariado del Estado de México, conforme a la siguiente exposición de motivos”.

Para hacer la reflexión necesaria, nos remitimos a los preceptos legales invocados:

Artículo 55 fracción I de la constitución política del Estado de México:

Artículo 55.- “La Legislatura del Estado o la Diputación permanente, antes de la votación de algún asunto, podrán dispensar tramites legislativos previstos en su ley orgánica, cuando se considere de urgente o de obvia resolución el asunto correspondiente”

Fracción I: NO EXISTE

De la redacción del artículo anterior se puede apreciar claramente que se refiere a una facultad del legislativo y no del ejecutivo, por lo tanto, el gobernador que representa al Ejecutivo local no debió fundar su iniciativa en dicho artículo y mucho menos hacer mención de la fracción I la cual no existe.

A continuación se hará mención al artículo 77 fracción V de la constitución local del Estado de México.

Artículo 77. Son facultades y obligaciones del Gobernador del Estado:

...Fracción V. Presentar ante la legislatura del Estado iniciativas de ley o decreto.

Comentario: Esta disposición, habla sobre una facultad general, pero es de observarse que nunca deben de contradecir las disposiciones ya establecidas, como lo veremos con detalle a continuación.

5.3.1.- FUNDAMENTO PARA EL EJERCICIO DE LA JURISDICCIÓN EN EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES EN EL ESTADO DE MÉXICO.

Además de los preceptos legales antes mencionados para el ejercicio de la jurisdicción en el Estado de México, consideramos que es necesario señalar que el artículo 88 de la Constitución local le concede facultad exclusiva a los juzgados de primera instancia y de cuantía menor para conocer y resolver las controversias que se susciten en el territorio de la entidad, aplicando las leyes federales que establezcan jurisdicción concurrente y de las locales en materia penal, civil, familiar así como de los tratados internacionales previstas en la Constitución federal....

Situación que se confirma y reafirma en lo establecido por el Código de Procedimientos Civiles vigente en la entidad el cual establece:

TITULO PRIMERO

Jurisdicción

Ejercicio de la Jurisdicción

Artículo 1.1.- “Corresponde a los Tribunales del Poder Judicial, la facultad de interpretar y aplicar las leyes en los asuntos del orden civil y familiar del fuero común lo mismo que del orden federal, en los casos en que expresamente lo ordene la ley”.

Así mismo, haremos mención al artículo 2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado de México:

“Corresponde a los Tribunales del Poder Judicial, en los términos de la constitución política del Estado libre y soberano de México, la facultad de

interpretar y aplicar las leyes en los asuntos del orden civil, familiar y penal del fuero común, lo mismo que del orden federal en los casos en que expresamente los ordenamientos legales de esta materia les confiera jurisdicción”.

De los dos preceptos legales antes invocados consideramos que la jurisdicción otorgada a los notarios en el código de procedimientos civiles y en la ley del notariado vigente para el Estado de México es anticonstitucional ya que primeramente la Constitución Federal en el artículo 116 fracción III le concede al Poder Judicial de los Estados su ejercicio por conducto de los Tribunales que establezca la Constitución local; y en la Constitución local se le otorga únicamente jurisdicción a los magistrados y jueces de primera instancia y de cuantía menor y si entendemos a la jurisdicción como la facultad de interpretar y aplicar las leyes en los asuntos que expresamente las partes someten al conocimiento de la autoridad judicial; deducimos que el notario público no tiene dicha facultad por los siguientes razonamientos:

a).- La Constitución local del Estado de México le concede independencia al Poder Judicial Local, por consiguiente;

b).- El artículo 1.1 del CPCEM y el artículo 2 de la LOPJEM, señalan que corresponde a los Tribunales Del Poder Judicial, la facultad de interpretar y aplicar las leyes en los asuntos del orden civil, familiar y penal del fuero común...

5.3.2.- INVACIÓN DE LA ESFERA JURISDICCIONAL OTORGADA EN LOS ARTÍCULOS 5, 119 Y 121 DE LA LEY DEL NOTARIADO EN EL ESTADO DE MÉXICO.

La legislatura local para justificar la facultad otorgada a los notarios para conocer de los procedimientos no contenciosos que como ya lo analizamos con anterioridad no es más que la tramitación de los procedimientos sucesorios testamentarios o in testamentarios a partir de la primera sección con las

condiciones específicas que ya se han mencionado en el capítulo correspondiente a lo cual la legislatura en mención redacta en el precepto legal en estudio:

“Solo los notarios de la entidad podrán auxiliar al Poder Judicial del Estado para conocer de los procedimientos no contenciosos establecidos en la presente ley, conforme a las disposiciones previstas en los códigos administrativos, civil y de procedimientos civiles del Estado de México”.

Sobre dicha facultad los suscritos consideramos que además de ser excesiva e ineficaz, **es anticonstitucional** ya que como se aprecia el notario público su función en esencia desde su origen y hasta la actualidad es dar fé de actos y hechos jurídicos que se suscitan en las relaciones entre los gobernados, cuya finalidad es cubrir una función pública; misma que debe ser cubierta por el Estado y que lo hace por conducto de los fedatarios mencionados a los cuales les otorga una patente; y como se deduce del presente capítulo los Jueces y Magistrados son las únicas autoridades facultadas por la ley suprema federal y constitución local para ejercer mando y jurisdicción; y el Estado por su conducto cubre esa función pública de administrar justicia y dar o decir a cada quién lo que le corresponde, es decir en los juicios sucesorios declara el derecho que previamente no se encuentra constituido y del cual era titular el de cujus; y como pretensión a obtener los coherederos al denunciar y tramitar los juicios sucesorios ante notario u órganos jurisdicción es que se les constituyan los derechos sucesorios y tener acceso a la herencia correspondiente.

Como resultado de lo antes mencionado, afirmamos que existen una inconstitucionalidad en las atribuciones que la legislatura local diera a los notarios en el Estado de México, y que esta fundada en derecho en los artículos 5 fracción **III** “tramitar procedimientos no contenciosos en los términos de esta ley; 119 y 121 los cuales ya se hizo referencia en el capítulo anterior de la LNEM, ya que los referidos preceptos legales señala: “el notario **conocerá** de este procedimiento”, por tal motivo, sea cualquier nombre que le quieran dar a esta figura es otorgar

derechos que no están previamente constituidos, ya que al señalar la palabra conocer implícitamente debe resolver, a pesar de que la ley no obliga al notario a que realice expresamente una declaración de derechos hereditarios; si lo hace en forma tácita al nombrar albacea, al realizar la aceptación, protesta y discernimiento del cargo; otorgándoles así todos las obligaciones, derechos y **facultades** de acuerdo al Código Civil; por consiguiente; para nosotros esta situación si es otorgarles jurisdicción; violentando en forma flagrante los dispuesto por el artículo 116 de la constitución federal en la fracción III, con relación al 141 de la constitución local del Estado de México y que a la letra dicen:

Por lo que de los preceptos legales invocados afirmamos que si es anticonstitucional la facultad o atribución otorgada.

Si de las definiciones que hemos mencionado de jurisdicción concluimos: que es declarar y constituir derechos. Y si el notario podrá conocer de los procedimientos no contenciosos, por consecuencia es otorgarles jurisdicción.

Además que en ningún precepto legal de la constitución legal señala admitir auxiliares a efecto de conocer y resolver sobre asuntos o procedimientos determinados.

5.4- AUTORIDADES QUE INTEGRAN EL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MÉXICO. (ARTICULO 3 DE LA LEY ORGANICA DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MÉXICO).

Para determinar las autoridades que integran el Poder Judicial del Estado de México haremos mención a lo que establece el artículo 3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado de México el cual señala:

Artículo 3.- “El Poder Judicial del Estado se integra por:

- I.- El Tribunal Superior de Justicia;
- II.- El Consejo de la Judicatura;
- III.- Los juzgados de primera instancia;
- IV.- Los juzgados de cuantía menor;
- V.- Los servidores públicos de la administración de justicia, en los términos que establece esta ley, los Códigos de Procedimientos Civiles y Penales y demás disposiciones legales”.

5.4.1 EL NOTARIO PUBLICO, COMO AUXILIAR DEL PODER JUDICIAL Y CUANDO DEBEN ACTUAR (ARTICULO 94 DE LA LEY ORGANICA DEL PODER JUDICIAL LOCAL)

A continuación haremos mención a los preceptos legales que facultan al notario como auxiliar del Poder Judicial del Estado de México y así mismo se determinará cuando debe de actuar para lo cual nos remitiremos a lo establecido en los artículos 5, 6 y 94 de la Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado de México mismos que a continuación se mencionan:

Artículo 5.- “Son auxiliares del Poder Judicial....

Fracción VI.- Los notarios y los correderas públicos”.

Artículo 6.- “Los auxiliares del Poder Judicial **cumplirán los mandamientos de la autoridad judicial** y le proporcionaran el apoyo solicitado”...

Artículo 94.- “Son auxiliares de la administración de justicia las autoridades, los servidores públicos y las personas que enumeran esta ley, quienes deberán prestar sus servicios y apoyo a los órganos jurisdiccionales, mediante requerimiento judicial”.

Como podemos observar de los preceptos legales anteriormente invocados se desprende que los auxiliares del poder judicial dentro de los cuales se encuentran

contemplados los notarios solo actuaran a través de un requerimiento judicial en asuntos en que se les solicite su intervención, situación que se contrapone a lo señalado en la ley del notariado donde señala que el notario podrá conocer de los procedimientos no contenciosos a petición de parte interesada, siempre y cuando no exista controversia alguna.

5.5 IMPROCEDENCIA DEL JUICIO DE AMPARO EN LA ACTUACIÓN NOTARIAL.

Para el inicio de este tema es necesario definir el concepto de Amparo.

Concepto de amparo.-¹³⁰ “Es un juicio constitucional autónomo, que se inicia por la acción que ejercita cualquier persona ante los tribunales de la federación **contra toda ley o “acto de autoridad”**, en las hipótesis previstas en el artículo 103 Constitucional y que se considere violatorio de las garantías individuales, su objeto es la declaración de inconstitucionalidad de dicho acto o ley invalidándose o nulificándose en relación con el agraviado y restituyéndolo en el pleno goce de sus garantías individuales”.

Constitucionalmente, el juicio de amparo encuentra su procedencia en el artículo 103 de la ley suprema y las bases que han de regir el mismo se encuentran previstas en el artículo 107 del mismo ordenamiento. La reglamentación legal del juicio de amparo se encuentra contemplada en la ley reglamentaria de los artículos 103 y 107 constitucionales, o sea, la Ley de Amparo, así como la Ley Orgánica Del Poder Judicial De La Federación.

Elementos del Amparo.

- a).- Es un juicio Constitucional;
- b).- Es autónomo, es único en su procedimiento, con reglas específicas;

130 Chavez Castillo Raúl. Juicio de Amparo. Editorial Oxford, México 1998, Pág. 27

- c).- Promovido por el agraviado;
- d).- Se promueve contra **una ley o actos de autoridad (acto reclamado)**;
- e).- Presentado y tramitado ante el Poder Judicial Federal, y
- f).- **El objeto de la promoción será el de invalidar, modificar o revocar la ley o acto** de autoridad que le afecte y se le restituya al quejoso en la garantía individual que le ha sido violada.

El ejercicio de la acción del juicio de amparo es un Derecho público subjetivo que tiene toda persona, ya sea física o moral como gobernado, de acudir ante el Poder Judicial de la Federación, cuando considere se le ha violado alguna de sus garantías individuales, mediante un acto o ley, por una autoridad del Estado en las hipótesis previstas por el artículo 103 de la Constitución Federal, con el objeto de que se le restituya en el goce de dichas garantías, ya restableciendo las cosas al estado que guardaban antes de la violación, ya obligando a la autoridad a respetar la garantía individual violada.

Para que quede debidamente fundamentada nuestra afirmación, es necesario remitirnos a nuestro marco teórico en la naturaleza jurídica del notario, concluyendo:

Además mencionaremos lo que dice el maestro Raúl Chávez Castillo¹³¹, al mencionar **las atribuciones esenciales del acto de autoridad** y son los siguientes:

- a) “Que sea **emitido por un órgano del Estado** provisto de facultades de decisión o de ejecución, ya de hecho, ya de derecho que produzca afectación en la esfera jurídica del gobernado;
- b) Que sea **imperativo**, lo que implica tener la fuerza jurídica, realizada en ejercicio de la autoridad soberana del Estado, para ordenar que se realice su voluntad, dentro de la esfera jurídica del gobernado;

131 Ibidem. Pág 28.

- c) Que sea **unilateral**, es decir, para que sea dictada no se requiere un acuerdo de voluntades entre la entidad soberana –el Estado-, y el gobernado, sino que aquel lo realiza según su voluntad, sin tomar en consideración el parecer del particular; y,
- d) Que sea **coercitivo**, ya que la autoridad del Estado tiene la facultad de hacer valer sus determinaciones por medio de la fuerza, cuando éstas no se cumplan o no se respeten de forma voluntaria por el gobernado”.

Habiendo buscado jurisprudencia, para verificar si los notarios son considerados como autoridad para los efectos del amparo; y como resultado de la investigación no encontramos jurisprudencia alguna que justifique que para los efectos del amparo al notario se le pueda considerar como autoridad; por lo que concluimos que: el juicio de amparo es improcedente ante la actuación de los notarios” ya que por el hecho de que el **notario no es autoridad**, por lo tanto, es evidente su improcedencia, en atención a lo establecido por el artículo 103 de la Ley de Amparo que a la letra dice:

Artículo 103.- “Los tribunales de la federación resolverán toda controversia que se suscite:

- I Por leyes o actos de la autoridad que violen las garantías individuales.
- II Por leyes o actos de la autoridad federal que vulneren o restrinjan la soberanía de los estados o la esfera de competencia del Distrito Federal; y
- III Por leyes o actos de las autoridades de los Estados o del Distrito Federal que invadan la esfera de competencia de la autoridad federal”.

Como podemos observar el juicio de amparo esta constituido por la autoridad del Estado que ha violado presuntamente las garantías individuales del gobernado, en cualquiera de las hipótesis que señala el artículo 103 de la Constitución Federal. La autoridad del Estado puede ser de carácter federal o local (estatal o municipal); pero siempre, en el caso de invasión de esferas, necesariamente deberá ser estatal o federal.

Para el entendimiento claro y preciso del presente tema es de suma importancia comprender los siguientes conceptos:

Acto de autoridad.- “Acto de autoridad es un hecho intencional, voluntario, positivo o negativo, emitido por un órgano del Estado, de hecho (facto) o de derecho (iure), con facultades de decisión o de ejecución, o de ambas, que produzca afectación en situaciones generales y abstractas (se denomina ley) o en situaciones particulares y concretas (se denomina acto de autoridad en sentido estricto), teniendo como característica el ser imperativo, unilateral y coercitivo”.¹³²

Acto reclamado.- “Es la ley o acto de autoridad que viola garantías individuales en las hipótesis previstas en el artículo 103 constitucional”.¹³³

De lo anterior surge la interrogante ¿Qué alternativas tiene aquella persona que no fue llamada a una tramitación de un procedimiento no contencioso, para que se le reconozca su derecho sobre la masa hereditaria que ya este adjudicada e inscrita en el Registro Público de la Propiedad y del comercio?

Respuesta: como ya hemos visto el artículo 4.25 fracción III del Código de Procedimientos Civiles vigente en el Estado de México, señala que las acciones de petición de herencia, nulidad de testamento o incapacidad para heredar, su acumulación procede solo antes de la adjudicación, situación que ya no se actualiza. ¿Entonces que hacer, si ese acto de administrativo esta afectando la esfera jurídica del que no fue llamado a la tramitación de la sucesión ante notario? Nosotros consideramos que se podría promover el juicio de amparo contra leyes, en este caso señalaríamos como:

Autoridad responsable: a la legislatura local.

Autoridad ejecutoria: al registro público de la propiedad.

¹³² Ibidem, Pág 2.

¹³³ Idem.

Acto reclamado: la emisión de los artículos 5 fracción III, 119 al 122 de la ley del notariado; lo anterior, exigiendo el control de constitucionalidad.

Control de constitucionalidad por órgano jurisdiccional: el cual se ejerce por un órgano judicial establecido al efecto, o bien, por cualquier autoridad judicial en estricto cumplimiento al principio de supremacía constitucional.

De acuerdo con esta forma de control de constitucionalidad, la petición de inconstitucionalidad solo puede ser ejercitada por un gobernado cuando considere que una ley o un acto de un órgano del Estado afecta su esfera jurídica, violando sus garantías individuales.

En la especie, existe un proceso por virtud del cual se fija la litis entre el sujeto peticionario de inconstitucionalidad y el órgano del Estado a quién se reclama la ley o el acto violatorio de garantías; y en su caso, dentro de un proceso ordinario que se ventila ante una autoridad judicial, en el que la parte afectada por la ley o el acto violatorio de garantías solicita la inconstitucionalidad de cualquiera de ellos, con el objeto de que en la sentencia que se dicte en dicho juicio no se aplique la ley tildada de inconstitucionalidad o el acto violatorio de garantías por considerar que contraviene la constitución.

“Las declaraciones de inconstitucionalidad que pronuncie la autoridad judicial de control constitucional sobre una ley o un acto tienen generalmente efectos relativos, es decir, se encuentran limitados en relación con el gobernado que solicita la declaración de inconstitucionalidad, e igualmente en relación con el caso concreto que la origine; no obstante, dichas declaraciones pueden tener efectos absolutos y generales, principalmente, cuando se resuelva la inconstitucionalidad de una ley”.¹³⁴

134 Ibidem, Pág. 5

“En México, difícilmente puede darse el auto-control de la constitucionalidad, pues no obstante que en el artículo 133 de la constitución política de los Estados Unidos Mexicanos se encuentra contenido dicho principio, las autoridades judiciales hacen caso omiso de tal imperativo del pacto federal; por consiguiente, cabe afirmar que en la práctica el auto control de que se habla no se presenta, sino que solo mediante los medios reparadores de la defensa a la constitución podrá ejercitarse el control de la constitucionalidad que como, es una obligación para la autoridad judicial, ello no lo hace por ignorancia o temor a invadir otras esferas que corresponden a diversas autoridades”.¹³⁵

135 Ibidem, Pág. 6.

PROPUESTA

Los suscritos con base en el desarrollo del presente trabajo de tesis nos permitimos realizar las siguientes propuestas:

1.- El Estado, por medio de sus representantes, debe atender verdadera y eficazmente uno de sus principales objetivos el cual es el bien común de sus gobernados, brindándoles una verdadera certeza y seguridad jurídica para lo cual consideramos: sería conveniente que el mismo Estado por tener la titularidad de la fe pública, absorbiera la estructura del notario y la hiciera suya, es decir, que dependiera directamente del Estado y asimismo estuviera vigilado y controlado por él mismo, y que los ingresos que se perciben por concepto de las actuaciones de los notarios que ya serían un órgano del Estado recayeran directamente al erario público y no como lo es en la actualidad a las arcas personales de los notarios los cuales son particulares que cuentan con una concesión, la cual solo genera beneficios para el titular de la misma, si el Estado lograra captar estos ingresos lo que traería como consecuencia sería una mejora económica para la entidad ya que con el pago de derechos que realizara el gobernado por una actuación notarial, esto se le retribuiría en mas y mejores servicios para toda la población de la entidad ya que sería una forma de recabar ingresos.

2.- O en su caso, tomando en cuenta que la primera de nuestras propuestas de la cual hemos hecho mención sería demasiado pretenciosa de nuestra parte que se tomara en cuenta; ya que debido a lo antagónico de dicha institución (primeramente conocidos como escribanos y posteriormente notarios), se han creado muchos intereses alrededor de la figura del notario, principalmente económicos, sin descartar los intereses políticos en los que se encuentran disfrazados los compadrazgos, amistades o familiares que participan en forma directa del beneficio de ser fedatario público de esta índole, por lo que nuestra **segunda propuesta** sería que se derogara en forma definitiva el capítulo que da vida a los procedimientos no contenciosos contemplados en la ley del notariado,

ya que como se ha manifestado en el cuerpo del presente trabajo no es más que la tramitación de las sucesiones testamentarias o in testamentarias ante notario, por lo tanto se esta dando una facultad de autoridad a dicho fedatario público sin serlo realmente ya que se le otorga la facultad de hacer una declaración de derechos de una sucesión, y como consecuencia se nombra un albacea o se declara valido un testamento, dando obligaciones pero también facultades a los mismos, por lo tanto desde nuestro punto de vista se creó un tribunal privado si tomamos en cuenta que el notario es un particular por lo que otorga un servicio privado, aprovechando las facultades que por ley se le han encomendado.

3.- Asimismo consideramos que es pertinente proponer que se deroguen las alternativas de solución de los conflictos que se les han encomendado a los notarios como son el arbitraje y la mediación; si consideramos que dichas figuras jurídicas son alternativas de solución a un conflicto entre particulares, por lo tanto, existirá la posibilidad latente que alguno de ellos no cumpla con el laudo que emita el notario o el convenio al que lleguen las partes ante su fé, por lo tanto para hacer cumplir esa determinación es necesario acudir al órgano jurisdiccional a efecto primero de ejecutar el laudo o tratar de hacer cumplir el convenio; es importante resaltar que el convenio que se celebra ante notario a través de la mediación no tiene fuerza de cosa juzgada; además de que resultan incongruentes dichas atribuciones ya que si se ventila un conflicto ante un órgano jurisdiccional ahí mismo se resuelve y ejecuta sin necesidad de acudir a un tercero para ello y por lo que respecta a la mediación el poder judicial local cuenta con un centro de mediación y conciliación cuyos convenios si tienen fuerza de cosa juzgada y pueden ser ejecutados en la vía de apremio.

CONCLUSIONES.

Una vez concluido el presente trabajo de investigación, nos avocamos a mencionar, cuales son los puntos más destacados, desde nuestro particular punto de vista:

PRIMERO.- Una vez analizado la naturaleza jurídica de los Notarios es importante resaltar que los mismos, no son servidores públicos mucho menos Autoridad, por no encontrarse contemplados dentro de la ley de responsabilidades de los Servidores Públicos del Estado y Municipios.

SEGUNDO.- De lo anterior se deduce que es un particular, titular de la explotación de una concesión, otorgada por el Ejecutivo local, en nombre del Estado, destacando que el Gobernador por sí solo no representa al Estado, sino únicamente al Ejecutivo, por lo que consideramos que existe una subordinación directa del primero hacia el segundo, por lo tanto su actuar debería ser más vigilado y recaer responsabilidad mancomunada también al ejecutivo por los posibles daños y perjuicios, por las negligencias que se susciten en su actuar.

TERCERO.- Siendo que el interés público, representa un estado de bienestar para la sociedad, tanto en su convivencia como en lo legal, es evidente que el mismo (interés público) no se respeto en lo más mínimo, ya que el Estado en lugar de crear una institución o estructura que dependiera de él, para otorgar una verdadera seguridad jurídica en la que todo gobernado tenga acceso a ella, sigue dándoles atribuciones, en este caso jurisdiccionales, a pesar de que el Estado ya cuenta con una estructura que cumpla con dicha función, refiriéndonos concretamente a los Juzgados Familiares, dependientes del Tribunal Superior de Justicia, Poder Judicial.

CUARTO.- Al estudiar el procedimiento no contencioso, nos percatamos que no es más que la tramitación de los Juicios sucesorios Testamentarios o In

testamentarios ante notario, por lo tanto, sí, se le está dando una atribución jurisdiccional, ya que al dictar un auto declarativo de herederos, se está dando una declaración de derechos, por tal situación se está invadiendo la facultad exclusiva que tienen los Tribunales del poder judicial de interpretar y aplicar las leyes en los asuntos familiares. .

QUINTO.- Es evidente que al analizar la sustanciación de los procedimientos antes mencionados, se pueden violar fácilmente derechos de terceras personas que puedan tener derechos hereditarios de las sucesiones, que se hayan tramitado por este medio.

SEXTO.- En los medios alternativos de solución de conflictos contemplados para los notarios como son el arbitraje y la mediación, dichas figuras jurídicas no son eficaces para que el fedatario público en estudio las conozca; a pesar que en el arbitraje las partes se someten a una cláusula o compromiso arbitral, pero siempre existe una posibilidad latente de incumplimiento y para tal situación el Notario no tiene el principio de Coerción para hacer cumplir sus determinaciones y para ello tendría que recurrir al juez de Primera Instancia.

SÉPTIMO.- Por lo que respecta a la Mediación el convenio al que llegan las partes ante el fedatario, en caso de incumplimiento de alguno de ellos, no puede ser ejecutada, ya que la ley del notariado y su reglamento no lo contemplan, además que el código de procedimientos civiles, no lo contempla para ser ejecutado en vía de apremio, ya que no surte efectos de cosa juzgada, por tanto no puede ser ejecutado de inmediato. Por lo que el interesado para que se cumpla debe buscar otra alternativa para su cumplimiento; además los suscritos consideramos que es innecesaria dicha atribución, si tomamos en cuenta que el Poder Judicial en la actualidad cuenta con el Centro de Conciliación y Mediación cuyas características principales son: su servicio es gratuito; y el convenio al que llegan las partes tiene fuerza de cosa juzgada; por lo tanto en caso de incumplimiento se puede solicitar su ejecución en vía de apremio.

OCTAVA.- En caso de seguir permitiendo se otorguen más facultades a dichos fedatarios, nos encontraremos inmersos ante la posibilidad latente, de que en cualquier momento se vuelva un Tribunal especial disfrazado que ponga sus reglas especiales para la substanciación de un procedimiento, además que sería un tribunal privado ya que tendrían acceso a él, las personas que puedan o quieran pagar por sus servicios, violando así el principio de imparcialidad que debe de existir en la administración de justicia.

NOVENA.- La atribución jurisdiccional otorgado a los notarios en el Código de Procedimientos Civiles y la ley del Notario son anticonstitucionales ya que la contradicen; en virtud que la constitución local establece que NINGUNA AUTORIDAD QUE NO EMANE DE LA CONSTITUCIÓN Y DE LAS LEYES FEDERALES O DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LAS ENTIDADES PODRÁ EJERCER MANDO NI JURISDICCIÓN EN EL ESTADO; siendo lo anterior una máxima jurídica, mucho menos tendrá jurisdicción un fedatario público que no es servidor público mucho menos autoridad.

BIBLIOGRAFÍA

Arellano García Carlos. Teoría General Del Proceso. 13ª. Edición. Editorial Porrúa. México, 2004. Pp. 470.

Becerra Bautista José. El Proceso Civil en México. Decimosexta edición. Editorial Porrúa. México, 1999. Pp. 827.

Becerra Sierra Humberto. Derecho Procesal 2. Volumen II. Primera edición. Cárdenas Editor y Distribuidor. México, 1969. Pp. 466.

Carnelluti Francesco. Derecho Procesal Civil y Penal. Editorial Pedagógica Iberoamericana. México, 1994. Pp. 491.

Carral y de Teresa Luís. Derecho Notarial y Derecho Registral. Séptima Edición. Editorial Porrúa. México, 1983. Pp. 262.

Chiovenda Giuseppe. Curso de Derecho Procesal Civil. Editorial Pedagógica Iberoamericana. México, 1995. Pp. 573.

Flores Gómez González Fernando. Introducción al Estudio del Derecho y Derecho Civil. Séptima edición. Editorial Porrúa. México, 1993. Pp. 386.

J. Couture Eduardo. Estudios de Derecho Procesal Civil. Tomo II. Ediciones De Palma. México, 1998. Pp. 478.

Martínez Vera Rogelio. Fundamentos de Derecho Público. Segunda edición. Editorial Mc Graw Hill. México, 1996. Pp. 272.

Monroy Cabra Marco G. Introducción al Derecho. Duodécima edición. Editorial Temis. Bogota Colombia, 2001. Pp. 554.

Ovalle Favela, José. Derecho Procesal Civil. Editorial Oxford University. México D.F. 1999.

Ovalle Favela, José. Garantías Constitucionales del Proceso. Editorial Mc Graw Hill. México 1996.

Ovalle Favela, José. Teoría General del Proceso. Editorial Harla. México, 1998.

Pérez Fernández del Castillo Bernardo. Derecho Notarial. Séptima edición. Editorial Porrúa. México, 1993. Pp. 433.

Ramírez Valenzuela Alejandro. Elementos de Derecho Civil. Séptima reimpresión. Noriega editores. México, 1997. Pp. 201.

LEGISLACION

CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

CONSTITUCION POLITICA DEL ESTADO LIBRE Y SOBERANO DE MEXICO.

CODIGO CIVIL DEL ESTADO DE MEXICO.

CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES DEL ESTADO DE MEXICO.

LEY DEL NOTARIADO DEL ESTADO DE MEXICO.

LEY DE AMPARO.

LEY ORGANICA DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MEXICO.

REGLAMENTO DE LA LEY DEL NOTARIADO DEL ESTADO DE MEXICO.