

UNIVERSIDAD NACIONAL  
AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO  
SEMINARIO DE DERECHO CIVIL

“PROPUESTA PARA PONDERAR LA VOLUNTAD DEL  
TESTADOR SOBRE LAS FORMALIDADES EN EL  
TESTAMENTO PÚBLICO ABIERTO EN EL CÓDIGO  
CIVIL PARA EL ESTADO DE AGUASCALIENTES Y  
CHIAPAS”

T E S I S

QUE PARA OPTAR AL TITULO DE  
LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A :  
EDGAR LOPEZ GARCIA

ASESOR: LIC. EDUARDO GARCIA VILLEGAS



Universidad Nacional  
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

**Biblioteca Central**



**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.

## INDICE

### **PROPUESTA PARA PONDERAR LA VOLUNTAD DEL TESTADOR SOBRE LAS FORMALIDADES EN EL TESTAMENTO PÚBLICO ABIERTO EN EL CÓDIGO CIVIL PARA EL ESTADO DE AGUASCALIENTES Y CHIAPAS.**

<b>INTRODUCCIÓN</b>	3
<b>CAPÍTULO 1. EL TESTAMENTO</b>	7
1.1. Antecedentes históricos del testamento	7
1.2. Formas de testamento en el derecho romano	11
1.3. El testamento como acto jurídico	16
1.4. Formas de testamento en el Código Civil para los Estados de Aguascalientes y Chiapas	21
<b>CAPÍTULO 2. ANÁLISIS DE LA VOLUNTAD Y LAS FORMALIDADES EN EL TESTAMENTO PÚBLICO ABIERTO EN EL CÓDIGO CIVIL PARA LOS ESTADOS DE AGUASCALIENTES Y CHIAPAS.</b>	22
2.1. Análisis de la manifestación de la voluntad que se debe expresar en el testamento público abierto en el Código Civil para el Estado de Aguascalientes y Chiapas	22
2.2. Análisis de las formalidades que se deben guardar en el testamento público abierto en el código civil para el para el Estado de Aguascalientes y Chiapas	26
2.3. Análisis sobre la manifestación voluntad desde distintos puntos de vista.	29
<b>CAPÍTULO 3. PROPUESTA PARA PONDERAR LA VOLUNTAD DEL TESTADOR SOBRE LAS FORMALIDADES EN EL TESTAMENTO PÚBLICO ABIERTO EN EL CÓDIGO CIVIL PARA EL ESTADO DE AGUASCALIENTES Y CHIAPAS.</b>	38

3.1. Importancia de la manifestación de la voluntad sobre la formalidad en el testamento público abierto	38
3.2. Análisis de los cambios que modificaron las disposiciones legales en el Código Civil para el Distrito Federal, mediante las cuales se prescindió de los testigos en el testamento Público Abierto.	43
3.3. Reconocimiento del papel del notario público como elemento esencial en la existencia del testamento público abierto como acto jurídico	48
<b>CAPÍTULO 4. EL TESTAMENTO PÚBLICO ABIERTO, UN ENFOQUE ADMINISTRATIVO.</b>	56
4.1. El Notario Público, un proceso de desarrollo histórico y jurídico.	56
4.1.1. Evolución del notariado desde la colonia hasta la actualidad.	64
4.2. Caracterización del notario público.	67
4.3. Las atribuciones del Estado.	75
4.4. Las funciones del Estado.	80
<b>CONCLUSIONES</b>	97
<b>BIBLIOGRAFIA</b>	100
<b>WEBLIOGRAFÍA</b>	103

## INTRODUCCIÓN

El propósito del presente trabajo de tesis representa un compromiso personal de hacer una aportación, una propuesta de mejoramiento de una institución jurídica que ha tenido un desarrollo importante, además de ser el único tipo de testamento donde interviene, de primerísima mano, el Notario Público: El testamento público abierto. Aunque su intervención es importante en otros testamentos, como el público cerrado y el público simplificado es de notarse que en el que nos ocupa, es por demás significativa.

Es evidente que en otras modalidades de testamento la intervención del notario es posterior y no se convierte en testigo presencial del desarrollo ni de las circunstancias de modo tiempo y lugar en que el testador hace uso de la personalísima facultad de disponer de su última voluntad para después de su muerte.

En el primer capítulo presentamos los antecedentes históricos del testamento y nos remontamos a una de las fuentes del derecho actual, el derecho romano, donde evidentemente nos apoyamos en un gran conocedor del mismo, mediante la consulta de su obra, Tratado Elemental de Derecho Romano, Eugene Petit.

En el mismo, presentamos algunos de los tipos de testamentos que se existieron en el derecho romano, donde por supuesto, la forma es abrumadoramente preponderante, cuestión que explicamos por la misma etapa del desarrollo de esa cultura y de la humanidad misma.

Se hace un análisis del acto jurídico, recurriendo, desde luego, al maestro García Máynez, ya que proporciona claridad ante el cúmulo de interpretaciones, y aclara, da luz, sobre el interés particular de identificar al testamento como un acto jurídico.

Por último, señalamos, las formas y modalidades de testamentos que el Código Civil para los Estados de Aguascalientes y Chiapas reconoce.

En el capítulo segundo se hace un análisis de la forma y de la manifestación de la voluntad de acuerdo a lo establecido en los códigos civiles referidos, de donde se deduce que el testador cuenta con absoluta libertad para hacer la manifestación de su voluntad y que el hecho que se le señalen ciertos requisitos solamente es el cumplimiento de la ley, de lo que nadie debe estar exento.

En el análisis sobre la forma que se debe cubrir para hacer testamento público abierto, se observa que deben intervenir testigos y personas ajenas al acontecimiento testamentario, que se corre el riesgo de la indiscreción y que la voluntad del testador se conozca antes del momento señalado para tal fin, después de la muerte del testador.

En el mismo capítulo se incluye un estudio sobre el concepto de la voluntad, destacándose, que es un atributo esencial del hombre, mediante el cual determina los hechos de su vida. Este estudio del concepto libertad lo relacionamos con cuestiones prácticas y con la propia ley sustantiva civil vigente para los Estados de Aguascalientes y Chiapas.

Por último, en este capítulo, señalamos los complejos problemas que se están presentando en el campo del derecho y donde la manifestación de la voluntad del individuo es esencial, como es el caso de la eutanasia, de la clonación, pero pueden señalarse otras, como la reproducción asistida, los

tratamientos extremos de control natal, los transgénicos en el campo de la agricultura, la donación de órganos y, otros que no mencionamos, por obviedad de espacio.

En el capítulo tercero, hacemos consideraciones para argumentar sobre nuestra propuesta de ponderar la voluntad sobre las formalidades, cuestión que creemos, que cumplimos, no con el afán de pretensiones legislativas o de convertirnos en legisladores, sino en hacer una aportación al campo del derecho que nos apasiona.

Tampoco deseamos que se tome como una banalidad intelectual, una simple elucubración de café, por ello nos atrevemos a hacer una propuesta de cambios en el articulado del Código Civil vigente para los Estados de Aguascalientes y Chiapas, cuestión que sustentamos con la argumentación de los tres capítulos y, sobre todo, en los avances registrados en la legislación española, donde en las diversas autonomías y que en su código civil se registra nuestra propuesta, por lo tanto también es necesario mencionar nuestra labor de investigación y, desde luego en la propia legislación mexicana en lo referente a la Ley del Servicio Exterior Mexicano y su Reglamento.

Y, terminamos, en el capítulo tercero, con una revisión de la importancia de ese profesional del derecho que ha evolucionado desde el principio del desarrollo del derecho, en Roma, para trascender hasta nuestros días y, pedimos que se le de la importancia que sí tiene, pero que, tal parece que se le quiere escamotear, por el ámbito de precariedad del estado de derecho al que aspiramos a superar haciendo de nuestra vida, el estudio y la práctica del derecho notarial.

Finalmente en el capítulo cuarto, hacemos una semblanza del desarrollo de notariado y nos remontamos a tiempos antiguos, principalmente en lo que concierne al desarrollo notarial en España y México, pues el derecho notarial

mexicano tienen una gran influencia ibérica, por razones históricas, y las analizamos las fuentes de donde surgen las normas que rigen en el ámbito notarial y nos adentramos en el Derecho Administrativo, para examinar las facultades y atribuciones de los órganos encargados de crear las normas notariales, así encontramos que, como toda norma de derecho, las normas del derecho notarial surgen de los órganos del Estado, como forma jurídica suprema de organización de la sociedad.

# CAPÍTULO 1

## EL TESTAMENTO

### 1.1. Antecedentes históricos del testamento.

El hombre, el ser humano, en su evolución, encontró el elemento que le permitiera convivir con la mayor armonía posible, porque la sociedad por él creada no dependía del elemento único del instinto, propio de la organización de los animales, sino de un cúmulo de elementos propios de su personalidad, de su humanidad, el odio, la razón<sup>1</sup>, el rencor, el amor, la paciencia, la solidaridad, la inteligencia y tantos otros atributos que caracterizan al ser humano.

Esa existencia social sólo se puede lograr con tenacidad, que debe ser constantemente renovada, porque “... el derecho es, pues, una regulación de la conducta social; una regulación de la conducta del hombre para con sus semejantes.”<sup>2</sup> Esta tenacidad, esta conducta social, esta peculiaridad del ser humano, del hombre, hace que su conducta social no termine con su vida, sino que trasciende a su muerte mediante las normas que le han permitido manifestarse como hombre, ante sus semejantes.

---

<sup>1</sup> Logos. Enciclopedia Encarta. Microsoft Corporation. “A través de la facultad de la razón, todo ser humano (pero ningún animal) participa de la razón divina”.

<sup>2</sup> De Garay, Luis. ¿Qué es el Derecho? Nueva Colección de Estudios Jurídicos. Quinta ed. Ed. Jus. México. 1974. p. 11.

Ese esfuerzo tenaz por trascender<sup>3</sup>, del hombre, desde tiempos inmemoriales, pero sobre todo, en nuestro derecho, de tradición romance<sup>4</sup> por excelencia, tiene como uno de sus principales elementos, un instrumento jurídico al que llamamos testamento.

En la tradición jurídica del derecho mexicano, el testamento tiene su más remoto origen en el primitivo derecho romano, y su génesis escrito lo encontramos en la Leyes de las 12 Tablas<sup>5</sup>, primer documento escrito de contenido jurídico en la cultura occidental, sus redactores los decenviros, pretendían acallar, con ellas, las protestas de los plebeyos por la desigualdad con que eran tratados por los patricios. Las Leyes de las 12 Tablas promulgadas, en Roma hace más de 2000 años, año 303 de la fundación de Roma, Petit, apoyado en Gayo, afirma que lo relativo a testamentos se trataba en lo dispuesto por “Tabla V. De las sucesiones y las tutelas”.<sup>6</sup>

Para Ulpiano, el testamento es un acto donde consta “... la manifestación legítima de nuestra voluntad, hecha solemnemente para hacerla válida después de nuestra muerte”.<sup>7</sup> Esta definición esencialmente no ha cambiado desde tiempos remotos, para Escriche en su Diccionario Razonado, testamento es “... La declaración que uno hace de su última voluntad, disponiendo de sus bienes para después de su muerte”.<sup>8</sup> De Pina Vara, recoge la definición donde se expresa que el testamento, “... es un

---

<sup>3</sup>lag.uia.mx. “Sepan cuantos esta carta de mi testamento y postrimera voluntad vieren , como yo...”

<sup>4</sup> Enciclopedia Encarta. Lenguas romances. Romance... las lenguas derivadas del latín (romances o románicas), o hasta de su uso como sinónimo de español (así, por ejemplo, el "román paladino", el español sencillo, del que habla Gonzalo de Berceo en Vida de Santo Domingo de Silos).

<sup>5</sup> Escriche, Joaquín. Diccionario razonado de legislación civil, penal, comercial y forense. Ed. Universidad Nacional Autónoma de México. México.1996. p. 195. 185 pp. Nombráronse al efecto 10 diputados que fuesen á pedir leyes a los griegos; y habiéndolas traído, las hicieron grabar en 10 tablas, que espusieron al público junto á la tribuna de las arengas, ...Añadiéronse en lo sucesivo otras dos tablas; y de aquí procede la denominación de leyes de las doce tablas.

<sup>6</sup> Petit, Eugéne. Tratado Elemental de Derecho Romano. José Fernández González. Trad. Ed. Nacional. México. 1980. p. 38. Apud. Gayo. 717 pp.

<sup>7</sup> Idem. p. 514.

<sup>8</sup> Escriche, Joaquín. Diccionario razonado de legislación civil, penal... p. 674.

acto espontáneo, solemne y revocable, por virtud del cual una persona, según su arbitrio y los preceptos de la ley, dispone para después de su muerte, tanto de su fortuna como de todo aquello que, en la esfera social en que vive puede y debe ordenar en pro de sus creencias y de las personas que estén unidas a ella por cualquier lazo de interés”<sup>9</sup>. Para el Código Civil para el Distrito Federal, la definición de testamento es clásica, “Testamento es un acto personalísimo, revocable y libre, por el cual una persona capaz dispone de sus bienes y derechos, y declara o cumple deberes para después de su muerte”.<sup>10</sup>

Para el maestro Ernesto Gutiérrez y González, el testamento tiene las siguientes características, “... es un acto personalísimo, revocable y libre, por el cual una persona dispone de sus bienes y derechos, y declara o cumple deberes para después de su muerte.”<sup>11</sup>

Si bien la capacidad jurídica es un elemento esencial de la personalidad, en sus dos vertientes; capacidad de goce, “... aptitud para ser titular de derechos y obligaciones... y capacidad de ejercicio... aptitud para ejercitar derechos y cumplir obligaciones, por si o a través de representantes”.<sup>12</sup>, pueden presentarse circunstancias que le permitan ejercitar sus derecho a testar anticipadamente a la mayor edad, por ejemplo cuando ha sido emancipado<sup>13</sup> y/o ha adquirido un patrimonio propio.

---

<sup>9</sup> De Pina, Rafael. Derecho Civil Mexicano. Decimocuarta ed. Ed. Porrúa. México. 1994. 286. Apud. Mucius Scevola. 411 p.

<sup>10</sup> [www.scjn.gob.mx/Consultas/Inicial\\_Consultas.asp](http://www.scjn.gob.mx/Consultas/Inicial_Consultas.asp)

<sup>11</sup> Gutiérrez y González, Ernesto. Derecho Sucesorio. Inter vivos y Mortis causa. ed. tercera. México. Ed. Porrúa. 1995. p. 130.

<sup>12</sup> [www.contaduriamayorcoah.gob.mx/marco\\_juridico/codigo\\_civil/Libro1/titulo\\_primero.htm](http://www.contaduriamayorcoah.gob.mx/marco_juridico/codigo_civil/Libro1/titulo_primero.htm)

<sup>13</sup> [www.tuobra.unam.mx/publicadas/030527165044.htm](http://www.tuobra.unam.mx/publicadas/030527165044.htm) “Se trata de una resolución judicial por la que se otorgan a los menores de edad las facultades para administrar los bienes adquiridos por su propio trabajo...”

Por ello, no es el patrimonio<sup>14</sup> de lo único que dispone el testador sino de lo que es de su interés y está dentro de su esfera potestativa, así encontramos disposiciones testamentarias, tanto por personajes de la Historia como personas comunes y corrientes, donde se va desde las declaraciones y la súplica hasta el mandato expreso e imperativo, “Por ende suplico al Rey mi señor, muy afectuosamente, e encargo e mando a la dicha princesa mi hija e al dicho príncipe su marido, que así lo hagan e cumplan e que este sea su principal fin e que en ello pongan mucha diligencia e non consientan ni den lugar a que los indios vecinos e moradores de las dichas Yndias y Tierra Firme, ganadas e por ganar, reciban agravio alguno en sus personas ni bienes...”<sup>15</sup> veamos otra circunstancia histórica; “Declaro: fui casado legalmente con la Sra. Teresa Toro, difunta, en cuyo matrimonio no tuvimos hijo alguno. Mando a mis Albaceas que la espada que me regaló el Gran Mariscal de Ayacucho, se devuelva a su viuda para que la conserve, como una prueba del amor que siempre he espresado al Gran Mariscal”.<sup>16</sup>

Para de Buen, el testamento es “... un acto unilateral y solemne por el que una persona manifiesta su voluntad para que se cumpla después de su muerte”.<sup>17</sup>

En estas definiciones encontramos que existen elementos esenciales de los testamentos que es, la manifestación de la voluntad, última, de una persona, para que sea cumplida después de su muerte, pero no la institución o designación de un heredero y sobresalientemente, se

---

<sup>14</sup> Escriche, Joaquín. Diccionario razonado de legislación civil, penal, comercial y forense. p. 516. “Se toma alguna vez por toda especie de bienes, cualquiera que sea el título con el que se hayan adquirido; mas en un sentido menos estenso, se toma por los bienes o hacienda de una familia; y aún á veces no significa esta palabra sino los bienes que recaen en una persona por sucesión de sus padres o abuelos. De aquí es que se llaman bienes patrimoniales los inmuebles ó raíces que uno tiene heredados de sus ascendientes, á diferencia de los bienes adquiridos o de adquisición, que son los que se ganan con cualquier otro título que no sea el de sucesión de sus mayores”

<sup>15</sup> Vázquez, Josefina Zoraida. Una Historia de México. Codicilo del testamento de Isabel la Católica. Ed. S.E.P. México. 1996. p. 125.

<sup>16</sup> Muerte de Simón Bolívar- Aldea Educativa- Temas

<sup>17</sup> De Pina, Rafael. Derecho Civil Mexicano. Decimocuarta ed. Ed. Porrúa. México. 1994. 287.

reincide, que dicho acto cumpla con la solemnidad, forma, que sea exigida por la ley.

Eugéne Petit señala que: “Aunque los romanos tuvieron en gran consideración el derecho de testar, es exagerado decir que en Roma se tenía como un deshonor morir intestado, lo más deshonoroso era no dejar algún heredero, porque significaba indicio de una mala sucesión, el presagio de la *bonorum venditio* y el de infamia, es decir, la extinción de la *sacra privata*. Por esta razón se encuentra justificada la presencia de los romanos por la sucesión testamentaria: el que testa y elige un heredero está más seguro de tener uno, demuestra previsión y deseo grande de conservar intacto su honor”.<sup>18</sup>

El concepto original del testamento romano, encontraba sus bases en antiguas ideas metafísicas populares, desde las guerras púnicas, y el dominio del Mar Mediterráneo, *Mare Nostrum*, podríamos decir, con la internacionalización del dominio fuera de la península itálica, en Roma, comenzó a cambiar este concepto, ante la decadencia de las ideas heredadas de la Roma antigua. Poco a poco, el testamento se convirtió en una base primaria para el reparto del patrimonio.

## 1.2. Formas de testamento en el derecho romano.

Sí para algunos autores existe confusión en cuanto a la existencia de las dos formas clásicas de testar, es decir, testamentaria o intestamentaria o *ab intestato*, la primera regulada por la voluntad del difunto y la segunda, por la ley, para Petit, es considerable la coexistencia de las dos formas desde la fundación de Roma y la ley de las Doce Tablas sólo habría sancionado costumbres que ya estaban vigentes de hacía tiempo, “... el jefe de familia,

---

<sup>18</sup> Petit, Eugéne. Tratado Elemental de Derecho Romano... p. 513

en virtud de su omnipotencia, era dueño de elegir, con la aprobación de los pontífices y de las curias, el continuador de su culto y de su persona civil”.<sup>19</sup>

Es decir, para el ciudadano romano lo importante no era el heredero por sí mismo, si no la continuación del culto familiar privado, de sus antepasados, de los manes<sup>20</sup> y, como orgullosos que eran, la continuación de la existencia de su familia.

De las formas de adquirir *per univesitatem* en el derecho romano la que nos interesa es la llamada adquisición por sucesión, de estas encontramos la sucesión testamentaria y adquisición por designación de la ley, en cualquiera de estas formas de adquisición por *mortis causa*, quedan cubiertos los intereses de la sociedad y de los particulares; “... el interés del difunto, “... el interés de los acreedores... y el interés religioso.”<sup>21</sup>

En la Historia de la civilización romana encontramos diversas formas de testar, en los tiempos más remotos del derecho civil, las establecidas por el derecho pretoriano y posteriormente, las señaladas por las constituciones imperiales, esto es, las distintas épocas del desarrollo de Roma, la monarquía, la república y el imperio.

Las primeras formas que encontramos de testar en Roma son los testamentos llamados *calatis comitiis* e *in procinctu*, el primero era utilizado en tiempos paz y el segundo, en tiempos de guerra, ambos testamentos cumplían con solemnidades que la ocasión exigía, el testamento *calatis comitiis* “... se hacía delante de los comicios, por *curias* convocadas a este efecto, calata... y en presencia de los pontífices... El jefe de familia declaraba delante de los *comisios* reunidos a quien elegía por heredero... lo

---

<sup>19</sup> Petit, Eugéne. Tratado Elemental de Derecho Romano... p. 513.

<sup>20</sup> Espíritus de los muertos, ... A veces los manes se identificaban con *di parentes* ‘antepasados muertos’, que viven en el submundo y aparecen sólo ciertos días, en los cuales se les hacen ofrendas propiciatorias.

<sup>21</sup> Idem. p. 512

cual hacía del testamento una verdadera ley”,<sup>22</sup> el testamento *in procinctu* “... se hacía delante del ejercito equipado y bajo las armas. El jefe de familia soldado que quería testar antes de marchar al combate declaraba su voluntad delante de sus compañeros de armas que representaban la asamblea del pueblo”.<sup>23</sup>

Sin embargo, las circunstancias propias de estos testamentos hacía que algunos quedaran sin testar, por lo que se creó una nueva forma de testar llamada *per aest et libram*, para esta forma de testamento se utilizaba la manera en que los romanos transmitían de sus cosas más preciadas, la *mancipatio*, “... la venta ficticia, imaginaria *venditio*...”,<sup>24</sup> utilizando este instrumento jurídico el ciudadano romano que no había podido testar y por alguna causa sentía que podía morir, “... mancipaba su patrimonio a un amigo, encargándole oralmente de ejecutar las liberalidades que destinaba a otras personas;...”<sup>25</sup>

Este testamento fue posteriormente perfeccionado, por las mismas necesidades de evolución del derecho romano, presentándose desde entonces dos operaciones para el testamento *per aest et libram*, la *mancipatio* y la *nuncupatio*; en el primero el heredero declaraba “... comprar el patrimonio; no era para guardarlo, sino a título de depósito y para prestarse a la confección del testamento... en la *nuncupatio*... el testador teniendo en sus manos las tablillas, que contienen el nombre del heredero y el conjunto de sus disposiciones testamentarias... daba a conocer con frecuencia el heredero; pero también podía guardar el secreto”<sup>26</sup> Estas formalidades se debían cumplir sin interrupción.

---

<sup>22</sup> Idem. p. 515

<sup>23</sup> Petit, Eugène. Tratado Elemental de Derecho Romano... p. 514.

<sup>24</sup> Idem. p. 262. Apud. Gayo.

<sup>25</sup> Idem. p. 515.

<sup>26</sup> Idem. p. 517

Posteriormente surgió un testamento oral y el testador declaraba oralmente en voz alta el nombre de su heredero y sus últimas voluntades, delante de siete testigos, este es el llamado testamento nuncupativo, el cual “tenía la ventaja de hacerse más rápido y de no exigirse ningún escrito.”<sup>27</sup> La desventaja que más afectaba a este testamento era el de la seguridad, pues la oralidad y la sola existencia de testigos lo hacían vulnerable.

Al hablar del derecho pretoriano estamos hablando de un gran periodo del derecho romano, desde el siglo IV a.C. hasta el siglo II d.C. cuando su jurisdicción se reduce al mínimo. El pretor llegó a ser la máxima autoridad romana, hasta la creación del consulado, entonces pasó a ser un cargo independiente cuya función era mantener la jurisdicción de pleitos (litigios) civiles; en un principio parece que sólo estaba abierta a los patricios. El pretor, conocido como el pretor urbano, en realidad era un tercer cónsul, y estaba acompañado por seis *licttores*. En el 337 a.C., la pretoría se abrió a los plebeyos y se convirtió en el primer paso para la obtención del consulado. El pretor urbano se encargaba de los pleitos entre los ciudadanos de Roma.

Después se creó el *pretor peregrino* para los litigios entre extranjeros o romanos con extranjeros. En lo que corresponde a la relación del pretor con la sucesiones se estableciera de la siguiente manera; “Es posible que el pretor ofreciera primero, la *bonorum possessio secundum tabulas*, al heredero instituido en un testamento regularmente hecho según el derecho civil, pero en tiempo de Cicerón, era suficiente para la concesión de esta *bonorum possessio* que el testamento estuviera escrito sobre tablillas llevando el sello de siete testigos. Podían servirse del mismo sello, pero entonces cada uno debía escribir cerca del sello, su nombre y el del testador”. En el siglo II de nuestra era esta “...*bonorum possessio* se hizo *cum re*, es decir, que el *bonorum possession* pudo descartar las

---

<sup>27</sup> Petit, Eugéne. Tratado Elemental de Derecho Romano... p. 516.

pretensiones de los herederos *ab intestado*, oponiendo la excepción de dolo a la petición de herencia”.<sup>28</sup>

En los últimos siglos del Imperio Romano de Occidente, se fusionaron las reglas del derecho pretoriano, las constituciones imperiales y del derecho civil, dando origen a un nuevo testamento llamado, *tripertitum*, que consiste en “... que habiendo escrito el testador su testamento de antemano sobre tablillas, reúne siete testigos, les presenta las tablillas, cerradas, si quiere guardar el secreto de sus disposiciones, cada testigo, lo mismo que el testador pone su *subscriptio* debajo del testamento, cerrando después las tablillas y poniendo cada testigo su sello y escribiendo su nombre cerca del sello. Estas solemnidades deben cumplirse en un contexto. La presencia de los testigos y la necesidad de hacerlo todo, en un contexto, provienen del Derecho Civil, el número de los testigos, los sellos y la *adscriptio* están tomados del Derecho Pretoriano, la *subscriptio* está puesta por las constituciones”.<sup>29</sup>

Otra forma de testar en Roma fue el testamento militar, que no debe ser confundido con el testamento *in procinctu*, el testamento militar surge en tiempos de Julio César, siglo I a.C., quien para favorecer a sus soldados, creó este testamento para permitirles testar sin ninguna solemnidad “En principio, la voluntad del soldado constituía un testamento válido, de cualquier manera que estuviese manifestada y podía testar confiando su última voluntad a un compañero de armas, escribiéndola con su sangre sobre un escudo o trazándola sobre la arena con la punta de la espada, pero en todos estos casos es necesario que la voluntad sea cierta y que haya sido expresada seriamente.”<sup>30</sup>

---

<sup>28</sup> Idem. p. 516

<sup>29</sup> Petit, Eugéne. Tratado Elemental de Derecho Romano... p. 517.

<sup>30</sup> Idem. p. 517

Esta forma de testar fue concebida como un privilegio para los soldados por lo que sufrió cambios desde su surgimiento ya que "... la duración del privilegio era limitada, en la época clásica, el militar disfrutaba de él durante todo el tiempo de su servicio... Pero Justiniano limitó este favor al tiempo durante el cual el soldado estuviere en campaña".<sup>31</sup>

### 1.3. El testamento como acto jurídico.

Durante su vida el ser humano realiza un sin número de actos pero no todos entran dentro de la esfera jurídica, es decir, que no cualquier acto en que el hombre participe puede ser llamado acto jurídico, para que un acto del hombre sea una manifestación jurídica tiene que cumplir requisitos sine qua non, de lo contrario será un acto más de la vida humana en sociedad, solamente un hecho que cambia la realidad anterior.

Es necesario establecer si la última voluntad de un individuo plasmada en un testamento es un acto jurídico, para iniciar explicaremos las diferencias que existen entre supuesto jurídico y hecho jurídico, el primero es un imperativo hipotético<sup>32</sup>, ya que es un juicio que implica un deber condicionado, pero algunos autores modernos no utilizan el término, supuesto jurídico y prefieren utilizar el de hecho jurídico, pero esto ha provocado confusiones que el Maestro García Máynez ha resuelto con suma claridad que al afirmar que, "...supuesto es comúnmente definido como un hecho que produce un efecto jurídico...Declárase que cuando la ley enlaza a un acontecer de esta especie consecuencias normativas, aquel se transforma en hecho jurídico".<sup>33</sup> Por lo tanto cuando la ley positiva enlaza consecuencias jurídicas al supuesto jurídico, lo actualiza, lo transforma en un hecho jurídico. Sin temor de ser repetitivos transcribamos la definición del

---

<sup>31</sup> Petit, Eugéne. Tratado Elemental de Derecho Romano... p. 517.

<sup>32</sup> Imperativo. Enciclopedia Encarta 2002. Microsoft Corporation. "... es una forma de enunciado prescriptivo, que indica la necesidad de hacer algo de llevar a cabo determinada acción... y siempre parecen sujetos al cumplimiento de determinada condición."

<sup>33</sup> García Máynez, Eduardo. Introducción al estudio del Derecho. ed. Cuadragésimo quinta. Ed. Porrúa. México. 1993. 170-171.

maestro García Máynez "... supuesto jurídico como la hipótesis de cuya realización dependen las consecuencias establecidas por la norma."<sup>34</sup>

El propio maestro García Máynez subdivide los supuestos jurídicos en simples y complejos, los primeros son aquellos que se integran por una sola hipótesis y los segundos, por dos o más supuestos jurídicos simples, veamos, "La función notarial corresponde al titular del Poder Ejecutivo, quien podrá conferir su ejercicio en los términos de la ley."<sup>35</sup> Supuesto jurídico simple, pues sólo contamos con una hipótesis, es una función del ejecutivo y solo él la puede conferir, delegar; a otro, "El notario es el profesional del derecho a quien se ha investido de fe pública para ejercer la función notarial."<sup>36</sup> Como vemos, en el aparato crítico, encierra varias hipótesis, por lo tanto, es un supuesto jurídico complejo.

En cuanto a los hechos jurídicos se les da una clasificación de acuerdo a la eficacia que tienen aparejada, pero su eficacia puede ser inmediata o diferida, veamos el siguiente cuadro:<sup>37</sup>

Para Rafael I. Martínez Morales el hecho jurídico, "... es un acontecimiento de la naturaleza o del ser humano, que provoca consecuencias en el ámbito jurídico, sin que haya la intención de provocarlos".<sup>38</sup>

---

<sup>34</sup> Idem. p. 173.

<sup>35</sup> Guiza Alday, Francisco Javier. Ley del notariado para el Estado de Guanajuato. Comentada y concordada con la ley del notariado para el Distrito Federal. Ed. Universidad Lasallista Benavente. Librería Yussim. México. 1997. p. 1.

<sup>36</sup> Idem. p. 3. "... las teorías sobre la naturaleza jurídica de la actuación notarial, unas afirman que es un funcionario público, otras lo consideran un profesionista liberal, y las eclécticas o mixtas, sostienen que es una función pública desarrollada por un profesionista liberal."

<sup>37</sup> García Máynez, Eduardo. Introducción al estudio del Derecho. p. 179.

<sup>38</sup> Martínez Morales, Rafael I. Biblioteca Diccionarios Jurídicos Temáticos Volumen 3 Derecho administrativo. Ed. Harla. México. 1999. p. 129. pp. 274.

HECHOS JURÍDICOS	DE EFICACIA INMEDIATA	CONSTITUTIVOS		
		MODIFICATIVOS		
		EXTINTIVOS		
	DE EFICACIA DIFERIDA	TÉRMINO	SUSPENSIVO	CONSTITUTIVO
			FINAL O EXTINTIVO	MODIFICATIVO
		CONDICIÓN	SUSPENSIVA	
			MODIFICATIVA	
			RESOLUTORIA	

La eficacia de los hechos jurídicos puede ser de manera pronta, de sucesión inmediata a su realización, si esto es así, su eficacia es inmediata; por el contrario, si están sujetos a otro hecho cierto o incierto su eficacia es diferida, es decir, su eficacia se logra después del acontecimiento del que depende su eficacia.

Dentro de los hechos jurídicos de eficacia inmediata, los encontramos de tres tipos, constitutivos, modificativos y extintivos, en estos casos su eficacia es constitutiva, modificativa y resolutoria porque crean, modifican o le ponen fin a deberes o facultades.

Si la eficacia de los hechos jurídicos depende de un suceso futuro estamos hablando de que esta sujeto a término, si el hecho del que dependen es cierto; o condición, si el suceso del que dependen es incierto.

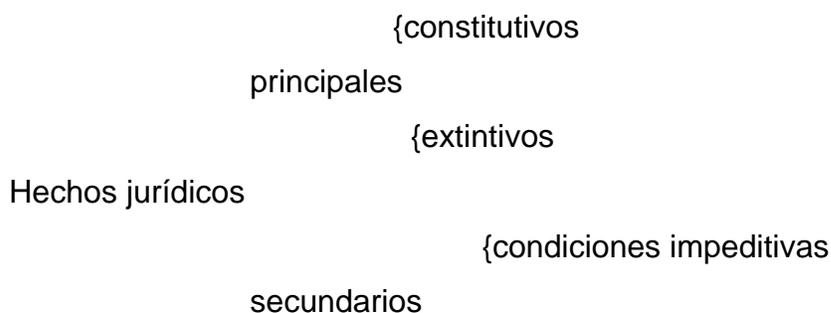
Si un hecho jurídico de eficacia diferida esta sujeto a termino y éste es suspensivo, puede ser constitutivo si las consecuencias jurídicas están sujetas a un acontecimiento futuro e inevitable o final o extintivo si las extinguen, las finalizan, las aniquilan.

Si la eficacia diferida esta sujeta a condición, ésta puede ser suspensiva, modificativa o resolutoria, en la primera condiciona el nacimiento, en la segunda modifica y en la tercera extingue consecuencias de derecho del hecho jurídico.

García Máynez consigna la clasificación, del jurista italiano Carnelutti, de los hechos jurídicos en generales y especiales, esta última concerniente al derecho civil, atendiendo a su naturaleza y de acuerdo a los efectos que producen. Los primeros lo subdivide en naturales y humanos, los primeros son fenómenos de la naturaleza y los segundos acontecimientos provocados por la voluntad humana, cuando a éstos últimos "... la ley enlaza consecuencias de derecho... son también conocidos con el nombre de actos jurídicos."<sup>39</sup>

A su vez los actos jurídicos los divide en lícitos, *strictu sensu* y actos ilícitos; cuando la conducta humana coincide y no se opone a las normas vigentes se dice es lícito, cuando la conducta humana coincide con la consecuencia jurídica estamos en presencia de un acto jurídico en *strictu sensu* y, por último, cuando la actualización del acto jurídico contraviene las normas estamos en presencia de un acto jurídico ilícito.

En la clasificación de los hechos jurídicos de acuerdo a los efectos que producen encontramos los siguientes:<sup>40</sup>



<sup>39</sup> García Máynez, Eduardo. Introducción al estudio del Derecho. p. 181.

<sup>40</sup> Idem. p. 182.

o condiciones  
jurídicas

{ condiciones modificativas

Los de eficacia principal provocan consecuencias de derecho por si mismos ya que den lugar a su nacimiento o a su extinción, mientras que los secundarios las paralizan o las modifican.

Por último García Máynez apoyado en la doctrina francesa, afirma que cuando las acciones del hombre "... son lícitas y su finalidad es la creación, la transmisión, la modificación o la extinción de obligaciones y derechos, llámense actos jurídicos."<sup>41</sup> Éstos a su vez los subdivide en unilaterales<sup>42</sup> y bilaterales a estos últimos los llama convenios "...subdivídanse en convenios *strictu sensu* y contratos".<sup>43</sup>

Por lo anterior estamos en la posibilidad de afirmar que el testamento es un acto jurídico porque cumple con las condiciones que la doctrina ha señalado por lo que lo resumimos de la siguiente manera:

- 1.- Parte de un supuesto jurídico, la muerte de un individuo.
- 2.- La existencia de un testamento o su inexistencia.
- 3.- Es un acto jurídico unilateral.
- 4.- El hecho jurídico que se presenta con la apertura del testamento o del juicio *ab intestato*, y
- 5.- La creación, modificación, transmisión o extinción de obligaciones y derechos que se deriven de la última voluntad contenida en el testamento o de la disposición de la ley, sí este no existe.

---

<sup>41</sup> García Máynez, Eduardo. Introducción al estudio del Derecho. p. 183.

<sup>42</sup> Rogina Villegas, Rafael. Compendio de Derecho Civil. Bienes, derechos reales y sucesiones. Ed. Porrúa. México. 1995. p. 387. "... es unilateral porque sólo interveine una manifestación de la voluntad.

<sup>43</sup> Idem. p. 183.

#### **1.4. Formas de testamento en los Códigos Civiles para los Estados de Aguascalientes y Chiapas.**

El Código Civil para el Estado de Aguascalientes y de Chiapas, consigna que el testamento tiene dos formas, artículos 1411 y 1484 de los Códigos respectivamente referidos, el ordinario y el especial, según lo indica el artículo 1412 y 1485 de los Códigos respectivamente referidos. “El ordinario puede ser:

- I.- Público abierto;
- II.- Público cerrado; y
- III.- Ológrafo.”<sup>44</sup>

Mientras que el artículo 1413 y 1486 de los Códigos respectivamente referidos señala. “El especial puede ser:

- I.- Privado;
- II.- Militar;
- III.- Marítimo; y
- IV.- Hecho en país extranjero.”<sup>45</sup>

Amén de los anteriores, es de señalarse la existencia del Testamento Público Simplificado, que será tratado en otro apartado, pues como ha quedado establecido, el enfoque del presente trabajo se relaciona con el testamento público abierto porque es en esta clase de testamento donde la intervención del notario es personalísima, no así en las otras clases de testamentos donde su intervención es posterior a las situaciones circunstanciales que han llevado al individuo a plasmar su última voluntad, de distinta manera, por lo que conoce los hechos no de manera prístina como en el tipo de testamento que estamos sometiendo a nuestro análisis y, que es, el motivo de la propuesta del presente trabajo. Aunque debe señalarse el poco alcance de este testamento, pues sólo abarca un bien inmueble.

---

<sup>44</sup> [www.scjn.gob.mx/Consultas/Inicial\\_Consultas.asp](http://www.scjn.gob.mx/Consultas/Inicial_Consultas.asp)

<sup>45</sup> [www.scjn.gob.mx/Consultas/Inicial\\_Consultas.asp](http://www.scjn.gob.mx/Consultas/Inicial_Consultas.asp)

## CAPÍTULO 2

### **ANÁLISIS DE LA VOLUNTAD Y LAS FORMALIDADES EN EL TESTAMENTO PÚBLICO ABIERTO EN EL CÓDIGO CIVIL PARA LOS ESTADOS DE AGUASCALIENTES Y CHIAPAS.**

2.1. Análisis de la manifestación de la voluntad que se debe expresar en el testamento público abierto en el Código Civil para los Estados de Aguascalientes y Chiapas.

De acuerdo a lo expresado por el actual código, testar es un derecho<sup>1</sup>, por lo que la primera manifestación de voluntad que expresa el individuo, precisamente, es hacer uso del ejercicio de tal derecho, en cualquiera de las formas, ordinaria o especial, que el propio código permite y, en cualquiera del tipo de testamento que decida, también señalados en el mismo.

Por lo que también la expresión tácita de impedimento sólo es aplicable a quienes "...no han cumplido dieciséis años de edad ya sean hombres o mujeres, y ...los que habitual o accidentalmente no disfrutaban de cabal juicio."<sup>2</sup> En la antigüedad se expresaban términos despectivos para aquellos que teniendo una discapacidad ahora denominada necesidad especial hacían testamento como el llamado "testamento del loco"<sup>3</sup> o testamento del ciego<sup>4</sup>, situaciones que ahora están reguladas por los artículos 1220 y 1293 de los código en cita que dice, "Es válido el testamento hecho por un demente en un intervalo de lucidez..." y sobre los ciegos establece que:

---

<sup>1</sup> [www.scjn.gob.mx/Consultas/Inicial\\_Consultas.asp](http://www.scjn.gob.mx/Consultas/Inicial_Consultas.asp). "Pueden testar todos aquellos a quienes la ley no prohíbe expresamente el ejercicio de ese derecho."

<sup>2</sup> Idem.

<sup>3</sup> Gutierrez y González, Ernesto. Derecho Sucesorio. Inter vivos y Mortis causa. ed. tercera. México. Ed. Porrúa. 1995. p. 150.

<sup>4</sup> Escriche, Joaquín. Diccionario razonado de legislación civil, penal, comercial y forense. p. 680.

“Cuando el testador sea ciego o no pueda o no sepa leer, se dará lectura al testamento dos veces: una por el notario, como está prescrito en el artículo 1429 y 1502 de los códigos en cita respectivamente y otra en igual forma, por uno de los testigos u otra persona que el testador designe”<sup>5</sup>. Lo anterior en el artículo 1424 y 1497 de los códigos en cita respectivamente.

En esta parte el código entra en una serie de imprecisiones que señalamos pero que no son objeto de este estudio, pero se relacionan con la posibilidad que tiene el individuo de manifestar libremente su voluntad, porque el testamento debe ser otorgado por la persona, el testador, cuando se encuentra en plena libertad de expresar su voluntad.

Se entiende que cuando el código habla de cabal juicio, se esta refiriendo a enfermedades de tipo mental, psicológico o psiquiátrico, que impidan al testador manifestar su voluntad, más no hace referencia de otras enfermedades de tipo congénito, oncológico, traumatológico, etc., que eventualmente también le impidieran manifestar su voluntad, lo anterior se colige en relación con los artículos 1221 y 1294 de los códigos en cita, pero se manda muy claramente que una vez resueltas todas las vicisitudes que el código señala en forma expresa, que “... se procederá desde luego a la formación del testamento ante Notario Público, con todas las formalidades que se requieren para los testamentos públicos abiertos.”<sup>6</sup>

Con lo que en una primera conclusión para nuestro trabajo, porque ante la dificultad de recoger la última voluntad de un individuo y tenerla por válida y libremente manifestada, el legislador no encontró medio más certero de hacerlo, por lo que manda expresamente que se recurre al profesional del derecho que ha recibido del poder público, del Estado, la encomienda de dar validez y certeza a los actos jurídicos de los ciudadanos, con esta intervención del Notario Público se reconoce su importancia como agente

---

<sup>5</sup> [www.diputados.gob.mx/leyinfo/2/1530.htm](http://www.diputados.gob.mx/leyinfo/2/1530.htm)

<sup>6</sup> [www.scjn.gob.mx/Consultas/Inicial\\_Consultas.asp](http://www.scjn.gob.mx/Consultas/Inicial_Consultas.asp).

que da seguridad a dos fines principales de la sociedad, permitir la libertad individual, mediante la manifestación de la voluntad del testador y la transmisión de la propiedad, con lo que se cumple el interés de la sociedad, del testador al designar legítimo heredero.

El código concede absoluta libertad al testador para que al momento de manifestar su voluntad pueda establecer las condiciones que considere pertinentes para la disposición de sus bienes, sin embargo esta voluntad no puede sobrepasar principios del derecho como aquel que señala que nadie esta obligado a lo imposible, según lo establecido por el artículo 2604. “La condición física o legalmente imposible de dar o de hacer, impuesta al heredero o legatario, anula su institución..”<sup>7</sup>

Asimismo, la libre manifestación de la voluntad, no sufre menoscabo cuando se señala que se tendrá por no puesta cuando, precisamente, el testador al hacerlo atente contra los principios del derecho y la legislación vigente tal y como lo establecen en el artículo 1221 y 1340, de los Códigos en cita, al señalar que, “...la condición de no dar o no hacer, se tendrá por no puesta. Asimismo La condición de no impugnar el testamento o alguna de las disposiciones que contenga, so pena de perder el carácter de heredero o legatario, se tendrá por no puesta.”<sup>8</sup> También se establece que, el artículo 1270 y 1343, de los Códigos Civiles referidos, “La condición impuesta al heredero o legatario, de tomar o dejar de tomar estado, se tendrá por no puesta.”<sup>9</sup>

Otra obligación que debe cumplir el testador al manifestar su voluntad es, la correspondiente a las obligaciones alimenticias que deba cumplir con su parentela más cercana, en ascendencia o descendencia, parientes colaterales o concubina o concubino, esto sucede en relación con el interés

---

<sup>7</sup> Idem.

<sup>8</sup> [www.scjn.gob.mx/Consultas/Inicial\\_Consultas.asp](http://www.scjn.gob.mx/Consultas/Inicial_Consultas.asp).

<sup>9</sup> Idem.

de la sociedad, porque el testador al manifestar su voluntad y cumplir con los ordenamientos legales, cumple con los mismos y le da certeza al propio documento testamentario, que de lo contrario podría ser tachado de inoficioso. Por lo anterior podemos señalar que las disposiciones legales referidas, no limitan la libre manifestación de la voluntad del testador, sino que son ordenamientos que debe cumplir para actuar legalmente, cubrir el interés de la sociedad y dar certeza jurídica a la última manifestación de su voluntad.

El testador al manifestar su última voluntad adquiere la protección de la ley civil, y aún de la ley penal, porque quién actúe contra un individuo limitándole la libre manifestación de su voluntad es de presumirse que puede cometer delitos porque existe la prueba plena de tal hecho posiblemente delictivo, según lo establece el artículo 1400 y 1473 de la ley sustantiva civil vigente, en los Estados de Aguascalientes y Chiapas, cuando claramente señala, “El juez que tuviere noticia de que alguno impide a otro testar, se presentará sin demora en la casa del segundo para asegurar el ejercicio de su derecho, y levantará acta en que haga constar el hecho que ha motivado su presencia, la persona o personas que causen la violencia y los medios que al efecto haya empleado o intente emplear, ...”<sup>10</sup>, por lo que existe una clara e innegable intervención de la autoridad judicial que además, debe intervenir sin demora. Y para mayor seguridad del testador el código lo señala muy claramente y sin dejar lugar a dudas en el artículo 1399 y 1472, del Código Civil para los Estados de Aguascalientes y de Chiapas, “Es nulo el testamento captado por dolo o por fraude.”<sup>11</sup>

Por lo tanto los artículos en cita, del Código Civil para los Estados de Aguascalientes y Chiapas, no son impedimentos para la manifestación de la voluntad del individuo, sino el cumplimiento de la ley y una muestra de su

---

<sup>10</sup> [www.solon.org/Statutes/Mexico/Spanish/libro3/13t2c9.html](http://www.solon.org/Statutes/Mexico/Spanish/libro3/13t2c9.html)

<sup>11</sup> Idem.

imperio, ya que ni aún la voluntad última de un individuo, que según nuestra tesis debe ser jerárquicamente superior a la forma que la ley exija no debe llegar al quebrantamiento de la legislación vigente.<sup>12</sup>

Por demás, señalamos lo mandado por el código civil vigente que no deja lugar a dudas en cuanto a la manifestación de la voluntad del testador al ordenar que, “El testador expresara de un modo claro y terminante su voluntad al Notario y a los testigos. El Notario redactara por escrito las cláusulas del testamento sujetándose estrictamente a la voluntad del testador y las leerá en voz alta para que este manifieste si esta conforme. Si lo estuviere, firmaran todos el instrumento, asentándose el lugar, ano, mes, día y hora en que hubiere sido otorgado..<sup>13</sup>

Como se puede analizar el papel del notario es determinante, redacta y debe dar a conocer al testador lo que ha expresado, por lo que se reitera muy claramente, al señalar que no debe haber ambigüedades en la manifestación de la voluntad y mandar firmemente que expresará de modo claro y terminante su voluntad.

## **2.2. Análisis de las formalidades y solemnidades que se deben guardar en el testamento público abierto en el código civil para los Estados de Aguascalientes y Chiapas.**

Este es el testamento que en la antigüedad se le llamaba, nuncupativo<sup>14</sup>, El testamento público abierto estaba establecido en el Libro Tercero, título tercero, capítulo segundo del Código Civil para los Estados de Aguascalientes y Chiapas, comprendiendo los numerales 1423 al 1432 y 1496 al 1505, respectivamente , en donde encontramos las siguientes formalidades;

---

<sup>12</sup> Idem. “Artículo1344.- “El testador es libre para establecer condiciones al disponer de sus bienes..”

<sup>13</sup> Idem.

<sup>14</sup> Esriche, Joaquín. Diccionario razonado de legislación civil, penal, comercial y forense. p. 678.

a) Debe hacerse ante el notario y tres testigos idóneos.<sup>15</sup>

b) Deberá asentarse el lugar, el año, el mes, día y hora en que hubiere sido otorgado.<sup>16</sup>

Esta formalidad, la existencia de testigos, ya ha sido eliminada, derogada, de este Código y de los códigos civiles de varias entidades federativas, esta circunstancia a hecho que el testamento público abierto adquiera una aproximación al derecho administrativo y mayor preponderancia de la voluntad del individuo sobre la solemnidad y formalidades de la ley.

Sin embargo, siguen existiendo, cuando circunstancias especiales así lo determinan o el testador lo solicita.

c) Sí alguno de los testigos es analfabeta debe imprimir su huella digital y otro de los testigos deberá firmar a su ruego, debiendo existir la firma de otros dos testigos por lo menos, es decir, exige un mínimo, sin señalar extremo máximo. El artículo no exige que se firme a ruego, pero más vale hacerlo así, porque siendo tan exigible en la forma puede correrse el riesgo de la nulidad del testamento.

Ni esta circunstancia, relegar a un segundo término la existencia de los testigos en el testamento público abierto, implica la pérdida de solemnidad del acto testamentario, pues como afirma el maestro Gutiérrez y González, "... es el conjunto de elementos de carácter exterior sensibles, en que se plasma la voluntad de los que contratan y que la ley exige para que exista el acto".

---

<sup>15</sup> [www.solon.org/Statutes/Mexico/Spanish/libro3/l3t3c2.html](http://www.solon.org/Statutes/Mexico/Spanish/libro3/l3t3c2.html)

<sup>16</sup> *Idem.*

Y, siguiendo con el maestro Gutiérrez y González. “Pocos actos en México requieren de solemnidad, puedo mencionar; el matrimonio, el testamento y el reconocimiento de hijo”.<sup>17</sup>

d) Sí el testador es analfabeto o no puede escribir, imprimirá su huella e intervendrá otro testigo más, y en este punto es enfático, otro testigo más, por lo que hasta aquí llevamos la intervención de cuatro testigos, que deberá firmar a su ruego.

e) Se entiende que sí es extranjero el testador, además de los testigos, deberán intervenir un interpretes, por lo que presentándose una conjunción de circunstancias el testador deberá hacerse acompañar hasta por cinco personas o tal vez siete si se interpreta literalmente el artículo 1428 y 1501 , de los Códigos Civiles para los Estados de Aguascalientes y Chiapas respectivamente cuando señala que si “... fuere enteramente sordo, pero que sepa leer, deberá dar lectura a su testamento; si no supiere o no pudiere hacerlo, designará a una persona que lo lea en su nombre.”<sup>18</sup> la redacción no señala que sea un testigo instrumental, si no una persona, cuando el testador no sabe escribir, por lo que se intuye que es alguien de suma confianza del testador porque indudablemente lo que se esta buscando es que se de a conocer a los presentes la manifestación de la voluntad del testador pues solamente cumpliendo estas formalidades se procede a la firma del instrumento testamentario ya que el artículo 1431 y 1504 de los códigos referidos respectivamente, es muy claro cuando manda que; “Las formalidades se practicarán acto continuo y el Notario dará fe de haberse llenado todas.”<sup>19</sup>

Por lo que la presencia del individuo que se apersona ante el Notario Público con la intención de otorgar testamente en la clase de abierto

---

<sup>17</sup> [www. Monografias.com/trabajos22/acto-jurídico/acto-juridico.shtml](http://www.Monografias.com/trabajos22/acto-jurídico/acto-juridico.shtml)

<sup>18</sup> [www.solon.org/Statutes/Mexico/Spanish/libro3/l3t3c2.html](http://www.solon.org/Statutes/Mexico/Spanish/libro3/l3t3c2.html)

<sup>19</sup>Idem.

público una vez iniciado su redacción, ésta no puede interrumpirse porque entonces las formalidades no se cumplen con el mandato legal del código, ser practicadas de acto continuo, es decir, redundando, sin interrupción.

### **2.3. Análisis sobre la manifestación voluntad desde distintos puntos de vista.**

Desde la antigüedad los filósofos griegos se pronunciaron sobre el concepto de voluntad como un elemento inherente de la personalidad humana, y en cuanto a un supremo acto de libertad no ha quedado exento de la impregnación de su hábito religioso, pues la voluntad por excelencia pertenece a la divinidad, que se manifiesta simplemente en la creación de del mundo y del hombre mismo.

En el diccionario se define a la voluntad, del latín voluntas atis, como, “Potencia del alma, que mueve a hacer o no hacer una cosa.”<sup>20</sup> En nuestro Estado laico esta potencia del alma no puede ser más que la conducta que manifiesta el individuo, en el caso que nos ocupa, la última, manifestada en su testamento.

Para Platón, “El alma humana esta compuesta por tres elementos – el intelecto, la voluntad y la emoción-... la virtud del intelecto es la sabiduría, o el conocimiento de los fines de la vida; la voluntad es el valor, la capacidad de actuar, y las emociones es la templanza, o el autocontrol.”<sup>21</sup> . El testador al manifestar su última voluntad pone en juego estos elemento del alma humana, puesto que en ese momento ha determinado no solamente su voluntad última si no que manda que se materialice ese acto y se cumpla su mandato después de su muerte. Está cumpliendo su querer y su deber<sup>22</sup>, pues no solamente manifiesta su voluntad si no que debe cumplir con los mandamientos legales que la ley le

---

<sup>20</sup> Diccionario Enciclopédico Espasa.Tomo 24. Ed. Espasa Calpe. S.A. de C.V. España. 1978. p. 685. 892.

<sup>21</sup> La Voluntad. Enciclopedia Encarta 2002. Microsoft Corporation.

<sup>22</sup> García Máynez, Eduardo. Introducción al estudio del Derecho. ed. Cuadragésimo quinta. Ed. Porrúa. México. 1993. p. 8. El deber, dice Kant, “... es la necesidad de una acción por respeto a la ley.”

establece, pues la razón práctica, dice Immanuel Kant, "... es la única capacitada para determinar la voluntad".<sup>23</sup>

La manifestación de la voluntad del individuo en un testamento, sin embargo, no puede estar sujeta a su libre arbitrio sino sujeta al imperio de ley, ya lo hemos anotado, pues el destino de un individuo no es inexorable, no es fatal, si no que cualquier acontecimiento se da en situaciones determinadas por sus antecedentes inmediatos y entre éstos podemos incluir a la voluntad humana, esta postura determinista pregonada la voluntad de los hombres, que el fatalismo, como es lógico, no cree, por lo que la manifestación de la voluntad, que estudiamos, manifestada en el testamento público abierto, debe cumplir formalidades para su validez porque la voluntad del hombre no está sujeta a "... un destino fijo e inexorable que no está controlado ni por la voluntad de los individuos."<sup>24</sup>

Apuntamos lo anterior en base a la afirmación del filósofo alemán Hegel, "... el individuo es íntegro sólo en la medida en que mantiene relaciones sociales y es su sometimiento a la voluntad general, cuya manifestación es el Estado, su más alta expresión ética."<sup>25</sup> Y seguimos, apoyados en Hegel, "El sometimiento a esa voluntad general es el acto propio de un individuo libre y racional."<sup>26</sup>

Cuando Hobbes define al Estado dice que es "... un poder organizado de forma común, cuya función es "regentear" las cosas públicas y que se funda a partir de la suma de voluntades individuales y libres que deciden actuar para adquirir ventajas comunes... es deseable delegar en

---

<sup>23</sup> Crítica de la razón práctica. Enciclopedia Encarta 2002. Microsoft Corporation.

<sup>24</sup> Fatalismo. Enciclopedia Encarta 2002. Microsoft Corporation.

<sup>25</sup> Individuo. Enciclopedia Encarta 2002. Microsoft Corporation.

<sup>26</sup> Ética y Política. Hegel. Georg Wilhelm Friedrich. Enciclopedia Encarta 2002. Microsoft Corporation.

un único hombre el poder y que este soberano gozara de un poder legislativo absoluto.”<sup>27</sup>

La postura en este trabajo es desde luego privilegiar al individuo sobre el Estado, ponderando la manifestación de su voluntad sobre las formalidades que el legislador ha establecido pues como afirma Rogina Villegas, al autor testamentario, “... desempeña un papel activo como testador al dictar sus disposiciones de última voluntad, asumiendo en este sentido la función de un legislador respecto de su patrimonio.”<sup>28</sup>

El párrafo anterior muestra que nuestra propuesta no es descabellada y que ésta no implica nuestra intención de legislar sino de hacer valer, por sobre la potestad del Legislativo, la voluntad del individuo.

Para Kant existen dos tipos de órdenes dadas por la razón a los que da el nombre de imperativos, “... un imperativo es una forma especial de enunciado prescriptivo, que indica la necesidad de hacer algo o de llevar a cabo determinada acción.”<sup>29</sup> Kant estableció dos tipos imperativos, los singulares o hipotéticos y los universales o categóricos, los primeros “... siempre parecen sujetos al cumplimiento de determinada condición.”<sup>30</sup> El segundos, deben cumplirse siempre, “... el imperativo categórico es un mandato que debe ser obedecido como un deber moral, por encima de los impulsos individuales, con el fin de alcanzar una sociedad humanitaria basada en la razón y creada por la voluntad.”<sup>31</sup>

Cuando hablamos de poner la voluntad del testador por encima de las formalidades que el legislador ha establecido, no estamos hablando de

---

<sup>27</sup> Leviatán. Enciclopedia Encarta 2002. Microsoft Corporation.

<sup>28</sup> Rogina Villegas, Rafael. Compendio de Derecho Civil. Bienes, derechos reales y sucesiones. Ed. Porrúa. México. 1995. p. 287.

<sup>29</sup> Imperativo(filosofía). Enciclopedia Encarta 2002. Microsoft Corporation.

<sup>30</sup> Idem. Enciclopedia Encarta 2002. Microsoft Corporation.

<sup>31</sup> Imperativo categórico. Enciclopedia Encarta 2002. Microsoft Corporation.

que deje de cumplir con sus obligaciones, tampoco que en el momento de manifestar su voluntad se abandone al prurito irracional de sus emociones o sus aversiones, tal como queda establecido en el Libro Tercero, Capítulo Segundo, Capítulo V, del Código Civil Para los Estados de Aguascalientes y Chiapas, de los bienes de que se puede disponer por testamento y de los testamentos inoficiosos, del artículo 1280 al 1289, y 1353 al 1362 de los códigos en cita respectivamente donde se señalan las obligaciones alimenticias que tiene el testador y que no puede evadir puesto que lo señala muy claramente el artículo 1286 y 1359 respectivamente de los Códigos Civiles para los Estados de Aguascalientes y Chiapas “Es inoficioso el testamento en que no se deja la pensión alimenticia, según lo establecido en este capítulo.”<sup>32</sup>

Nosotros encadenamos de manera muy significativa los dos párrafos anteriores, pues el legislador al establecer estas obligaciones al testador salvaguarda los intereses de la sociedad, al mismo tiempo que le permite, cuestión que ya hemos manejado, la libre manifestación de su voluntad. Cuando proponemos la superior jerarquía de la voluntad sobre las formalidades, pensamos en la frase de Kant que condensa el término imperativo categórico: “Obra como si la máxima de tu acción pudiera ser erigida, por tu voluntad, en ley universal de la naturaleza.”<sup>33</sup>

Lo anterior esta perfectamente establecido en nuestro Código pues se toma el sentido literal<sup>34</sup> de las palabras del testador, para su interpretación, a no ser que aparezca que con claridad que fue otra la voluntad del testador, “Toda disposición testamentaria deberá entenderse

---

<sup>32</sup> [www.solon.org/Statutes/Mexico/Spanish/libro3/13t3c2.html](http://www.solon.org/Statutes/Mexico/Spanish/libro3/13t3c2.html)

<sup>33</sup> Imperativo categórico. Enciclopedia Encarta 2002. Microsoft Corporation.

<sup>34</sup> Cuando Bolívar manda que se regrese la espada a la viuda del Gran Mariscal de Ayacucho, cualquier juez entendería que se refiere indudablemente a la esposa del General Antonio José de Sucre, triunfador sobre los españoles en la célebre batalla que permitió la independencia del Perú. *Infra.* p. 3. Cap.1.

en el sentido literal de las palabras, a no ser que aparezca con manifiesta claridad que fue otra la voluntad del testador.”<sup>35</sup>

En esta parte del código el legislador se acogió a la teoría de la voluntad interna o subjetiva desechando la teoría de la voluntad declarada que no admite la intervención de la autoridad en la interpretación del testamento, es decir, se atenderá al sentido literal de las palabras y, presentándose circunstancias que lo oscurezcan, "... el Juez investigará acudiendo a todos los medios conducentes y recibiendo, por lo tanto, todas las pruebas que en derecho procedan.”<sup>36</sup>

Por otra parte no debemos ignorar las corrientes de pensamiento, que incluye manifestaciones de tipo, legal, científico y tecnológico, que en todos los aspectos más relevantes de la actualidad le están dando a la voluntad del individuo principalísimo lugar para que la autoridad o los científicos puedan actuar en casos tan complejos donde la centralidad es el individuo para disponer de su vida y de su cuerpo que son los bienes más preciados, si es que nos permitimos esta expresión, como es el caso de la clonación, la fertilización en sus distintos modos, la donación de órganos o la eutanasia, recientemente la Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, invitó a especialistas sobre la eutanasia, del amplio espectro que interviene en este polémico tema, en el mencionado evento la primera secretaria, Joanne Doornewaard, de la Embajada de Holanda, país donde recientemente la eutanasia recibió reconocimiento legal para su aplicación, expreso: “Esta práctica sólo se autoriza cuando es voluntad del paciente con enfermedad y dolor insoportable. Para ello, el médico solicita el examen exhaustivo de otro galeno independiente al caso.

---

<sup>35</sup> . [www.solon.org/Statutes/Mexico/Spanish/libro3/l3t3c2.html](http://www.solon.org/Statutes/Mexico/Spanish/libro3/l3t3c2.html)

<sup>36</sup> Rogina Villegas, Rafael. Compendio de Derecho Civil. Bienes, derechos reales y sucesiones. Ed. Porrúa. México. 1995. p. 303.

El análisis se presenta a una comisión integrada por especialistas en medicina y derecho, quienes revisan los estudios y dan la anuencia. En caso de que el paciente no exprese su voluntad para que apliquen la eutanasia, el médico no la puede realizar aunque la pidan los familiares.<sup>37</sup>

Para el caso de la donación de órganos, el presidente de la Comisión Nacional de Bioética, Manuel Velasco Suárez, opinó que la donación de órganos no debe ser una acción automática ni impositiva... debe quedar claro que “la primera virtud y atributo de este proceso de donación es la voluntad de la persona.”<sup>38</sup>

Como podemos observar la manifestación de la voluntad del individuo en los grandes problemas de la vida moderna donde la participación de la ciencia jurídica es invaluable, toma derroteros claros y pondera la libertad del individuo mediante la manifestación de su voluntad.

El testamento, uno de los instrumentos jurídicos más antiguos deberá evolucionar y, sin afectar sus fines principales, el interés del testador y de la sociedad, permitir que el autor testamentario manifieste su voluntad sin verse atado por las formas, por lo menos en el testamento público abierto, que es el que nos ocupa, y de esta manera acrecentar la cultura jurídica de nuestra sociedad permitiendo su divulgación y acceso mediante la simplificación de sus rígidas formalidades, cuestión que ya es apuntada en el código civil chileno donde se establece, “... el testamento es un acto más o menos solemne...”<sup>39</sup>

Como nuevas formas testamentarias, en algunos países existe el Testamento vital o testamento de vida, para que el individuo que lo desee, manifieste la forma en que desea morir dignamente, por lo que, estando en

---

<sup>37</sup> [www.unam.mx](http://www.unam.mx)

<sup>38</sup> [www.lajornada.unam.mx](http://www.lajornada.unam.mx)

<sup>39</sup> [www.colegioabogados.org/normas/codigocivil4./html](http://www.colegioabogados.org/normas/codigocivil4./html)

la posibilidad del poder de manifestar su voluntad para se proceda como él lo determine estando en la circunstancia de ser sometido a; “Tratamiento médico en caso de hallarse inconsciente o incapacitado para expresarse, por causa de su enfermedad, frecuentemente terminal.”<sup>40</sup>.

Sin embargo, podemos encontrar indicios de cambio en algunos Códigos civiles de las entidades federativas, por ejemplo: en el Estado de Querétaro, al hablar sobre los testigos se dice, “Artículo 1330.- En los casos previstos en los artículos 1391, 1393 y 1394 de este Código, así como cuando el testador o el notario los soliciten, dos testigos deberán concurrir al acto de otorgamiento y firmar el testamento”.<sup>41</sup> En este código ya encontramos una circunstancia de la existencia de los testigos, que se apega a la voluntad del testador o bien del notario público.

En la legislación del estado de Jalisco encontramos que en relación a los testigos en el testamento público abierto, en el artículo 2841, El testamento público abierto, es el que se otorga y dicta de una manera clara, precisa y terminante por el testador ante el notario, salvo lo dispuesto en el artículo siguiente.

Artículo 2842.- Se requiere de dos testigos cuando:

1. El testador sea menor de edad;

I. El testador no sepa leer y escribir;

II. El testador sea sordo, mudo, o ciego;

III. El notario no conozca al testador, ni haya bases suficientes para su plena

---

<sup>40</sup> [www.aeds.org](http://www.aeds.org)

<sup>41</sup> [www.legislatura-qro.gob.mx/codigo\\_civil\\_tx.htm](http://www.legislatura-qro.gob.mx/codigo_civil_tx.htm)

identificación; y

En esta legislaciones también encontramos un avance en cuanto a la existencia de los testigos en el testamento que estudiamos, pero así mismo encontramos legislaciones estancadas, como la del estado de Aguascalientes, donde se establece, en los artículos 1423 y 1424 y de Chipas 1496 que dice : Testamento público abierto, es el que se otorga ante Notario y tres testigos idóneos. Y, El testador expresará de un modo claro y terminante su voluntad al Notario y a los testigos. El Notario redactar por escrito las cláusulas del testamento sujetándose estrictamente a la voluntad del testador y las leerá en voz alta para que éste manifieste si está conforme. Si lo estuviere, firmarán todos el instrumento, asentándose el lugar, año, mes, día y hora en que hubiere sido otorgado”.<sup>42</sup>

Esta misma tesitura la encontramos en muchas legislaciones estatales como en la de Yucatán<sup>43</sup>, y en la del estado nortero de Coahuila.<sup>44</sup>

Por lo anteriormente señalado observamos que los avances son muy lentos y no existe la legislación de avanzada como la española, donde los testigos son necesarios si así los exige la voluntad del testador, y de alguna manera con la presencia de testigos se vulnera la intimidad del testador, pues se supone que existe cercanía entre este y los testigos, pero la misma cercanía se podría presentar con los probables herederos, por lo que si alguno de ellos fuera, hipotéticamente perjudicado, por lo que la libertad de testar se vería lesionada.

---

<sup>42</sup> [www.ags.acnet.net/stjeags/Docs/CC.htm](http://www.ags.acnet.net/stjeags/Docs/CC.htm)

<sup>43</sup> [www.congresoyucatan.gob.mx/legislacion/codigos/civil.htm](http://www.congresoyucatan.gob.mx/legislacion/codigos/civil.htm)

<sup>44</sup> [www.coahuila.gob.mx/leyes/html/codcivil.htm](http://www.coahuila.gob.mx/leyes/html/codcivil.htm)

El testamento Público Simplificado, a pesar de que muchas entidades federativas ya lo han adoptado, a raíz de su existencia en la legislación de Aguascalientes y Chiapas, su evolución es lenta, pues solo se puede testar sobre bienes inmuebles, uno, de bajo costo y hasta un monto determinado, solamente en la legislación de Guanajuato, no existe la limitante del monto. Pues se dice que, "... es aquél que se otorga ante notario respecto de un inmueble cuando así lo determine el adquirente en la misma escritura que consigne su adquisición o en la que se consigne la regularización de un inmueble,.."<sup>45</sup>, y en ninguno de los incisos del artículo 2804-A del Código Civil para el Estado de Guanajuato, se encuentra mención alguna al respecto.

---

<sup>45</sup> Código Civil para el Estado de Guanajuato. Ley de Justicia Alternativa. Cuarta ed. Librería Yussim. México. 2005. 380. pp.

## **CAPÍTULO 3**

### **PROPUESTA PARA PONDERAR LA VOLUNTAD DEL TESTADOR SOBRE LAS FORMALIDADES EN EL TESTAMENTO PÚBLICO ABIERTO EN EL CÓDIGO CIVIL PARA EL ESTADO DE AGUASCALIENTES Y CHIAPAS.**

#### **3.1. Importancia de la manifestación de la voluntad sobre la formalidad en el Testamento Público Abierto.**

Es comprensible que en las épocas más recientes del imperio romano, o más remotas del periodo de la Monarquía o si se quiere durante el desarrollo de la República, las formalidades hayan tenido un gran peso porque dadas las condiciones en que el individuo manifestaba su voluntad eran precarias en cuanto a la certeza de tal acontecimiento, recuérdese que el pueblo romano fue guerrero por excelencia, y dados las condiciones de analfabetismo que se manifestaba en ese tiempo era preciso recurrir a la forma para garantizar la libre y cierta manifestación de la voluntad.

En lo que corresponde a nuestro país las condiciones de desarrollo cultural han cambiado, los altos índices de analfabetismo de principios del siglo pasado han quedado atrás y actualmente se han invertido, es decir, el porcentaje de habitantes que saben leer y escribir es inversamente proporcional al de analfabetas de principios del siglo pasado, que si bien sigue siendo alto de acuerdo a los estándares de los países más desarrollados o de las economías centrales como se le llama ahora.

La forma<sup>1</sup>, desde la antigüedad, son las condiciones que el poder público, producto de la voluntad unilateral del legislador, ha establecido para asegurar el interés de la sociedad; "... se hacía delante de los comicios, ... delante del ejercito equipado y bajo las armas.. ... la venta ficticia, *imaginaria venditio*... que el testamento estuviera escrito sobre tablillas llevando el sello de siete testigos... que habiendo escrito el testador su testamento de antemano sobre tablillas, reúne siete testigos, les presenta las tablillas, cerradas... escribiéndola con su sangre sobre un escudo o trazándola sobre la arena con la punta de la espada."<sup>2</sup>

En nuestro código civil, para el Distrito Federal, también abundaban las formalidades, es decir, lo que la ley establece como requisito para la validez del acto... las formalidades no afectan la existencia del acto, solo su validez, en cambio las solemnidades son, circunstancias o palabras sacramentales que la técnica jurídica exige para la existencia de un acto. "El notario redactará por escrito las cláusulas del testamento... las leerá en voz alta... ante el notario y los testigos, cuando las circunstancias permiten su existencia, asentarse el lugar, el año, el mes, día y hora... Sí alguno de los testigos es analfabeta debe imprimir su huella digital y otro de los testigos deberá firmar a su ruego, debiendo existir la firma de otros dos testigos por lo menos... si el testador es analfabeto o no puede escribir, imprimirá su huella e intervendrá otro testigo más... además de los testigos, deberán intervenir dos interpretes... deberá dar lectura a su testamento; si no supiere o no pudiere hacerlo, designará a una persona que lo lea en su nombre... Las formalidades se practicarán acto continuo..."<sup>3</sup>, etc., etc. Entonces, las formalidades le dan validez al acto; las solemnidades le dan existencia.

---

<sup>1</sup>Gutierrez y González, Ernesto. Derecho Sucesorio. Inter vivos y Mortis causa. ed. tercera. México. Ed. Porrúa. 1995. p. 165. pp. 391. "... siendo el testamento un acto formal, la ley establece a elección del testador varias "formas", para que su voluntad se exteriorice ... Por ello resulta que se han regulado en la ley, diversos tipos de testamento, atendiendo a la "forma" en que su autor desea expresar su voluntad, la cual se habrá de cumplir después de su muerte."

<sup>2</sup> Petit, Eugéne. Tratado Elemental de Derecho Romano... p. 514 a 517.

<sup>3</sup> [www.asambleadf.gob.mx/princip/informac/legisla/codigos/civil/L-03.htm](http://www.asambleadf.gob.mx/princip/informac/legisla/codigos/civil/L-03.htm)

Como se puede apreciar en el código civil para el Distrito Federal , con la derogación de la formalidad de la presencia de testigos, y de la misma manera, de otras entidades federativas, la manifestación de la voluntad del individuo ya no puede verse afectada y, por lo tanto, anulada, por circunstancias pueriles como la falta de acertividad del notario, pues cuando se exigía la presencia de los tres testigos, aquí podían presentarse la intervención de sus empleados que al realizar su trabajo tuvieran equivocaciones propiciadas por las circunstancias particulares del desarrollo del acontecimiento testamentario, al no señalar la hora de inicio o de terminación del momento en que el testador se encuentra ante el Notario Público, pues se entiende que si el acontecimiento donde el testador manifiesta su voluntad debía y debe ser practicado de acto continuo, esta continuidad tiene un inicio y un fin, ligados precisamente por una continuidad, que deben ser manifestado en el testamento para que se cumpla esta solemnidad, por lo que el querer y el deber del testador puede ser declarados nulos en un momento determinado, presentándose esta circunstancia con o sin la presencia de testigos,

Pero no solamente es esa banal falta de precaución que circunstancialmente le pudiera suceder al notario, sino la exagerada cantidad de testigos que se exigía presentar al testador para cubrir las circunstancias que hipotéticamente pudieran surgir, según lo señalaba el código, por lo que esas circunstancias llevó a una exhaustiva revisión por parte del legislador permanente para aligerar cargas testimoniales que eventualmente el testador debía cumplir, con los cambios hechos al Código Civil para el Distrito Federal y de muchas entidades federativas han quedado dejado a salvo, con creces la voluntad del testador sobre las formalidades exigidas por una legislación anticuada.

La voluntad es un atributo del hombre, del ser humano, la solemnidad es una afirmación del poder público para asegurar el interés de la sociedad, por esto afirmamos en este trabajo de tesis, que se debe ponderar la voluntad y acrecentar los medios en que el testador pueda

manifestar de manera libre, cierta y espontáneamente su voluntad, lo que ya hemos definido como "... Potencia del alma, que mueve a hacer o no hacer una cosa... la voluntad es el valor, la capacidad de actuar... al dictar sus disposiciones de última voluntad, asumiendo en este sentido la función de un legislador respecto de su patrimonio..."<sup>4</sup>, porque, además, se debe dar la importancia al Notario Público y reconocer su papel de representante del poder público.

Por esto señalamos que el acto supremo del ejercicio de la voluntad es el instrumento testamentario denominado testamento público abierto, porque es el único que el poder público ha señalado para que el individuo certeramente manifieste es última volunta, tanto así que ha designado a un profesional del derecho al que previamente ha investido del poder necesario para proteger la libertad del individuo al momento de manifestar su voluntad y disponer no solamente de sus bienes sino también de designar quien cumplirá obligaciones que él ya no podrá cumplir, y que por un error de formalidad, de solemnidad, esta póstuma voluntad, puede verse vulnerada y, estando muerto el autor testamentario, la absoluta imposibilidad de subsanar el error, por lo que, esa voluntad pasa ha ser suplida por otra forma de la sucesión testamentaria, *ab intestato* o intestamentaria, por lo que, esa voluntad, esa capacidad de actuar, queda invalidada y desconocida por el poder público.

La voluntad, como concepción filosófica, se materializa, y es una determinación absoluta, que, inclusive se manifiesta en la formación o nacimiento del Estado, en este caso no es la voluntad del individuo en particular, sino del conglomerado social, más propiamente dicho de la nación, tomando como ejemplo, el concepto de Estado-Nación<sup>5</sup>, en este

---

<sup>4</sup> Enciclopedia Encarta 2002. Microsoft Corporation.

<sup>5</sup> Tena Ramírez, Felipe. Derecho Constitucional Mexicano. ed. vigesimonovena. México. Ed. Porrúa. 1995. p. 189. Apud. Alfonso Tesauro. Diritto Constitutionale;10° ed. pág. 33. "... la Nación, al igual que como opina la doctrina dominante, es una entidad diversa y distinta de aquella en la que se concreta el Estado; ella es, precisamente, una unidad étnicosocial, mientras que el Estado es una unidad jurídica que ejercita su potestad, ora sobre individuos pertenecientes por lo menos en su casi totalidad, a la misma Nación... la Nación, como unidad social apoyada en la conciencia de la

aspecto el derecho a tenido una gran importancia porque ha dado cohesión a los elementos constitutivos del Estado, en este caso, la población, que se han formado con diversas etnias, “Cada una de las comunidades que vinieron a constituir los primeros Estados de la Edad Moderna en Europa tenían lo que podríamos llamar su propio derecho <<civil>> o <<privado>>, si bien en algunos casos no era exclusivamente suyo: la Europa en la que esos Estados surgieron era un mosaico de leyes, jurisdicciones y procedimientos judiciales para el arreglo de los conflictos sobre la propiedad y las transacciones de la vida cotidiana. El ingrediente de derecho sustantivo presente en dichos arreglos puede haber sido en ocasiones pequeño, pero era en esos términos, más quizá que en cualesquiera otros, en los que dichas comunidades cifraban su identidad. Y aunque la noción de derecho era ambigua y lo ha seguido siendo, los habitantes de la Europa de los comienzos de la Edad Moderna estaban más familiarizados con las relaciones en términos jurídicos que con las de cualquier otro tipo. La aparición de un Estado consistía, en gran medida, en la integración jurídica de los habitantes de su territorio y en la transformación, por la vía del reconocimiento o la supresión, del derecho y de los tribunales locales en el derecho y los tribunales del Estado”.<sup>6</sup>

Tal circunstancia se presenta tal y como se establece en nuestra constitución cuando se afirma que “... es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una República federal, democrática, representativa y popular...”, y que se manifiesta ya en la constitución de 1824, por lo tanto, si en el ámbito del derecho constitucional no existe duda sobre la voluntad de los pueblos para integrarse en la superior de las formaciones sociales, el Estado, porque no admitir que el derecho civil, en tratándose de la materia de sucesiones y, particularmente, en el testamento público abierto, no exista más testimonio que el del Notario

---

existencia de vínculos comunes, continua en tanto permanece este elemento espiritual... El Estado en cambio, está destinado a sufrir continuamente las profundas transformaciones... el Estado, sin embargo, aunque diferenciándose de la Nación, tiende a identificarse con ella.”

<sup>6</sup> Oakeshott, Michael. El Estado europeo moderno. Miguel Candel Sanmartín. Trad. España. Ed. Paidós. 2001. p. 34.

Público quien, con la capacidad con que ha sido investido por el poder del Estado, de fe del acto de manifestación de la voluntad de un individuo que dispone para después de su muerte del patrimonio que durante su vida fue capaz de formar o acrecentar y darle la oportunidad de expresar su voluntad como legislador, de manifestar unilateralmente su voluntad, pues con la intervención del poder público por medio del Notario Público queda cubierto el interés de la sociedad.

### **3.2. Análisis de los cambios que modificaron las disposiciones legales en el Código Civil para el Distrito Federal, mediante las cuales se prescindió de los testigos en el testamento Público Abierto.**

Es en este apartado final donde deseamos concretar nuestra aseveración de que la voluntad del testador debe prevalecer sobre la forma y que se vio favorecida por esos cambios ya que, se conceda al testador que desea dejar constancia de su última voluntad y considera idóneo el instrumento público llamado testamento en su modalidad denominada público abierto, para lo cual es importante señalar y destacar las siguientes consideraciones:

1.- La manifestación de la voluntad tiene dos vertientes importantes, por una lado la manifestación de la voluntad del legislador y la manifestación de la voluntad del testador, la primera campea en el ámbito del derecho constitucional y, la segunda, en el derecho subjetivo.

2.- Tomamos la tesis de Bernardo Windscheid del derecho subjetivo, en el sentido de conceder al titular de un derecho la facultad de su ejercicio, verbigracia, un individuo puede o no hacer testamento, el heredero puede aceptar o rechazar la herencia, por lo tanto adoptamos su definición, "... es un poder o señorío de la voluntad, reconocido por el orden jurídico."<sup>7</sup> De esta manera el sujeto a quien la norma protege hace del derecho subjetivo su propio derecho.

---

<sup>7</sup> García Máynez, Eduardo. Introducción al estudio del Derecho. p. 187.

3.- El derecho del testador es un derecho subjetivo a la propia conducta, pues puede disponer de la manera que considere pertinente de sus bienes.

4.- El derecho a testar es un derecho subjetivo independiente ya que no proviene de un mandato jurídico, si no de la voluntad del testador.

5.- La manifestación de la voluntad del testador no puede estar sujeta a la interpretación de un juez, pues la voluntad del testador no responde más que a sí mismo y no a la de otros, como es el caso del legislador, quien representa los intereses de un número determinado de electores que delegan en él el ejercicio de su voluntad.

6.- Reconocemos que la voluntad del testador no es pura, ni corresponde únicamente a la interioridad del sujeto, ni es autónoma, porque el testador, aun con la propuesta que a continuación haremos, no puede manifestar su voluntad tratando que, por disposición suya, se violente la ley, ni él, al dejar testimonio de su voluntad ante el Notario Público, puede violentarla, pues precisamente, el profesional del derecho investido por el poder público para dar constancia y fe de tal acontecimiento no lo toleraría sin sufrir las consecuencias de su propio desacato a la ley,<sup>8</sup> pudiendo tener consecuencias, por su actuar, de tipo penal, civil y administrativo.

Por lo anteriormente expresado, en los tres capítulos del cuerpo de la tesis, la modificación del capítulo II, del testamento público abierto, del Título Tercero, de la forma de los testamento, del Código civil para el Distrito Federal, en sus artículos 1511, modificado y donde se deja de

---

<sup>8</sup> Guiza Alday, Francisco Javier. Ley del notariado para el Estado de Guanajuato. Comentada y concordada con la ley del notariado para el Distrito Federal. p. 166. “Un solo defecto puede dar lugar a una o varias responsabilidades concurrentes. Por ejemplo, si una escritura es nula por vicios en sus formalidades, se impone responsabilidad civil y administrativa. Además se puede incurrir en responsabilidad penal si hay falsedad en la narración de hechos.”

exigir la presencia de testigos, y aún sin la modificación de los artículos 1512, 1514, 1516 y 1517, es un gran avance en la legislación civil.

El artículo 1511, del Código Civil para el Distrito Federal, que expresaba, “El testamento público abierto es el que se otorga ante notario y tres testigos idóneos”.<sup>9</sup> Ahora señala: Testamento Público Abierto es el que se otorga ante notario, de conformidad con las disposiciones de este capítulo.

Es decir, estamos ante la circunstancia de que el testamento público abierto es otorgado por el testador teniendo al Notario Público, como único y absoluto testigo de calidad, cuestión que no era a nuestro cuerpo de derecho positivo, con muchos años de anticipación a estas reformas, que corren con el siglo presente, “... testamento público abierto es el que se otorga ante el Cónsul por el testador, sin testigos y en el cual el Cónsul toma nota de la voluntad del compareciente”.<sup>10</sup>

Esta función que está perfectamente establecida la Ley del Servicio Exterior Mexicano, artículo 44 fracción IV “Ejercer funciones notariales en los actos y contratos celebrados en el extranjero que deban ser ejecutados en territorio mexicano, en los términos señalados por el Reglamento. Su fe pública será equivalente en toda la República, a la que tienen los actos de los notarios en el Distrito Federal...”<sup>11</sup> No siendo lo anterior limitativo sino enunciativo, pues también ofrece otros servicios como, “La Ley confiere a los Cónsules de México en el extranjero, cuando actúan en funciones de Notarios Públicos, la facultad de autorizar el otorgamiento de contratos de mandato, también conocidos como poderes, con el fin de que surtan efectos en territorio nacional. Asimismo, pueden dar fe del otorgamiento de testamentos

---

<sup>9</sup> [www.asambleadf.gob.mx/princip/informac/legisla/codigos/civil/L-03.htm](http://www.asambleadf.gob.mx/princip/informac/legisla/codigos/civil/L-03.htm)

<sup>10</sup> [www.ser.gob.mx./sanjuan/html/servicios/](http://www.ser.gob.mx./sanjuan/html/servicios/)

<sup>11</sup> [www.scjn.gob.mx/Consultas/Inicial\\_Consultas.asp](http://www.scjn.gob.mx/Consultas/Inicial_Consultas.asp)

públicos abiertos; de las repudiación de herencias o de las autorizaciones que otorguen las personas que ejerzan la patria potestad sobre sus hijos. Para la obtención de estos servicios, se deberá contactar a la Oficina Consular más cercana al domicilio del solicitante”<sup>12</sup>.

Lo anterior no implica que no se tengan que cumplir formalidades, pues el cumplimiento de la ley es la mejor garantía del cumplimiento de la última voluntad del testador y el Cónsul, en ejercicio de notario deberá cumplir, y cumple, con las formalidades y solemnidades que la ley le imponga para darle seguridad y legalidad de la existencia del instrumento testamentario del que ha sido testigo de su nacimiento.

Pero este no es el único caso de la inexistencia de testigos en el testamento público abierto, en la moderna legislación española, concretamente en Aragón, región autónoma española, está establecido que, “En el testamento notarial otorgado en Aragón no será precisa la intervención de testigos, salvo que expresamente lo requieran los testadores o el notario autorizante”.<sup>13</sup> Esta progresista legislación aragonesa que suprimió los testigos en los testamentos notariales, es decir, públicos abiertos, fue puesta en vigor por la Ley del 21 de Mayo de 1985,<sup>14</sup> fue aceptada por la legislaciones de otras regiones autónomas y por el propio Código Civil, que fue modificado por la Ley 30/1991 de 20 de Diciembre<sup>15</sup>.

La misma disposición está vigente en la legislación catalana que en sus “artículos 105 a 108 establecen disposiciones generales de forma en los testamentos y contienen, como novedad, la supresión del requisito de los testigos en los testamentos notariales ordinarios”.<sup>16</sup>

---

<sup>12</sup> [www.sre.gob.mx/tramites/consulares/actuacion\\_notarial.htm](http://www.sre.gob.mx/tramites/consulares/actuacion_notarial.htm)

<sup>13</sup> [www.bdd.unizar.es/pag5/aragon/L2T2.htm](http://www.bdd.unizar.es/pag5/aragon/L2T2.htm)

<sup>14</sup> J. Martínez Cortés: Ley de Sucesiones. Título III. De la sucesión...

<sup>15</sup> Idem.

<sup>16</sup> [www.asambleadf.gob.mx/princip/informac/legisla/codigos/civil/L-03.htm](http://www.asambleadf.gob.mx/princip/informac/legisla/codigos/civil/L-03.htm)

Por lo que el legislador esta al tanto de los avances de la legislación internacional y solamente permite la existencia de los testigos cuando el autor testamentario se encuentra en una situación de necesidad especial, sordera, mudez, analfabetismo, u otra que transitoria o permanentemente le impida enterarse de lo que ha quedado plasmado como su última voluntad. Tal y como lo establece el código capitalino.

Habrà sin embargo circunstancias que hagan indispensable la existencia de testigos, artículo 1512, del Código Civil para el Distrito Federal, manda que, “El testador expresará de un modo claro y terminante su voluntad al notario en presencia de los testigos. El notario redactará por escrito las cláusulas del testamento, sujetándose estrictamente a la voluntad del testador, y las leerá en voz alta para que éste manifieste si está conforme. Si lo estuviere, firmarán todos el instrumento público, asentándose el lugar, año, mes, día y hora en que hubiere sido otorgado.”<sup>17</sup>

El artículo 1514, del Código Civil para el Distrito Federal, que expresa, “Cuando el testador declare que no sabe o no puede firmar el testamento, uno de los testigos firmará a ruego del testador y éste imprimirá su huella digital.”<sup>18</sup>

En relación con los testigos la legislación aragonesa establece que en todo caso si el testador o el notario requieren de testigos puede fungir cualquier persona, pero no exige ninguna calificación, “... serán dos... éstos no serán rogados... serán testigos aunque no conozcan al testador... y aunque no tengan la misma residencia...”<sup>19</sup>

---

<sup>17</sup> [www.gencat.es/justicia/es/cast/ccpream.htm](http://www.gencat.es/justicia/es/cast/ccpream.htm)

<sup>18</sup> [www.asambleadf.gob.mx/princip/informac/legisla/codigos/civil/L-03.htm](http://www.asambleadf.gob.mx/princip/informac/legisla/codigos/civil/L-03.htm)

<sup>19</sup> [www.bdd.unizar.es./pag5/aragon/L2T2.htm](http://www.bdd.unizar.es./pag5/aragon/L2T2.htm)

Con estas modificaciones a los diferentes códigos civiles del Distrito Federal y de los diversos estados de la República, la legislación mexicana se pone a la par de la más avanzada legislación europea en materia civil.

### **3.3. RECONOCIMIENTO DEL PAPEL DEL NOTARIO PÚBLICO COMO ELEMENTO ESENCIAL EN LA EXISTENCIA DEL TESTAMENTO PÚBLICO ABIERTO COMO ACTO JURÍDICO.**

Como afirmamos anteriormente la ponderación de la forma sobre la voluntad, en materia de testamentos, tuvo su razón de ser en épocas como la de desarrollo de la civilización romana<sup>20</sup> o hasta la edad media, pero a partir del renacimiento donde el hombre se convierte en el centro del desarrollo de las artes, las ciencias, la ciencia jurídica no puede escapar a este renacer, además, desde la revolución francesa con el afianzamiento del liberalismo en todos los órdenes de la vida del hombre, es menester, que en este nuevo siglo, sustentando la importancia de la voluntad, como lo hemos hecho, la forma de un tipo de testamento, que es la única, donde interviene el poder público de manera primigenia, se le de al individuo la primerísima facultad de manifestar su voluntad de la manera más espontánea, libre y certera con la intervención del Notario Público, como único testigo calificado para dar fe de tal acontecimiento, cuestión que se reconoce a un funcionario público como es el representante consular y muy específicamente al notario público en Aragón, como hemos señalado líneas arriba..

Queremos consignar la siguiente definición de acto jurídico porque pensamos que es apropiada para relacionarla con la función del notario público que deseamos resaltar, “el acto jurídico es una manifestación exterior de la voluntad, bilateral o unilateral, cuyo objeto directo es engendrar, fundado en una regla de derecho o en una institución jurídica,

---

<sup>20</sup> Bonnacase, Julien. Tratado Elemental de Derecho Civil. Biblioteca clásicos del Derecho. Volumen 1. Enrique Figueroa Alfonso. Trad. México. 1998. Ed. Harla. p. 768. “Si el formalismo acaso no se originó en el derecho romano, en cambio floreció en el con vigor particular. Pero, como todo lo demás, el formalismo evolucionó en el seno mismo del derecho romano.”

en contra o a favor de varias personas, un estado, es decir, una situación jurídica permanente y general, o por el contrario, un efecto jurídico limitado que se reduce a la formación, modificación o extinción de una relación de derecho.”<sup>21</sup>

Primero, el Notario Público, solo puede actuar, “... porque se lo ha solicitado una persona, sea de carácter moral o físico, para que se haga constar un hecho o acto jurídico.”<sup>22</sup> En este señalamiento de la ley del notariado encontramos tres situaciones que concuerdan con la definición indicada en el párrafo anterior; interviene una persona, el testador, quien con la manifestación de la voluntad fundada en una institución jurídica, el testamento público abierto, mediante al cual se formarán, modificaran o extinguirán relaciones de derecho entre el testador y varias personas, el o los herederos, los acreedores, legatarios, si llegaran a existir. El acto jurídico que se consuma con la manifestación de voluntad del testador mediante la instrumentación del testamento y el surgimiento suspensivo, hasta el momento de la muerte del testador, de una nueva relación de derecho.

Para el caso que nos ocupa, nada puede ocurrir, sin la intervención del notario público, es decir, sin la intervención de este profesional del derecho, no existe el testamento público abierto, por lo tanto, al proponer modificaciones a la ley sustantiva civil vigente, el legislador, federal y local, solamente está resaltando la calidad moral del notario, la importancia de su intervención en la vida de los actos jurídicos que a diario, minuto a minuto, suceden en la sociedad. Por otra parte en la Escuela Libre de Derecho, ya existe la propuesta de la “...supresión total de los testigos en el Testamento Público Abierto”,<sup>23</sup> sostenida por Francisco Javier Villalón Ezquerro.

---

<sup>21</sup> Bonnecase, Julien. Tratado Elemental de Derecho Civil. Biblioteca clásicos del Derecho. Volumen 1. p. 757.

<sup>22</sup> Guiza Alday, Francisco Javier. Ley del notariado para el Estado de Guanajuato. Comentada y concordada con la ley del notariado para el Distrito Federal. p. 57.

<sup>23</sup> [www.eld.edu.mx//ingles/Publicaciones/Articulos/18.html](http://www.eld.edu.mx//ingles/Publicaciones/Articulos/18.html)

La tradición histórica<sup>24</sup> que lo reviste y de la que se nutre su importancia, proporcionando seguridad jurídica y dar fe de los actos jurídicos, contribuyendo de esta forma a la estabilidad de la sociedad, pues los conflictos relacionados con los bienes de los difuntos se presentan cuando éstos no han manifestado su voluntad, no solamente utilizando este instrumento, sino cualquier otro o, cualquier transacción entre particulares particularmente la compraventa de bienes raíces.

La actividad notarial se da en todos los ámbitos de la vida social, económica y política del país, lo mismo interviene en la certificación de una acta de nacimiento, que de una factura de un automóvil, de la instalación del consejo de administración de una empresa, en la constitución de una asociación civil, en el desarrollo de un proceso electoral y la lista sería interminable, su importancia no estriba en la moda o la modernidad de fin o de principio del siglo.

Su importancia radica en su misma tradición histórica, como ya lo hemos mencionado, por ello, tenemos un gran avance representado en la misma asignación del fiat<sup>25</sup>, que ya no corresponde a un favor político, al compadrazgo o a un acto de corrupción, sino a la preparación de un profesional que hace de su vida profesional la especialización en el derecho notarial. Por lo tanto, cuando acudimos ante este profesional del derecho, no estamos frente a un profesional improvisado, sino ante un profesional que construye día a día su prestigio basado en su actuar legal, ético y moral.

---

<sup>24</sup> Escriche, Joaquín. Diccionario razonado de legislación civil, penal, comercial y forense. p. 118.

“Entre los romanos era un secretario que asistía al senado, y notaba o escribía... todo cuanto hablaban los padres conscriptos ó recitaban los abogados, mas entre nosotros es el escribano público que tiene por oficio redactar por escrito en la forma establecida por las leyes los instrumentos de las convenciones y últimas voluntades de los hombres.”

<sup>25</sup> Guiza Alday, Francisco Javier. Ley del notariado para el Estado de Guanajuato. Comentada y concordada con la ley del notariado para el Distrito Federal. pp. 14 - 47 “... tener título de licenciado en derecho... Tener Título de Notario Público... Haber practicado por lo menos un año en alguna notaria... No haber sido condenado por sentencia ejecutoriada por delito doloso...Haber obtenido la calificación a que se refiere el artículo 20 de esta ley... El presidente del jurado entregará al aspirante que haya obtenido la más alta calificación , una copia de del acta del examen de oposición...”

Esta legítima aspiración a contribuir con esta propuesta a la exploración del desarrollo del derecho notarial, cuenta con la seriedad y la argumentación documentada y suficiente<sup>26</sup>, para conceder al Notario Público la máxima de las confianzas al permitirle actuar ante este supremo acto de manifestación de la voluntad de un individuo, que con ello trasciende a su vida material, sin más testigos que la confianza que el Ejecutivo de los estados le concede al poner en sus manos el fiat, pues el notario público sabe muy bien su largo historial y sabe que la ley es su más severo vigilante y que transgredirla equivale no solamente a sufrir el más ejemplar castigo de la ley sino también al escarnio público, pues ya desde hace siglos se le condenaba a una de las más infamante de las penas, el destierro, pues incumpliendo el mandato de la ley se les castigaba a "... ser desterrados y perder la mitad de sus bienes".<sup>27</sup>

En la actualidad no podemos considerar menos graves las condenas a que son sometidos aquellos notarios que con su conducta, al actuar fuera de la legalidad, infaman su profesión, manchan la honra personal y familiar y atentan contra la seguridad y los bienes de quienes buscaron en ellos, la seguridad y legalidad de sus actos jurídicos.

Ya desde el código Civil se señala que "... el notario será responsable de los daños y perjuicios y, según la gravedad del caso, podrá decretarse la pérdida del oficio."<sup>28</sup>

Como ya hemos señalado el notario público con su actuación ilegal puede sufrir consecuencias de tipo administrativo, las que el ejecutivo estatal determine por su actuación irregular, las de materia civil por los daños y perjuicios que pueda causar y los de materia penal por los delitos que con su actuación delictuosa se puedan configurar, en materia

---

<sup>26</sup> Woo-Choong, Kim. El mundo es tuyo. Pero tienes que ganártelo. Ed. Grupo Editorial Iberoamericana. México. 1999. p. 26. "La innovación ha desempeñado un papel destacado en la historia de la humanidad. Comienza con la determinación de una persona creativa de romper con lo común al hacer algo diferente."

<sup>27</sup> Escriche, Joaquín. Diccionario razonado de legislación civil, penal, comercial y forense. p. 469.

<sup>28</sup> [www.asambleadf.gob.mx/princip/informac/legisla/codigos/civil/L-03.htm](http://www.asambleadf.gob.mx/princip/informac/legisla/codigos/civil/L-03.htm)

fiscal y hasta gremial según llegará a faltar a los acuerdos del colegio de notarios.

En este aspecto la ley del notariado es por demás enfática, y no deja lugar a dudas sobre las sanciones al señalar que, “El notario en el ejercicio de sus funciones, puede incurrir en responsabilidad civil, administrativa, fiscal y penal.”<sup>29</sup>

Aunque la ley del notariado no define lo que se debe entender por “profesional del derecho”, el Notario Público, es el garante de la legalidad de los actos jurídicos de los ciudadanos, y con su actuar aligera los litigios judiciales o los convierte en entuertos, por esto consideramos que la Ley del Notariado es engañosa ante los legos del derecho cuando señala en su artículo 224, “La autoridad competente sancionará a los notarios por las violaciones en que incurran a los preceptos de esta ley, aplicando las siguientes sanciones:

- I.- Amonestación por escrito;
- II.- Multas;
- III.- Suspensión temporal hasta por seis meses; y
- IV.- Cesación de funciones.”<sup>30</sup>

Como vemos la responsabilidad del Notario Público, no es solamente ante el poder ejecutivo, sino su responsabilidad abarca todo el campo legal y es directamente proporcional a la severidad de las sanciones que se le pueden aplicar en caso de faltar a su deber legal y a la práctica honesta y honorable de su encomienda.

Es claro entonces, que existe en nuestra propia legislación y en el derecho de otros países, española, por ejemplo, que los testigos en el

---

<sup>29</sup> Guiza Alday, Francisco Javier. Ley del notariado para el Estado de Guanajuato. Comentada y concordada con la ley del notariado para el Distrito Federal. p. 166. Apud. Bernardo Pérez Fernández del Castillo.”

<sup>30</sup> Ley del Notariado para el Distrito Federal. Ley Federal de Correduría Pública y su Reglamento. Colección Leyes-Códigos-Reglamentos. México. Ed. Pac.S.A de C.V.2003. p. 135.

testamento público abierto no son indispensables, como hemos señalado que ya existe en la legislación de muchas entidades federativas.

Sin embargo existen entidades en las que se sigue manteniendo la existencia de los testigos, ... tres testigos idóneos..., y no se ha legislado sobre el testamento público simplificado como es el caso de Aguascalientes y Chiapas, entre otros.

Por otro lado, en Aguascalientes y Chiapas, existe el Testamento Público Simplificado, como aportación al avance de la legislación en materia testamentaria, solamente que su alcance económico es muy corto, pero dándole su extensión jurídica e importancia social puede alcanzar a un mayor número de población, esto, impactaría en la difusión de la cultura de otorgar testamento y evitar los conflictos jurídicos que todos conocemos.

En el testamento Público Simplificado no se señala expresamente la presencia de testigos, por lo que es una muestra más que la existencia de tal testimonio puede ser anulado sin afectar la manifestación de la voluntad del testador y que el Notario Público puede ser el testigo idóneo para este acto jurídico, el otorgamiento del Testamento Público Abierto.

No obstante es de hacer notar que con la agudeza que lo identifica el Maestro Gutiérrez y González califica a este testamento que data, de acuerdo a la fecha de su publicación, del 6 de Enero de 1994, en el Diario Oficial de la Federación, "... es perdone el alumno(a) la expresión, una soberana idiotez del Presidente de la República Carlos Salinas de Gortari, que lo sufrió México de 1988 a 1994",<sup>31</sup>

Después hace mofa de los asesores del Presidente Salinas, particularmente de un tal Valdez Abascal, pues es el encargado de que le "... "hicieran un traje a la medida" para cumplir con su populachero

---

<sup>31</sup> Gutiérrez y González, Ernesto. Derecho Sucesorio. Inter vivos y Mortis causa. ed. tercera. México. Ed. Porrúa. 1995. p. 169.

ofrecimiento, y así se les ocurrió para satisfacer esa vanidad, inventar un monstruito antijurídico al que llamaron “Testamento Público Simplificado”.<sup>32</sup>

“Artículo 1549-bis. Testamento publico simplificado es aquel que se otorga ante notario respecto de un inmueble destinado o que vaya a destinarse a vivienda por el adquirente en la misma escritura que consigne su adquisición o en la que se consigne la regularización de un inmueble que lleven a cabo las autoridades de Aguascalientes y Chiapas o cualquier dependencia o entidad de la administración publica federal.

I.- El testador instituirá uno o mas legatarios con derecho de acrecer, salvo designación de sustitutos. para el caso de que cuando se llevare a cabo la protocolización notarial de la adquisición en favor de los legatarios, estos fueren incapaces y no estuvieren sujetos a patria potestad o tutela, el testador también podrá designarles un representante especial que firme el instrumento notarial correspondiente cuenta de los incapaces;

II.- Si hubiere pluralidad de adquirentes del inmueble cada copropietario podrá instituir uno o mas legatarios respecto de su porción. cuando el testador estuviere casado bajo el régimen de sociedad conyugal, su cónyuge podrá instituir uno o mas legatarios en el mismo instrumento, por la porción que le corresponda. en los supuestos a que se refiere este articulo no se aplicara lo dispuesto por el articulo 1296 de este código;

III.- Los legatarios recibirán el legado con la obligación de dar alimentos a los acreedores alimentarios, si los hubiere, en la proporción que el valor del legado represente en la totalidad del acervo hereditario de los bienes del autor de la sucesión;

---

<sup>32</sup> Idem. p. 170 – 171.

IV.- Los legatarios podrán reclamar directamente la entrega del inmueble y no le serán aplicables las disposiciones de los artículos 1713, 1770 y demás relativos del código del Distrito Federal; y

VI.- Fallecido el autor de la sucesión, la titulación notarial de la adquisición por los legatarios, se hará en los términos del artículo 876-bis del código de procedimientos civiles para el Distrito Federal.<sup>33</sup>

Después de transcribir en su obra, el artículo de que consta el testamento público simplificado, el maestro remata, ¡ Y a esto se le llama testamento ordinario simplificado, cuando no es sino una cláusula de sucesión en un contrato de adquisición de un inmueble a título oneroso, y que se podía fundar en el artículo 1839 del Código cuando en su primer párrafo autoriza que: “Los contratantes pueden poner las cláusulas que crean convenientes... ”.<sup>34</sup>

Como se podrá observar una cuestión que supondríamos sería de avanzada, es solamente un capricho político, producto de los avatares populistas de quien entonces era la máxima autoridad política en el país.

Pero no representa un avance ni aportación al desarrollo de la ciencia jurídica pues ante el análisis contundente de un estudioso del derecho se desploma como un castillo de naipes.

---

<sup>33</sup> [www.info4.juridicas.unam.mx/ijure/tcfed/1.htm?s=](http://www.info4.juridicas.unam.mx/ijure/tcfed/1.htm?s=)

<sup>34</sup> Gutierrez y González, Ernesto. Derecho Sucesorio. Inter vivos y Mortis causa. ed. tercera. México. Ed. Porrúa. 1995. p. 172.

## CAPÍTULO 4

### EL TESTAMENTO PÚBLICO ABIERTO, UN ENFOQUE ADMINISTRATIVO

#### 4.1. El Notario Público, un proceso de desarrollo histórico y jurídico.

En los capítulos anteriores ya se ha argumentado suficientemente sobre la posibilidad de que los testigos puedan ser prescindibles para que el testador pueda realizar un testamento público abierto, también se ha afirmado que una propuesta de cambios legislativos, es sería, con la salvedad ya expuesta, está perfectamente establecido quien puede proponer leyes en nuestra Carta Magna, sin embargo, esta posibilidad no fue suficientemente expuesta, por lo que en este capítulo nos proponemos darle un enfoque con base en el Derecho Administrativo, es decir, hacer una exploración sobre las facultades que tienen las diferentes autoridades y órganos del Estado. Para ello adaptamos una definición atendiendo a otras que lo definen con distintos elementos de los cuales hemos conjuntado los siguientes: Conjunto de normas doctrinales y de disposiciones positivas concernientes a los órganos e institutos de la administración pública, a la ordenación de los servicios que legalmente le están encomendados ya sus relaciones con las colectividades o los individuos a quienes tales servicios atañen.

También aprovecharemos este enfoque para dejar muy claramente definido porque el Notario Público no es un funcionario de la administración pública de las entidades federativas, del Distrito Federal o de la federación.

Iniciaremos con un aspecto histórico sobre el origen del notario, desde la antigüedad hasta nuestros días, porque hoy como en la antigüedad es indispensable para el orden y el interés social que; “La Institución del notariado, entendida como aquella agrupación de profesionales del Derecho encargados de brindar con su fe pública seguridad jurídica a la colectividad, requiere para continuar con su ancestral tradición, albergar en su seno a personas cada día más capaces y preparadas dentro de la compleja materia notarial.

Para ello, los notarios del llamado grupo latino, al cual pertenece el notario mexicano, son llamados en atención a su importante y determinante actividad de redactores, autorizantes, conservadores y reproductores del Instrumento Público notarial, a cumplir con una función de especialización y máxima profundización de tópicos jurídicos notariales, la cual los conducirá a ser aún más, unos verdaderos controladores de la legalidad de los actos que pasen ante su fe, unos imparciales, pero seguros asesores de las partes, unos confiables auxiliares de los fiscos locales y federales y en general de toda la administración pública, siendo miembros representantes de una institución la cual cada vez demuestra más su utilidad y su apertura y resolver los grandes conflictos sociales, fruto de nuestra desarrollada sociedad”.<sup>1</sup>

Se ha tomado el nombre genérico de escriba, derivado del latín *scriba*, “en la antigüedad, copista, amanuense”,<sup>2</sup> derivado a su vez de la voz *scribanus*, para designar a los funcionarios relacionados con el proceso evolutivo a través de los tiempos hasta llegar a lo que hoy designamos como notario público.

---

<sup>1</sup> [universidadabierta.edu.mx/Biblio/L/Luna%20Maria-Derecho%20notarial.htm](http://universidadabierta.edu.mx/Biblio/L/Luna%20Maria-Derecho%20notarial.htm)

<sup>2</sup> Diccionario Enciclopédico Espasa.Tomo 10. p. 692.

Entre los hebreos, “parece que entre ellos existían varias clases de “*scribae*” (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 quien el escriba dependía; pero como parece que se les usaba por sus conocimientos caligráficos, se opina que estos escribas no eran notarios, sino amanuenses, y por lo tanto se puede afirmar que no ejercían autoridad ni daban fe pública de los actos que suscribían”.<sup>3</sup>

En lo que respecta a Egipto, “se afirma que 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 egipcio más cerca de nuestro papel que el ladrillo babilónico o la tabla encerada romana, es en Egipto donde encontramos una muestra más antigua de la forma de nuestros documentos”.<sup>4</sup>

En cuanto a las aportaciones de la cultura griega se afirma que “... existieron oficiales públicos encargados de redactar documentos de los ciudadanos. Se habla de *sígraphosy*, de los apógrafos y de un registro público llevado por los primeros, “verdaderos notarios”. Otros hablan de los funcionarios conocidos como *Mnemon* o *Neumon* y *Promnemon* o *Ponemon*, de quienes se afirma estaban encargados de formalizar y registrar los tratados públicos y las convenciones y contratos privados. Estos tampoco podemos considerarlos como ejercitadores de la fe pública ni daban autoridad a los actos que suscribían”.<sup>5</sup>

---

<sup>3</sup> [universidadabierta.edu.mx/Biblio/L/Luna%20Maria-Derecho%20notarial.htm](http://universidadabierta.edu.mx/Biblio/L/Luna%20Maria-Derecho%20notarial.htm)

<sup>4</sup> [universidadabierta.edu.mx/Biblio/L/Luna%20Maria-Derecho%20notarial.htm](http://universidadabierta.edu.mx/Biblio/L/Luna%20Maria-Derecho%20notarial.htm)

<sup>5</sup> [universidadabierta.edu.mx/Biblio/L/Luna%20Maria-Derecho%20notarial.htm](http://universidadabierta.edu.mx/Biblio/L/Luna%20Maria-Derecho%20notarial.htm)

Pero en el gran abrevadero que representan las leyes romanas encontramos que se "... encomendaban misiones notariales a multitud de personas. Los autores hablan del *Tabellio*, de *Tabullarius*; de *Notarius*, *Amanuensiis*, *Argentarios*, y 20 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 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 *Tabullarius* precedió históricamente al *Tabellio*. El *Tabullarius* desempeña funciones oficiales del censo y seguramente por el hábito en la custodia de documentos oficiales se generalizó la práctica de que se le entregaban testamentos, contratos y otros actos. La custodia tabular no les imponía carácter de autenticidad, pero en cambio los *Tabullarius* tenían fe pública por lo que hacía el censo, y al hecho de la entrega de los documentos que custodiaban. Surgen al mismo los *Tabelliones*, que son 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".<sup>6</sup>

Mas adelante durante la época medieval "...se afirma que todos los países europeos se nota una tendencia encaminada a que los escribamos refuercen su papel de fedatarios; y aunque es difícil para los autores precisar la historia del notariado en esta época, es indudable que

---

<sup>6</sup> [universidadabierta.edu.mx/Biblio/L/Luna%20Maria-Derecho%20notarial.htm](http://universidadabierta.edu.mx/Biblio/L/Luna%20Maria-Derecho%20notarial.htm)

va en aumento el prestigio del *instrumentum* extendido y suscrito por notario, pues ya en el siglo XIII aparece el notario como el representante de la fe pública".<sup>7</sup>

Para el caso de España y la relación establecida con nuestro país a partir del siglo XVI es necesario recordar también una evolución del derecho notarial desde el medioevo. "En el año de 641, se promulga el Fuero juzgo "Primer Código General de la Nacionalidad Española". Según este cuerpo legal, los escribanos se dividen en escribanos del pueblo y comunales. Sólo los escribanos escribían y leían las constituciones (leyes), para evitar el falseamiento tanto de su promulgación, como de su contenido". Por lo que se han establecido diferentes periodos.

a) El Fuero Real (año 1255), habla de escribanos públicos, jurados, para que no haya duda y para evitar las contiendas".

b) El Código de las Siete Partidas.- En las Partidas se obliga a que "las notas" de los escribanos, se inscriban en "él libro que llaman registro, que quiere tanto dezir como escrito de remembranca de los fechos de cada año", y que también se llama minutarario. Las cartas deben ser "fechas por manos de escribanos públicos... porque falsedad sin engaño no pueda ser fecho en ellas".<sup>8</sup>

De acuerdo a las Siete partidas se puede establecer que Existían dos clases de escribanos, los primeros eran los llamados de la corte o del rey, que eran aquellos que se encargaban de escribir o sellar las cartas y privilegios reales, y los escribanos públicos, que autorizaban las actas y los contratos celebrados por los particulares :

---

<sup>7</sup> [universidadabierta.edu.mx/Biblio/L/Luna%20Maria-Derecho%20notarial.htm](http://universidadabierta.edu.mx/Biblio/L/Luna%20Maria-Derecho%20notarial.htm)

<sup>8</sup> [universidadabierta.edu.mx/Biblio/L/Luna%20Maria-Derecho%20notarial.htm](http://universidadabierta.edu.mx/Biblio/L/Luna%20Maria-Derecho%20notarial.htm)

“1o- Se reconoce la función instrumental, como de interés social, imponiéndose en inmuebles y testamentos.

2o- El escribano tenía que procurar conocer directamente a los otorgante.

3o- Intervénían tres testigos, como mínimo, en las cartas públicas.

4o- Los escribanos deben llevar su registro o minutario, por año, y al final debían poner su seña o signo, debiendo conservar el registro.

5o- Tenían que hacerse la redacción sin abreviaturas, y manuscrito por el notario, o por otro escribano.

6o- Las cartas podían ser reproducidas, siempre que mediara la autorización del Alcalde, quien entonces tenía atribuciones judiciales.

7o- A la muerte del escribano, sus archivos eran recogidos por el Alcalde ante testigos, para ser entregados al sucesor.

8o- En las Partidas se determinan los requisitos generales que deben corresponder a todas las escrituras, a los modelos o a las fórmulas, sobre los actos y contratos más usuales.

9o- En cuanto a la eficacia de las cartas y escrituras: a) en juicio, el interesado tenía que probar que quien las había autorizado era realmente escribano público en esa fecha;

b) Si el escribano negaba, la carta sería falsa”.<sup>9</sup>

d) Ordenamiento de Alcalá (año de 1348). Dado en Alcalá de Henares por el rey don Alfonso XI y que se proponía coordinar las leyes y conciliar los sistemas de ritos y costumbres jurídicas. Contiene dos leyes que interesan al notariado en forma muy importante: La Ley Única del Título 16avo que establece que aquel se hubiese obligado a algo, no podría aducir falta de forma o solemnidad ni falta de intervención de

---

<sup>9</sup> [universidadabierta.edu.mx/Biblio/L/Luna%20Maria-Derecho%20notarial.htm](http://universidadabierta.edu.mx/Biblio/L/Luna%20Maria-Derecho%20notarial.htm)

escribano público, pues la obligación contraída y el contrato aceptado valía y debía ser otorgado en cualquier manera que parezca que uno se quiso a obligar a otro. Esta ley es un dique que detiene la marcha de los ritos, y suprime la distinción de "pacto" o convención y la de "contrato" o estipulación, permitiendo que cualquier forma o modo empleado para manifestar la voluntad sea válido, sin que valieran disculpas o pretextos.

Mediante el pago correspondiente, se llegó a dispensar la edad, a subastar los oficios vacantes, a dispensar las visitas de inspección y a dar posibilidad de nombrar sustituto. Hasta hubo escribanos con la facultad para actuar en todo el territorio de España.

Ya en el siglo XV, los reyes católicos establecieron lo que se conoce como "Reforma de los Reyes Católicos". Comprende 2 épocas:

En esta primera época de la Reforma de los Reyes Católicos, se dictaron 5 disposiciones sobre los escribanos y su competencia. En 1480 se revocaron los oficios de los Concejos acrecentados, y las Cartas Reales que permitían heredar, renunciar y traspasar los oficios, y se dictaron disposiciones que obligaban a pasar un examen y llenar otros requisitos para poder despachar las escribanías públicas; pero la disposición más importante consistió en la determinación de la competencia jurisdiccional del escribano, disponiéndose que las escrituras de contratos, obligaciones y testamentos, debían pasar ante escribanos reales y públicos del número de los pueblos y para que "puedan dar fe de todos los autos extrajudiciales sin pena alguna".

En 1441, se vuelve a insistir sobre la competencia de los escribanos, ordenando que ningunos otros escribanos reales ni apostólicos dieran fe ni recibieran "los contratos sobre ventas, trueques y enajenaciones de bienes raíces", quedando prohibida la autorización de dichos actos a los escribanos del Concejo, los Cabildos, los escribanos de cámara, y otros.

Los escribanos de número estaban obligados a dar copia de las cartas "a los recaudadores de las Alcabalas", para hacer efectivo el impuesto sobre las enajenaciones de bienes raíces. Esto ya se asemeja a la función moderna del notariado. Y ratificó la práctica de emplear la escritura pública (forzosamente) en la enajenación de bienes raíces.

En resumen la primera época se distingue por lo siguiente:

- 1o- Se restringió el nombramiento de los escribanos;
- 2o- Se restringió el comercio con los oficios;
- 3o- Se exigió el examen así como otros requisitos para que los escribanos pudieran despachar su nombramiento;
- 4o- Los escribanos reales y los públicos de número fueron los únicos capacitados para intervenir en asuntos extrajudiciales, y relacionados con bienes raíces; y
- 5o- El valor probatorio de las cartas de los escribanos era relativo e inseguro.

b) Segunda época.- Las disposiciones de esta segunda época son todas del siglo XVI, encomendadas a un "perspicaz oidor", que no era "del oficio" de escribanos, porque les duplicaba a éstos el trabajo y les multiplicaba las responsabilidades, por la custodia de los Fondos archivados.

También son cinco las disposiciones de esta época, que ya corresponde al siglo XVI, últimos años del gobierno de los reyes católicos y vísperas del reinado de Carlos V,

- 1o- En 1502 los escribanos provistos en oficios renunciados presentarían los títulos en los Ayuntamientos dentro de los 60 días.

2o- En 1502 se dispuso que los registros de escrituras se entregasen al escribano sucesor del muerto o privado del oficio. Esta disposición es muy importante porque reconoce que el fondo de la función instrumental no tiene carácter patrimonial (lo cual ya se había dispuesto antes, y no se había cumplido, como con posterioridad tampoco se cumplió generalmente).

3o- En 1503 se prohibió nombrar otros escribanos en los pueblos donde los hubiera de número.

4o- También en 1503 se dispuso que los escribanos "asentaran los derechos que llevan a las partes, tanto en el registro como en las cartas que dieren"; y

5o- En el mismo año de 1503 se dieron 5 leyes sobre la formación del protocolo y otras disposiciones relativas. " ... en 1503, por disposición de los reyes católicos se introduce el uso del protocolo empastado en el que se contienen las actuaciones originales firmadas por las partes y de las cuales se entregaban a estas copias de las mismas, correspondiéndole a España este adelanto<sup>10</sup>.

#### **4.1.1. Evolución del notariado desde la colonia hasta la actualidad.**

Es de comprenderse que una institución como el notariado que estaba en plena evolución al finalizar la edad media en España, precisamente, el momento en que se realiza el descubrimiento del nuevo mundo y vísperas de la conquista de México, esa evolución se traslapase a estas tierras donde se aplicó desde luego la legislación española y posteriormente las Leyes de Indias. En estas últimas se establecía que existían tres clases de escribanos, reales, de número y públicos, los primeros tenían autorización para desempeñar su encargo en cualquier lugar donde tuviera dominio el rey, el escribano de número era una

---

<sup>10</sup> Vázquez Pérez, Francisco. Antecedentes y Evolución del Estado Actual del Notariado. ed. 6ª. Ed. Revista Notarial. A. M. A. C. S. A. 1962. p. 198.

especie de escribano real pero solamente podía ejercer sus funciones en una determinada circunscripción.

La legislación aplicable en la Nueva España fue inicialmente, como ya lo hemos señalado, la vigente en España y durante el tiempo de la sujeción española, correspondió al rey designar a los escribanos, pero en la práctica esta facultad correspondió a los virreyes, gobernadores y alcaldes. “Aun cuando la ley en su origen no lo permitiera, la posibilidad del mando, no había mayor consecuencia, puesto que la cede monárquica estaba muy lejos en distancia y en tiempo”.<sup>11</sup>

Durante la conquista y la colonia, los escribanos, como fedatarios, dejaban constancia escrita de diversos hechos relevantes para la historia, como la fundación de villas y ciudades, instituciones y de los asuntos tratados en los cabildos. “En nombre de la Santísima Trinidad, Padre e Hijo y Espíritu Santo, tres Personas distintas e un solo Dios Verdadero, en la dicha parte señalada para el asiento o población de la dicha Ciudad o Villa... se la da e señala el nombre e título de Villa de León, ... Lo firmaron como testigos, Duarte Jorge, Pedro Gómez y Juan Alonso de Torres.- Lo rubricó el dicho señor Alcalde de Corte, Doctor Juan de Orozco.- Ante mí: Miguel de Arévalo. Escribano de su Majestad.”<sup>12</sup>

Aun cuando se logró la independencia de la metrópoli ibérica, la legislación española se continuó aplicando de manera intermitente pues fue hasta 1824 cuando se estableció el gobierno republicano sostenido legalmente por la constitución federalista promulgada en octubre de ese mismo año, gobierno que sustituyó al efímero imperio de Iturbide por lo

---

<sup>11</sup> Castro Lucine , Francisco. *Relieve moral de la Actuación Notarial*. ed. 7ª. Ed. Técnos, España. 1976. p. 116.

<sup>12</sup> González Leal, Mariano. *Crónicas de León. Relaciones, datos y documentos para la historia de la perla del Bajío*. Ed. Lito Offsset Lumen. México. 1971. p. 29 a 32. pp. 250.

que a partir de esta constitución se inicia el dictado de leyes secundarias por los constituyentes permanentes, federal y estatales.

Pero fue hasta 1831, que la Secretaría de Justicia publicó mediante una circular los requisitos para obtener el título de escribano en el Distrito Federal y los territorios que entonces existían, otras disposiciones se contenían en el decreto sobre la organización de los juzgados civiles y criminales del Distrito Federal en 1834. Mediante la Ley del 23 de Mayo de 1837, se establecía el cobro por la prestación de servicios de los escribanos.

Los requisitos que se exigían a los escribanos, “Según consta en el manual del litigante instruido, publicado en 1843... eran:

- a) Saber escribir.
- b) Tener autoridad pública.
- c) Ser cristiano y de buena fama.
- d) Hombre de secreto, entendedor en tomar las razones de lo que ha de escribir.
- e) Ser vecino del lugar, hombre secular”.<sup>13</sup>

Fue hasta el gobierno de Maximiliano y su efímero Imperio que se regulo de manera prístina mediante una ley la actividad notarial, mediante la, “... Ley Orgánica del Notariado y del Oficio de Escribano...<sup>14</sup>” dicha ley se expidió el 30 de Diciembre de 1865.

La Ley Orgánica de Notarios y Escribanos del Distrito Federal, expedida por el Presidente Juárez en 1867, definía al Notario como, “... el funcionario establecido para reducir a instrumentos públicos los

---

<sup>13</sup> Pérez Fernández del Castillo, Bernardo. Historia de la escribanía en la Nueva España y del Notariado en México. Ed. Universidad Autónoma de México. México. 1983. p. 101.

<sup>14</sup> Couture, Eduardo. Vocabulario Jurídico. Ed. de Palma. Argentina. 1976. p. 197. pp. 235.

actos y contratos así como las últimas voluntades en los casos en que las leyes lo prevengan o lo permitan.”<sup>15</sup>

El presidente Díaz, promulga la ley del 19 de Diciembre de 1901, en esta ley se define al notario público como un funcionario público e insiste en que la función notarial es de orden público y por ende sólo puede provenir del Estado.

El 20 de Enero de 1932, se promulgó la ley del Notariado para el Distrito Federal y Territorios Federales, en esta ley la dirección del notariado pasa del ejecutivo federal al Departamento del Distrito Federal, la siguiente ley del notariado se expidió en 1946, ésta fue reformada en 1952, 1953 y 1966, y fue hasta 1980 que se expidió otra ley del notariado, 8 de Enero, siendo la vigente la promulgada durante el gobierno perredista de Rosario Robles, quien sustituyó a Cuauhtemoc Cardenas cuando éste renunció para contender por tercera por la presidencia de la República, la vigente ley del notariado del Distrito Federal fue promulgada el 30 de Diciembre de 1999 y entró en vigor sesenta días después tal y como lo establece el primero de sus transitorios. La última reforma a la ley del notariado vigente se realizó el 22 de Agosto del año dos mil y entro en vigor un día después<sup>16</sup>.

#### **4.2. Caracterización del notario público.**

La función notarial es tan antigua como el derecho mismo, si tomamos en cuenta que la ciencia jurídica ha tenido una lenta evolución, pues se siguen tradiciones milenarias, desde el derecho romano, entonces no es singular que la denominación de Notario haya tardado siglos en tomar el significado que ahora se le da, y que por tanto tiempo haya sido sinónimo de escribano.”El oficial o secretario público destinado

---

<sup>15</sup> Couture, Eduardo. Vocabulario Jurídico. Ed. de Palma. Argentina. 1976. p. 198.

<sup>16</sup> [www.colnotdf.com.mx/marco/marcju.html](http://www.colnotdf.com.mx/marco/marcju.html)

á redactar cuanto pasa en el juicio y autorizar las escrituras de los actos y contratos que se celebran entre particulares... Los escribanos eran personas muy recomendables entre los Griegos; pero entre los Romanos fueron tan despreciados por espacio de muchos siglos, que no se conferían estas comisiones ú oficios sino a los esclavos, hasta que los emperadores Arcadio y Honorio mandaron que se dieran estas plazas a personas libres. Entre nosotros merecen tanta consideración, que el agresor que hiriere o deshonnare a alguno de ellos, debe pechar dos tantos de lo que había de pechar si cometiere igual delito contra otra persona.”<sup>17</sup>

“Entre los romanos era un secretario que asistía al senado, y notaba ó escribía con la mayor velocidad y por medio de cifras y abreviaturas todo cuanto hablaban los padres conscriptos ó recitaban los abogados; mas entre nosotros es el escribano público que tiene por oficio redactar por escrito en la forma establecida por las leyes los instrumentos de las convenciones y últimas voluntades de los hombres... Lo mismo es pues notario que escribano público, cuyo artículo puede verse en su lugar; pero en algunas partes ha prevalecido vulgarmente la costumbre de llamar escribano al que entiende en los negocios seculares, y notario al que entiende en los eclesiásticos.”<sup>18</sup>

En las primeras leyes del notariado expedidas en México, en el siglo XIX, el notario público recibía la categoría de “funcionario”<sup>19</sup>, lo mismo sucedió en la ley porfirista de 1901, “El individuo que a nombre del

---

<sup>17</sup> Escriche, Joaquín. Diccionario razonado de legislación civil, penal, comercial y forense. Con citas del derecho, notas y adiciones por el licenciado Juan Rodríguez de San Miguel. Ed. Universidad Nacional Autónoma de México. 1996. p. 236 y 237. pp. 736.

<sup>18</sup> Escriche, Joaquín. Diccionario razonado de legislación civil, penal, comercial y forense. Ed. Universidad Nacional Autónoma de México. 1996. p. 469.

<sup>19</sup> Couture, Eduardo. Vocabulario Jurídico. Ed. de Palma. Argentina. 1976. p. 198.

Estado y por delegación especial la imparte, no hace sino obrar en nombre de áquel y por lo tanto es un funcionario público.”<sup>20</sup>

La añeja polémica sobre la definición de notario como funcionario público no ha pasado a mejor vida y a pesar de que el concepto de profesional del derecho prevalece en la mayoría de las leyes del notariado del país, no es así en todas, por ejemplo, en el Distrito Federal que en su Artículo 42 establece, “ 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”.<sup>21</sup>

En muchas leyes del notariado se establece, como es en la ley respectiva del Estado de Guanajuato en el artículo 3, “Notario es el profesional del derecho a quien se ha investido de fe pública para ejercer la función notarial”.<sup>22</sup>

Mientras que en la Ley del Notariado del Estado de Nayarit se establece, en el artículo 2, “ El notario público es el funcionario publico investido de fe publica, autorizado para autenticar los actos y los hechos que los interesados deban o quieran dar autenticidad conforme a las leyes, siendo el cargo vitalicio”.<sup>23</sup>

Para esta investigación el Notario Público no puede ser un funcionario público puesto que no mantiene una relación de dependencia

---

<sup>20</sup> Palma Galván, José Sergio. La función y organización notarial. Tesis. San Juan de Aragón, Estado de México. 1996. p. 25.

<sup>21</sup> [www.colnotdf.com.mx/marco/marcju.html](http://www.colnotdf.com.mx/marco/marcju.html)

<sup>22</sup> Guiza Alday, Francisco Javier. Ley del notariado para el Estado de Guanajuato. p. 8

<sup>23</sup> [www.congreso-nayarit.gob.mx/tparlamentario/compilacion/69/ley69x.htm](http://www.congreso-nayarit.gob.mx/tparlamentario/compilacion/69/ley69x.htm)

orgánica del poder ejecutivo, ya sea de las entidades federativas o del Distrito Federal, por más que el fiat,<sup>24</sup> para realizar su ejercicio notarial, sea una autorización de los ejecutivos estatales o del Distrito Federal.

Por otra parte, no existe en nuestro país confusión alguna para identificar al notario como lo existió en la antigüedad en sus diferentes acepciones como escribano; de cámara, del rey, de provincia, del número y ayuntamiento, y escribanos se les sigue llamando en algunos países centro y sudamericanos como, "... Argentina, Costa Rica, Ecuador, Paraguay y Uruguay..."<sup>25</sup>.

Pero veamos, decimos que para nosotros el notario público no es un funcionario público, esto, por las siguientes razones:

Dentro del Derecho Administrativo se define al funcionario público como: "... aquel que cubre un puesto oficial de trabajo en la administración pública y que nos es empleado público, asumiendo un carácter de autoridad".<sup>26</sup> El maestro Fraga señala las siguientes características, "... es aquel que tiene señaladas sus facultades en la Constitución o en la ley... supone un encargo especial transmitido en principio por la ley..."<sup>27</sup>, y, afirma por su parte Báez Martínez, "... es todo aquel que desempeña una función o servicio público." <sup>28</sup>

Esta última definición nos lleva a los conceptos de función pública y servicio público que en el derecho administrativo se definen de la siguiente manera:

---

<sup>24</sup> Diccionario Enciclopédico Espasa – Calpe. Tomo 11. p. 369 "(Del lat. fiat, hágase, sea hecho.) ... // Gracia que hacía el Consejo de Cámara para que uno pudiera ser escribano."

<sup>25</sup> Diccionario Enciclopédico Espasa – Calpe. Tomo 10. p. 692.

<sup>26</sup> Acosta Romero. P. 105

<sup>27</sup> Fraga, Gabino. Derecho Administrativo. ed. 35ª . Ed. Porrúa. México. 1997. pp. 505.

<sup>28</sup> Báez Martínez, P. 41.

Los autores afirman que el término, Función pública, es muy vago, de todas maneras nos aventuramos y encontramos las siguientes aseveraciones:

Si por función pública ha de entenderse el ejercicio de las atribuciones esenciales del Estado, realizadas como actividades de gobierno, de poder público que implica soberanía e imperio, y si tal ejercicio en definitiva lo realiza el Estado a través de personas físicas el empleado público se identifica con el órgano de la función pública y su voluntad o acción trascienden como voluntad o acción del Estado, lo que justifica la creación de normas especiales para su responsabilidad, situación ésta de incorporarse a la función pública, que no ocurre tratándose de los servicios de los organismos descentralizados, quienes por su peculiar naturaleza quedan fuera de la órbita del poder público, dedicados a la realización de servicios públicos que no implican soberanía o imperio.”<sup>29</sup>

Al respecto Acosta Romero afirma: “ Los servicios públicos que puede realizar el Estado son diferentes y múltiples, cada servicio específico recibirá el nombre de función pública.

c) Con respecto a la función pública y desde el punto de vista del Derecho administrativo entendemos el ejercicio concreto de la competencia o poder jurídico de un órgano del Estado; Andrés Serra

---

<sup>29</sup> Idem. p. 40.

Rojas la define como “el régimen jurídico aplicable al personal administrativo”.<sup>30</sup>

Por lo que respecta al término servicio público encontramos las siguientes definiciones:

Duguit, establece en referencia a este tema que, “El Estado no es una potencia que manda, una soberanía, es una corporación de servicios públicos organizados y controlados por los gobernantes. Se comprende bien ahora el sentido y la aportación de la transformación profunda que se ha realizado en el Derecho Público, ya no es un conjunto de reglas que determinan la organización de los servicios públicos y aseguran su funcionamiento regular e ininterrumpido, el fundamento del Derecho Público es la regla y gestión del servicio público.”<sup>31</sup> Al respecto se hace la crítica de la confusión que hace este autor al relacionar toda la actividad del Estado con los servicios públicos.

“Para Jéze, el servicio público se presenta cuando, “... para la satisfacción de una necesidad de interés general, los agentes públicos pueden recurrir a reglas de Derecho Administrativo, normas jurídicas inspiradas en el interés público”.<sup>32</sup>

Estos autores fueron los creadores de la llamada “escuela del servicio público”, postura que es rechazada por el Maestro Fraga quien afirma, “... es indudable que dentro de la actividad del Estado se pueden distinguir dos maneras de realizarla: una, dando ordenes, otra prestando servicios. Estas dos actividades no son fácilmente confundibles ni pueden ser comprendidas en una misma denominación... existen

---

<sup>30</sup> Acosta Romero. P. 19

<sup>31</sup> Idem. p. 501. compendio

<sup>32</sup> Acosta Romero. p. 503 compendio

servicios públicos a cargo del Estado, pero no creemos que toda la actividad de éste pueda llamarse servicio público.

“Adolfo Posadas concibe al servicio público en relación a la función administrativa que se resuelve concretamente en servicios”.<sup>33</sup>

El autor francés Marcel Waline, apunta como características del servicio público las siguientes:

1.- “... supone siempre una obra de interés público a ejecutar.

2.- Es necesario que esa finalidad sea perseguida bajo la iniciativa y autoridad de una persona de Derecho Público, precisando que la palabra autoridad no indica una dirección permanente, sino solamente un poder de organización general y de control.

3.- El servicio público supone una empresa que soporta, por una parte, los riesgos financieros y, por la otra, una organización pública. A estas cuestiones no se puede responder de una manera absolutamente afirmativa porque es aquí donde aparecen las variantes graves de la definición.

4.- El servicio público supone un régimen de Derecho Público. Aquí la cuestión que se presenta es la de saber si este régimen debe ser considerado como un elemento de definición o si es, más bien, una consecuencia.”<sup>34</sup>

---

<sup>33</sup> Acosta Romero. P. 503. compendio

<sup>34</sup> Acosta Romero. P. 504. compendio

El mismo Acosta Romero apropiándose de las definiciones de los autores señalados concluye de manera sintética: "... las características más importantes del servicio público son.

1.- Una actividad técnica, encaminada a una finalidad.

2.- Esa finalidad es la satisfacción de necesidades básicas de la sociedad, es de interés general, que regula el Derecho Público, pero que, en opinión de algunos tratadistas, no hay inconveniente en que sea de Derecho Privado.

3.- La actividad puede ser realizada por el Estado, o por los particulares (mediante concesión ).

4.- el régimen jurídico que garantice la satisfacción, constante y adecuada de las necesidades de interés general; régimen jurídico, que es de Derecho Público".<sup>35</sup>

En la antigua Ley Orgánica del Departamento del Distrito Federal, de 1976, se definía el servicio público como, "... la actividad organizada que se realice conforme a las leyes o reglamentos vigentes en el Distrito Federal, con el fin de satisfacer en forma continua, uniforme, regular y permanente, necesidades de carácter colectivo." <sup>36</sup>

Acosta Romero crea el siguiente concepto, "Es una actividad técnica encaminada a satisfacer necesidades colectivas básicas o fundamentales, mediante prestaciones individualizadas, sujetas a un régimen de Derecho Público, que determina los principios de regularidad,

---

<sup>35</sup> Idem. 504.compendio

<sup>36</sup> Idem. 505 compendio

uniformidad, adecuación e igualdad. Esta actividad puede ser prestada por el Estado o por los particulares (mediante concesión ).<sup>37</sup>

### 4.3. Las atribuciones del Estado.

El Maestro Gabino Fraga no solamente criticó la doctrina francesa de Duguit y sus seguidores sino que aporta lo que el llama, las atribuciones del Estado, remitiéndose en este aspecto, el Maestro, a teóricos como Carre de Malberg, y dice: “La actividad del Estado es el conjunto de actos materiales jurídicos, operaciones y tareas que realiza en virtud de las atribuciones que la legislación positiva le otorga. El otorgamiento de dichas atribuciones obedece a la necesidad de crear jurídicamente los medios adecuados para alcanzar los fines estatales.”<sup>38</sup>

“Siendo las atribuciones estatales medios para alcanzar determinados fines, es natural que el número y extensión de aquéllas varíen al variar éstos. Los criterios para fijar unas y otras no constituyen cuestiones jurídicas, sino que corresponden al campo de las ciencias políticas.

De acuerdo con los postulados del individualismo que considera que son bastantes la actividad de los particulares y el libre juego de las leyes económicas, para satisfacer las necesidades individuales y colectivas dentro de la sociedad, el Estado en una primera etapa histórica posterior al mercantilismo de los antiguos regímenes políticos<sup>39</sup>, se encontró reducido a un mínimo en cuanto a sus fines y, lógicamente, en cuanto a sus atribuciones, pues dichos fines se limitan al mantenimiento y protección de su existencia como entidad soberana y a la conservación del orden jurídico y material en tanto que es condición para el desarrollo de las actividades de los particulares y el libre juego de las leyes sociales y económicas. Por

---

<sup>37</sup> Idem. 505 compendio

<sup>38</sup> Fraga, Gabino. Derecho Administrativo. P. 13.

<sup>39</sup> Heller, Herman. Teoría del Estado. ed. quinta. México. Ed. Fondo de la Cultura Económica. 1942. p. 239. pp. 341. “En la lucha contra la arbitrariedad absolutista se creyó poder asegurar la legitimidad por la legalidad, en tal manera, que el pueblo venía a dictar leyes por si mismo y el resto de la actividad estatal debía someterse a estas leyes”.

tanto, en esta primera etapa las atribuciones del Estado consisten fundamentalmente en atribuciones de policía, que lo obligan a abstenerse de intervenir en las esferas de acción de los particulares más allá del límite necesario para el mantenimiento del orden, motivo por el cual el Estado en esta etapa se conoce con la designación de “Estado Gendarme”<sup>40</sup>.

Esta visión liberal del estado sufre una evolución a partir de la aparición de nuevas ideas a partir del siglo XIX, pues fehacientemente comprobado que, “... el individuo no ha sido capaz de satisfacer las necesidades de la colectividad, se va desarrollando una tendencia intervencionista o estatista en la que se considera que el Estado respetando en buena parte la actividad privada, va imponiendo a ésta restricciones y limitaciones para armonizarla con el interés general; va creando servicios públicos y va encaminando su actuación con el fin de estructurar la sociedad de acuerdo con un ideal de justicia que no ha logrado el capitalismo del sistema liberal. De esta manera el Estado gendarme” se va transformando en un “Estado providencia” o “Estado social de Derecho”.<sup>41</sup>

Por otra parte el Maestro Fraga, al concretar las atribuciones del Estado desde el siglo XVIII hasta el presente señala esencialmente cuatro diferentes atribuciones:

- a) “atribuciones de mando, de policía o de coacción que comprenden todos los actos necesarios para el mantenimiento y protección del Estado y de la seguridad, la salubridad y el orden públicos.
- b) Atribuciones para regular las actividades económicas de los particulares.
- c) Atribuciones para crear servicios públicos.

---

<sup>40</sup> Fraga, Gabino. Derecho Administrativo. p. 14

<sup>41</sup> Fraga, Gabino. Derecho Administrativo. p. 14

- d) Atribuciones para intervenir mediante gestión directa en la vida económica, cultural y asistencial del país.”<sup>42</sup>

En cuanto a las atribuciones del Estado en relación con los particulares, el Maestro Fraga las ha dividido en rubros que son los siguientes:

- a) “atribuciones del Estado para reglamentar la actividad privada; Si el Estado interviene regulando jurídicamente esa actividad es porque los intereses individuales necesitan ser coordinados a fin de mantener el orden jurídico.

Respecto a los medios adecuados para el ejercicio de las atribuciones que forman esta primera categoría, las doctrinas basadas en el individualismo sostienen que el Estado debe usar, con absoluta preferencia, leyes supletorias, reduciendo al mínimo las de carácter imperativo; que las disposiciones tendientes a la protección del derecho deben ser represivas más que preventivas, ya que estas últimas imponen, por su naturaleza, serias restricciones a la libertad individual.

Por el contrario, las doctrinas estatistas consideran que la intervención del Estado en la reglamentación de la actividad privada debe hacerse por medio de leyes imperativas, principalmente en todos aquellos casos en que la experiencia ha demostrado que el libre juego de las leyes económicas es insuficiente para mantener el equilibrio entre las clases sociales.

---

<sup>42</sup> Idem. p. 15

Las mismas doctrinas también abogan por el desarrollo de la legislación preventiva al lado de la represiva considerando que ésta es ineficiente para dar protección al Derecho ya que solo actúa cuando se ha consumado su violación.

La actitud adoptada por la legislación sobre esta primera categoría de atribuciones no puede reducirse a una sola tendencia.

En efecto, la legislación civil se ha inspirado fundamentalmente en la doctrina individualista que sustenta el 5° constitucional... en dicha legislación a predominado las disposiciones de carácter supletorio<sup>43</sup> sobre las de carácter imperativo<sup>44</sup> y las represivas sobre las preventivas.<sup>45</sup>

- b) Atribuciones del Estado de fomentar, limitar y vigilar la actividad privada.- La intervención del Estado realizando

---

<sup>43</sup>alipso.com/monografias/la\_ley\_y\_la\_sentencia\_como\_fuente/ “Son las leyes *supletorias* o *interpretativas* aquellas que las partes, de común acuerdo, pueden modificar o dejar sin efecto. Estas normas son frecuentes en materia contractual. El legislador suele tener en cuenta la posibilidad de que las partes, al celebrar un contrato, no hayan previsto algunas de las consecuencias que pueden derivar de él; para esos casos, establece reglas, que desde luego, sólo tienen validez las hipótesis de que los interesados nada hayan dispuesto sobre el particular. Por eso se llaman supletorias, puesto que suplen la voluntad de las partes inexpresada en los contratos. Y como el legislador dicta la regla de acuerdo con lo que parece razonable o con lo que es la práctica de los negocios, en el fondo procura interpretar lo que hubieran establecido los contratantes, de haberlo previsto. De ahí que se llamen también *interpretativas*. Es claro que si las partes no están conformes con la solución legal, pueden, de común acuerdo, dejarla sin efecto y convenir cualquier otra regulación de sus relaciones jurídicas”.

<sup>44</sup> alipso.com/monografias/la\_ley\_y\_la\_sentencia\_como\_fuente/ “Son leyes *imperativas* las que prevalecen sobre cualquier acuerdo de voluntad de las personas sujetas a ellas. En algunos casos asumen la forma de mandatos o de prohibiciones; pero en cualquier caso, los particulares no pueden dejarla sin efecto. Este concepto se vincula con el de la ley de orden público.”

<sup>45</sup> Fraga, Gabino. Derecho Administrativo. pp. 14 – 16.

esta categoría de atribuciones tiene el propósito también de mantener el orden jurídico; ... tienden a coordinar esos intereses individuales con el interés público.

La doctrina individualista sostiene... que en principio deben excluirse las que fomentan la actividad privada en forma que coloquen al individuo en situación superior en palucha económica y que alteren en cualquier manera la libre concurrencia entre los factores de la producción.

Las doctrinas estatistas... sostienen que el fomento y ayuda de la actividad privada constituyen medios necesarios para corregir las desigualdades que crea la lucha económica; que la subvención, la tarifa proteccionista y el impuesto que se establece con el propósito de proteger determinadas actividades son medios a los cuales el Estado debe recurrir si no quiere ver trastornada su economía por las injustas y perjudiciales consecuencia de la libre concurrencia.

Por lo que hace a este segundo grupo de atribuciones el Estado mexicano presenta las más variadas tendencias.

- c) Atribuciones del Estado para sustituir total o parcialmente a la actividad de los particulares o para combinarse con ella en la satisfacción de una necesidad colectiva.

“... la doctrina liberal sostiene que el Estado no se encuentra en condiciones de realizar actividades del orden económico, porque su organización misma se lo impide, ya que implica un sistema complicado de relaciones entre funcionarios y empleados que no se acomoda a la rapidez y elasticidad que exige el negocio lucrativo.

Por esta razón la doctrina liberal tolera, excepcionalmente, la sustitución del Estado en el caso de que la actividad sea tan general, de tal magnitud o tan desprovista de una compensación económica adecuada ... .

... la legislación de nuestro país establece algunos casos de paralelismo de la actividad oficial con la privada, siendo de citarse por su importancia los servicios de asistencia, de enseñanza, de la explotación de algunas riquezas y de vías de comunicación.”<sup>46</sup>

#### **4.4. Las funciones del Estado.**

El Estado para actuar también tiene limitaciones, puesto que no es absoluto ni totalitario, pues como lo establece nuestra constitución en su artículo 49; “El Supremo Poder de la Federación se divide para su ejercicio, en Legislativo, Ejecutivo y Judicial.

No podrán reunirse dos o más de estos Poderes en una sola persona o corporación...”,<sup>47</sup> entonces estas limitaciones también le están señaladas en la ley suprema del país.

“El concepto de atribuciones comprende el contenido de la actividad del Estado; es lo que el Estado puede hacer. El concepto de función se refiere a la forma de la actividad del Estado. las funciones constituyen la forma de ejercicio de las atribuciones”.<sup>48</sup>

---

<sup>46</sup> Fraga, Gabino. Derecho Administrativo. pp. 18 – 20.

<sup>47</sup> Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. El Patrocinio de María. Hidalgo 201. zona centro León, Gto.

<sup>48</sup> Fraga, Gabino. Derecho Administrativo. p. 26.

Al respecto, en el ámbito del estudio de las funciones del Estado encontramos varias opiniones que son generalmente coincidentes: “Las funciones son los medios de que el estado se vale para ejercitar sus atribuciones, encaminadas éstas al logro de sus fines. El poder, estatal que es uno solo, se encuentra en órganos: legislativo ejecutivo y judicial, a cada uno de ellos les asigna una función (legislativa, administrativa y jurisdiccional), con modalidades y excepciones. De tal modo que las funciones del estado son el sistema o medio que utiliza el poder público para cumplir con sus atribuciones o realizar sus cometidos, destinados al logro de sus fines.”<sup>49</sup>

Pero, independientemente de las características del Estado, este tiene que realizar sus funciones, ejercer, pues, sus atribuciones, para los cual consignamos la siguiente clasificación de funciones fundamentales:

1.- “En toda organización estatal tiene que existir una actividad encaminada a formular las normas generales que deben, en primer término, estructurar al Estado y, en segundo término, reglamentar las relaciones entre el Estado y los ciudadanos y las relaciones de los ciudadanos entre sí”<sup>50</sup>. También se define como: “La función legislativa consiste en la creación de normas concretas y abstractas. Sus caracteres son: a) la discontinuidad o intermitencia de su ejercicio por parte del Estado; b) satisface en forma mediata el interés general ya que se limita a determinar genéricamente cómo debe ser atendido, pero no lleva a cabo en concreto tal satisfacción; c) instituye reglas de derecho que regirán para el futuro; y d) actúa con independencia de los administrados, desde un plano superior al determinado por los intereses individuales o sectoriales, ya que la finalidad directiva de tal función es el

---

<sup>49</sup> Martínez Morales, Rafael I. Biblioteca. Diccionarios Jurídicos Temáticos. Volumen 3. Derecho Administrativo. Ed. Harla. México. 1999. p. 124 – 125.

<sup>50</sup> Porrúa Pérez, Francisco. Teoría del Estado. ed. vigésimo sexta. Ed. Porrúa. S.A. México. 1993. p. 391 – 392. pp. 593.

bien común.<sup>51</sup> Esto es lo que llamaremos función legislativa y que en nuestro país ejercen de manera individual, la Cámara de Diputados y la Cámara de Senadores y cuando actúan conjuntamente como Congreso de la Unión

El Estado además ejerce sus funciones de impartición de justicia por medio del Poder Judicial de la Federación y en su caso por medio de los Supremos Tribunales de Justicia de las Entidades Federativas, a través de sus tribunales Colegiados y Unitarios de Circuito, los Juzgados de Distrito y por medio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y en el segundo caso por medio de los Tribunales de Partido y menores. Es decir, es "... una función encaminada a tutelar el ordenamiento jurídico definiendo la norma precisa para aplicar en los casos particulares".<sup>52</sup>

También se define como, "La función jurisdiccional es aquella actividad estatal que fija, en los casos individuales, el derecho incierto. Sólo satisface mediatamente el interés general, por dos razones: 1) su finalidad inmediata es determinar, en los casos individuales, el derecho incierto, determinación que sólo mediata o indirectamente repercute en el bien común; y 2) por medio de ella el Estado dispone que la voluntad legislativa sea cumplida, pero no es ella quien la hace efectiva. Es de carácter concreto, ya que se cumple con relación a los casos individuales y su ejercicio es intermitente: obra hacia el pasado ajustando conductas ya acontecidas a las exigencias del ordenamiento jurídico."<sup>53</sup> Esta es la llamada función jurisdiccional o judicial.

---

<sup>51</sup> [www.todoelderecho.com/Destacados/bol1.htm](http://www.todoelderecho.com/Destacados/bol1.htm)

<sup>52</sup> *Idem.* p. 392.

<sup>53</sup> [www.todoelderecho.com/Destacados/bol1.htm](http://www.todoelderecho.com/Destacados/bol1.htm)

Por último, una tercera función, que es encomendada al Poder Ejecutivo, la función administrativa, que es una función esencial que consiste en "... actuar promoviendo la satisfacción de las necesidades de los ciudadanos y fomentando el bienestar y el progreso de los ciudadanos."<sup>54</sup> La función administrativa es "la actividad permanente, concreta y práctica del Estado que tiende a la satisfacción inmediata de las necesidades del grupo social y de los individuos que lo integran", según Marienhoff.<sup>55</sup>

A estas funciones del Estado se les encuadra dentro del punto de vista formal, puesto que, "... es la actividad que el Estado realiza por conducto de los órganos que de acuerdo con el régimen constitucional forman el Poder legislativo."<sup>56</sup> "La función legislativa consiste en la creación de normas concretas y abstractas. Sus caracteres son: a) la discontinuidad o intermitencia de su ejercicio por parte del Estado; b) satisface en forma mediata el interés general ya que se limita a determinar genéricamente cómo debe ser atendido, pero no lleva a cabo en concreto tal satisfacción; c) instituye reglas de derecho que regirán para el futuro; y d) actúa con independencia de los administrados, desde un plano superior al determinado por los intereses individuales o sectoriales, ya que la finalidad directiva de tal función es el bien común."

En cambio cuando el Estado por medio de sus poderes, realiza un acto que tenga consecuencias jurídicas; aprueba una ley, "... concede un fiat a un nuevo notario público o emite una sentencia, entonces

---

<sup>54</sup> Idem. p. 392.

<sup>55</sup> [www.todoelderecho.com/Destacados/bol1.htm](http://www.todoelderecho.com/Destacados/bol1.htm)

<sup>56</sup> Fraga, Gabino. Derecho Administrativo. p. 37.

estamos ante otro enfoque de las funciones del Estado, que son vistas desde el punto de vista material. “ Con este punto de vista se pretende determinar la naturaleza o esencia del acto realizado, para clasificarlo dentro de una de las tres funciones estatales”.<sup>57</sup>

En el caso del Estado mexicano, las facultades de los tres poderes del Supremo Poder de la Federación, se encuentran en los artículos 73, 89 y 94 a 107, respectivamente, para el poder Legislativo, el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial.

En esta parte de este trabajo de investigación se ha ido demostrando que los servicios que presta el notario público se encuentran enmarcados dentro de los servicios que el Estado tiene la obligación de prestar a sus habitantes y que por evolución de propio Estado y de los procesos de desarrollo de la ciencia jurídica son prestados por un particular a los que el mismo Estado inviste de la capacidad de fe pública, que es única y exclusiva de éste.

Pero al mismo tiempo esa evolución le ha dado un carácter especialísimo dentro de las funciones del Estado, ya que la capacidad de actuar con fe pública no cae dentro de una concesión, si no que su acepción concreta, es la de fiat, tal y como se establece en la Ley del Notariado para el Estado de Guanajuato, “ La denominación de Notaria Pública, sólo podrá utilizarla en una oficina, el profesional del derecho a quien se le ha otorgado el fiat para el ejercicio notarial”,<sup>58</sup> circunstancia que se presenta en otras Entidades Federativas, como en Aguascalientes;

“ARTICULO 1.- El ejercicio del n ARTICULO 1.- El ejercicio del Notariado en el Estado de Aguascalientes, es una función de orden público, a

---

<sup>57</sup> Martínez Morales, Rafael I. Biblioteca. Diccionarios Jurídicos Temáticos. Volumen 3. Derecho Administrativo. Ed. Harla. México. 1999. p. 125.

<sup>58</sup> Giza Alday OJO-----

cargo del Ejecutivo del Estado, quien la ejercerá por Delegación o profesionistas del derecho a virtud del fiat que les expida para su desempeño en los términos de la presente Ley en el Estado de Aguascalientes, es una función de orden público, a cargo del Ejecutivo del Estado, quien la ejercerá por Delegación o profesionistas del derecho a virtud del fiat que les expida para su desempeño en los términos de la presente Ley.”<sup>59</sup>

Asimismo en Baja California se establece, “ARTICULO 1.- La función Notarial en el Estado de Baja California es de orden público. Estará a cargo del Ejecutivo del Estado y por delegación de este se encomienda a profesionales del derecho en virtud de la patente que para tal efecto les otorgue el propio ejecutivo, a fin de que la desempeñen en los términos de la presente Ley.”<sup>60</sup>

También se le llama Patente<sup>61</sup> como lo señala la ley del Notariado para el Distrito Federal, “ ... Se aplicarán las penas previstas por el artículo 250 del Código Penal a quien, careciendo de la Patente de Notario de Distrito Federal. Tal y como lo establece la Ley del Notariado para el Distrito Federal. “<sup>62</sup>

“ ...La función notarial es la actividad que el notario realiza conforme las disposiciones de esta ley. Posee una naturaleza compleja: Es pública en cuanto proviene de los poderes del Estado y de la Ley, que obran en reconocimiento público de la actividad profesional de notario y

---

<sup>59</sup> [www.aguascalientes.gob.mx/Estado/Legal/Leyes/Ley\\_del\\_Notariado\\_del\\_Estado\\_de\\_Aguascalientes.do](http://www.aguascalientes.gob.mx/Estado/Legal/Leyes/Ley_del_Notariado_del_Estado_de_Aguascalientes.do)  
c+ley+del+notariado+para+el+estado+de+aguascalientes&hl=es

<sup>60</sup> [www.congresobc.gob.mx/legislacion/estatal/TOMO\\_IV/Propiedad\\_y\\_Seguridad\\_Juridica/Ley\\_del\\_Notariado\\_para\\_el\\_Estado/Ley\\_del\\_notariado\\_para\\_el\\_esta.html](http://www.congresobc.gob.mx/legislacion/estatal/TOMO_IV/Propiedad_y_Seguridad_Juridica/Ley_del_Notariado_para_el_Estado/Ley_del_notariado_para_el_esta.html)

<sup>61</sup> Diccionario Enciclopédico Espasa-Calpe. Tomo 18. pp. 894. “Autorización que se tiene o se supone para realizar actos prohibidos a los demás”

<sup>62</sup> [www.df.gob.mx/leyes/normatividad.html?materia=1&apartado=1&disp=284](http://www.df.gob.mx/leyes/normatividad.html?materia=1&apartado=1&disp=284)

de la documentación notarial al servicio de la sociedad. De otra parte, es autónoma y libre, para el notario que la ejerce, actuando con fe pública.”<sup>63</sup> Por ello en esta última parte del trabajo no avocaremos a señalar las características del notario que hacen que no sea calificado como funcionario público.

En la definición que hemos consignado, líneas arriba, sobre el concepto de servicio público, se afirma que éste es una actividad puede ser prestada por el Estado o por los particulares mediante el otorgamiento de una concesión, pero al Notario Público no se le otorga una concesión, entendido lo anterior como, “... figura jurídica que le permite al particular desempeñar actividades que son propias del estado, en cuanto que persiguen la satisfacción de necesidades generales”.<sup>64</sup> De esta definición se desprende que debe haber un concesionario que es, “... la persona física o moral a quien se otorga la concesión. Sus actos, aun los referidos estrictamente a bienes o servicios públicos no pueden considerarse como función pública.”<sup>65</sup> El Maestro Fraga define a la concesión, a la que califica como administrativa, como, “... es el acto por el cual se concede a un particular el manejo y la explotación de un servicio público o la explotación y aprovechamiento de los bienes de dominio público.”<sup>66</sup>

El concedente es la autoridad que concede al particular la concesión para realizar la actividad que sea motivo de la concesión. Para que la concesión sea legalmente válida debe existir un título donde tal

---

<sup>63</sup> [www.df.gob.mx/leyes/normatividad.html?materia=1&apartado=1&disp=284](http://www.df.gob.mx/leyes/normatividad.html?materia=1&apartado=1&disp=284)

<sup>64</sup> Martínez Morales, Rafael I. Biblioteca. Diccionarios Jurídicos Temáticos. Volumen 3. Derecho Administrativo. Ed. Harla. México. 1999. p. 33 – 34. Martínez Morales, Rafael I. Biblioteca. Diccionarios Jurídicos Temáticos. Volumen 3. Derecho Administrativo. Ed. Harla. México. 1999. p. 35.

<sup>65</sup> Idem. p. 35.

<sup>66</sup> Fraga, Gabino. Derecho Administrativo. p. 242.

concesión conste la autorización , “... la decisión del poder ejecutivo, así como la aceptación del particular...”.<sup>67</sup> De igual manera no puede ser considerado funcionario público como lo hemos venido afirmando, puesto que los funcionarios públicos deben ser miembros de la administración pública federal, del gobierno de los estados o de los municipios y su característica esencial es que su labor o actividad laboral consiste en la actividad llamada servicio público, cuestión que esta alejada del Notario Público, pues su actividad esta definida por la ley que rige su actividad profesional, la ley del notariado del Distrito federal y de cada una de las entidades federativas, afirmación que se desprende del artículo 26 de la ley del notariado para el Distrito Federal. “La función notarial es la actividad que el notario realiza conforme las disposiciones de esta ley. Posee una naturaleza compleja:

Es pública en cuanto proviene de los poderes del Estado y de la Ley, que obran en reconocimiento público de la actividad profesional de notario y de la documentación notarial al servicio de la sociedad. De otra parte, es autónoma y libre, para el notario que la ejerce, actuando con fe pública”<sup>68</sup>

Además para ejercer la función notarial, en el Distrito Federal se debe cumplir con la debida solemnidad, “Para que la persona que haya obtenido la patente pueda actuar en ejercicio de la función notarial y pertenecer al colegio, deberá rendir protesta ante el Jefe de Gobierno del Distrito Federal, o ante quien éste último delegue dicha atribución, en los siguientes términos:

---

<sup>67</sup> Idem. p. 36

<sup>68</sup> [www.df.gob.mx/leyes/normatividad.html?materia=1&apartado=1&disp=284](http://www.df.gob.mx/leyes/normatividad.html?materia=1&apartado=1&disp=284)

"Protesto, como notario y como miembro del Colegio de Notarios del Distrito Federal, Asociación Civil, guardar y hacer guardar el Derecho, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el Estatuto de Gobierno del Distrito Federal y las Leyes que de ellos emanen, en particular la Ley del Notariado; y desempeñar objetiva, imparcial, leal y patrióticamente, el ejercicio de la fe pública que se me ha conferido, guardando en todo momento el estricto respeto al Estado Constitucional de Derecho y a los valores ético jurídicos que el mismo comporta, y si así no lo hiciere seré responsable, y pido hoy que en cada caso los particulares a quienes debo servir, las autoridades, el colegio y el decanato, así me lo exijan y demanden, conforme a la ley y sus sanciones".<sup>69</sup>

La Ley del Notariado para el Distrito Federal del artículo 222 al 229 establece sanciones para los notarios que incurran en delitos o infracciones de tipo administrativo pero no señala que se les deba aplicar la ley de responsabilidad de los servidores públicos como lo establece el artículo 108, "Para los efectos de las responsabilidades a que alude este título se reputaran 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."<sup>70</sup> Y agrega en el párrafo

---

<sup>69</sup> [www.df.gob.mx/leyes/normatividad.html?materia=1&apartado=1&disp=284](http://www.df.gob.mx/leyes/normatividad.html?materia=1&apartado=1&disp=284)

<sup>70</sup> [www.info4.juridicas.unam.mx/ijure/fed/9/109.htm?s=](http://www.info4.juridicas.unam.mx/ijure/fed/9/109.htm?s=)

tercero, “los gobernadores de los estados, los diputados a 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.”<sup>71</sup>

Como es observable el Notario Público no puede ser considerado Funcionario Público tal y como lo señalan algunas leyes del notariado, puesto que la Constitución y la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos así lo establecen, ésta última en su artículo 2, “Son sujetos de esta Ley, los servidores públicos mencionados en el párrafo primero y tercero del artículo 108 Constitucional y todas aquellas personas que manejen o apliquen recursos económicos federales.”<sup>72</sup>

Al respecto de la polémica que existe sobre los conceptos de funcionario y empleado público, se genera porque el 110 constitucional no es claro en señalar las características de los servidores públicos y funcionarios públicos y, además, la de los empleados públicos, por lo que una vez más recurrimos al Maestro Fraga para clarificar la situación, al respecto el Maestro consigna la siguiente postura, basado en Bielsa, “... se ha señalado como una distinción entre el concepto de funcionario y el de empleado la de que el primero supone un encargo especial transmitido en principio por la ley, que crea una relación externa que da al titular un carácter representativo, mientras que el segundo sólo supone una vinculación interna que hace que su titular sólo concorra a

---

<sup>71</sup> [www.info4.juridicas.unam.mx/ijure/fed/9/109.htm?s=](http://www.info4.juridicas.unam.mx/ijure/fed/9/109.htm?s=)

<sup>72</sup> [www.funcionpublica.gob.mx/leyes/leyresp/tit1-I.htm](http://www.funcionpublica.gob.mx/leyes/leyresp/tit1-I.htm)

la formación de la función pública.<sup>73</sup>

Basado en este autor Fraga es que consigna su versión. “ Por nuestra parte, consideramos que el último criterio de los señalados es que corresponde realmente a la idea consignada en las disposiciones constitucionales y aunque fuera de los preceptos arriba señalados que sólo enumeran a los altos funcionarios, no existe ninguna otra disposición legal expresa que señale las diferencias entre un funcionario y un empleado, estimamos que de hecho sí pueden separarse los servidores públicos que tienen ese carácter representativo de todos los que son simplemente auxiliares de ellos.”<sup>74</sup>

Por otra parte, para terminar con este aspecto del Notario Público, queremos retomar una característica de quienes tienen la facultad de otorgar nombramiento o cumplen con sus funciones mediante el nombramiento recibido de un funcionario o servidor público al respecto en el Derecho Administrativo se establece, el poder de nombramiento tiene su génesis en el artículo 89 constitucional, que establece: las facultades y obligaciones del presidente son las siguientes:

- I. promulgar y ejecutar las leyes que expida el congreso de la unión, proveyendo en la esfera administrativa a su exacta observancia;
- II. nombrar y remover libremente a los secretarios del despacho, remover a los agentes diplomáticos y empleados superiores de hacienda y, nombrar y remover libremente a los demás empleados de la unión, cuyo

---

<sup>73</sup> Fraga, Gabino. Derecho Administrativo. p. 130. Apud Bielsa (D. Adm. T. II, Pág. 23).

<sup>74</sup> Fraga, Gabino. Derecho Administrativo. p. 130.

nombramiento o remoción no este determinado de otro modo en la constitución o en las leyes;

III. nombrar los ministros, agentes diplomáticos y cónsules generales, con aprobación del senado;

IV. nombrar, con aprobación del senado, los coroneles y demás oficiales superiores del ejército, armada y fuerza aérea nacionales, y los empleados superiores de hacienda.

V. Nombrar a los demás oficiales del ejército, armada y fuerza aérea nacionales, con arreglo a las leyes.”<sup>75</sup>

Esta facultad en su máxima expresión se desgrana en diversos funcionarios de la administración pública federal, en todos los niveles de gobierno, solamente que aquí lo quisimos hacer notar porque tanto el recibir un nombramiento como dicha facultad no corresponden al Notario Público, y tampoco la facultad de remoción o cese son parte de las sanciones que puede recibir un notario, pues la extensión de la función notarial esta perfectamente establecida en las diversas leyes del notariado en las entidades federativas: En el Estado de Aguascalientes, “Quedaría sin efecto el fiat expedido en favor de un notario, si dentro del término de cinco días siguientes al de la protesta que haya rendido... si transcurrido el término de la licencia que se le hubiere concedido, no se presentare a reanudar sus labores, sin causa debidamente justificada... El cargo de notario termina, quedando revocado el fiat respectivo, por cualesquiera de las siguientes causas:

I.- Renuncia expresa;

---

<sup>75</sup> [www.info4.juridicas.unam.mx/ijure/fed/9/90.htm?s=](http://www.info4.juridicas.unam.mx/ijure/fed/9/90.htm?s=)

II.- Muerte;

III.- Si no desempeñare personalmente las funciones que le competen, de la manera que la Ley dispone; y

IV.- Si diere lugar a queja comprobada por falta de probidad, o se hicieran patentes vicios o malas costumbres, también comprobados.”<sup>76</sup>

Por lo respecta al Distrito federal, encontramos que: “Artículo 194.- Los notarios sólo podrán ser suspendidos en el ejercicio de sus funciones por las siguientes causas:

I. Por dictarse en su contra auto de formal prisión por delitos intencionales contra el patrimonio de las personas, hasta en tanto no cause ejecutoria la sentencia que lo absuelva o se le perdone;

II. Por padecer incapacidad física o mental que le impida actuar en cuyo caso la suspensión durará todo el tiempo que subsista el impedimento;

III. Por así ser sancionado por la autoridad competente y dicha sanción cause estado y

---

<sup>76</sup>[www.aguascalientes.gob.mx/Estado/Legal/Leyes/Ley\\_del\\_Notariado\\_del\\_Estado\\_de\\_Aguascalientes.doc+ley+del+notariado+para+el+estado+de+aguascalientes&hl=es](http://www.aguascalientes.gob.mx/Estado/Legal/Leyes/Ley_del_Notariado_del_Estado_de_Aguascalientes.doc+ley+del+notariado+para+el+estado+de+aguascalientes&hl=es)

IV. Por las demás que procedieran conforme a las leyes. Y ...  
“**Artículo 197.-** Son causas de cesación del ejercicio de la función notarial y del cargo de notario:

I. Haber sido condenado por delito intencional, por sentencia ejecutoriada, privativa de la libertad;

II. La revocación de la patente, en los casos previstos por esta ley;

III. La renuncia expresa del notario al ejercicio de sus funciones;

IV. Haberse demostrado ante la autoridad competente, que oirá para ello la opinión del colegio, que tras haber cumplido ochenta años de edad, y por esta circunstancia, el Notario respectivo no pueda seguir desempeñando sus funciones;

V. Sobrevenir incapacidad física o mental permanente que imposibilite el desempeño de la función;

VI. No iniciar o reiniciar sus funciones en los plazos establecidos por esta Ley;

VII. No desempeñar personalmente las funciones que le

competen de la manera que esta Ley previene;

VIII. No constituir o no conservar vigente la fianza, y

IX. Las demás que establezcan las leyes".<sup>77</sup>

Como vemos el Notario Público no esta a los avatares de las contingencias políticas sexenales, puesto que su función notarial, es una cuestión espacialísima, que el Estado, por tradición histórica y jurídica no ha cumplido, pero que ha sido de su especial consideración, no solamente del Poder Ejecutivo, quien autoriza al notario al otorgarle el fiat, sino también del legislativo, que con tino ha establecido leyes notariales a las que el notario como profesional del derecho especializado en el trabajo que el Estado la ha encomendado lo cumple con prestigio y prestancia.

Creo que es el momento de darle otro impulso al desarrollo jurídico del notariado impulsando el cambio legislativo y jurídico que ya permea a otras legislaciones, pues el prestigio de los notarios históricamente no se ha visto vulnerado como el del abogado, por más que el notario, efectivamente, sea abogado, pero no es ni litigante ni postulante, salvo en los casos en que la ley se lo permite, por lo que queremos terminar este trabajo con una cuestión anecdótica sobre el ejercicio de la abogacía, porque creemos que no es ni ha sido el de los notarios, un presidente de un Colegio de Notarios del Estado de Guanajuato afirmó en un programa de radio que el ejercicio de la función notarial era

---

<sup>77</sup> [www.df.gob.mx/leyes/normatividad.html?materia=1&apartado=1&disp=284](http://www.df.gob.mx/leyes/normatividad.html?materia=1&apartado=1&disp=284)

indispensable para la economía y las transacciones que en general se realizan en la sociedad, y como afirma una compañera, el trabajo del notario no estriba en corregir errores, litigios o probables hechos delictivos, sino en prevenirlos con una asesoría responsable y honesta.

Veamos este hecho, consignado por Lucas Alamán en una de sus obras, “ El ayuntamiento siguiendo el espíritu de Cortés, prohibió severamente el ejercicio de la abogacía, y habiéndose relajado esta prohibición durante el gobierno de Salazar y Chirino, se presentó el procurador del concejo, Francisco Rodríguez, en el cabildo de 18 de Agosto de 1526 exponiendo “el agravio y daño que recibía esta ciudad y los moradores y vecinos de ella, porque á causa de los dichos letrados é procuradores se levantan muchos mas pleitos y diferencias”, por lo que se mando pregonar “que los letrados no aboguen, ni aconsejen, sopena por la primera vez, de cincuenta pesos de oro para la cámara é fisco de S. M. , é por la segunda mil pesos de oro, aplicados en la misma forma, é privados perpetuamente de oficio de abogacía; é por la tercera pierdan todos sus bienes, é salgan desterrados de esta Nueva España perpetuamente.

Estas disposiciones se eludían con las consultas privadas que se hacían, y para evitarlas, en 17 de Mayo del mismo año se mando “que de aquí en adelante ningún letrado ni procurador sea osado de procurar ni abogar en esta ciudad, *directe ni indirecte*, en público ni en secreto, ni den favor, ni ayuda, ni consejo, por escrito, ni por palabra en ningún pleito á ninguna persona, so las penas que sobre esto están puestas,”.

Sin embargo, el mismo ayuntamiento consultó con los bachilleres Juan de Ortega y Alonso Perez, acerca de la jurisdicción que los franciscanos podían ejercer en virtud de las bulas que trajeron, y mas adelante se alzaron todas estas prohibiciones por órdenes de la Corte ” <sup>78</sup> Por esto, proponemos darle al Notario Público, en México, la confianza que se merece y puede desempeñar.

---

<sup>78</sup> Alamán, Lucas. Disertaciones sobre la historia de la República mexicana. Desde la época de la conquista que los españoles hicieron a fines del siglo XV y principios del XVI de las islas y continente americano hasta la independencia. Consejo Nacional para la Cultura y las Artes. México. 1991. p. 286. pp. 316.

## CONCLUSIONES

PRIMERA: El derecho romano es una gran influencia para el derecho notarial en la actualidad, además, es una fuente del mismo.

SEGUNDA: En el derecho romano prevalece la forma sobre la voluntad, lo que atribuimos al desarrollo mismo de tal civilización.

TERCERA: En el derecho romano y en el derecho civil actual, las modalidades de testamento guardan ciertos paralelismos.

CUARTA: La voluntad debe ser elemento irrefutable y esencial de lo que en vida el ser humano tuvo, por lo que debe cumplirse tal acción al pie de la letra.

QUINTA: En el Código actual prevalecen las formalidades sobre la voluntad del testador.

SEXTA: Las formalidades abruman al testador, y por falta de asertividad del notario público, la voluntad del mismo puede ser anulada.

SÉPTIMA: La voluntad es un atributo de la personalidad del ser humano, con el que determina la conducción de su vida.

OCTAVA: La manifestación de la última voluntad del testador lo hace trascendente, ya que ésta se materializa después de su muerte.

NOVENA: Sí la manifestación de la voluntad del individuo le permite construir su vida y trascender, la voluntad del conglomerado social crea el Estado.

DÉCIMA: La manifestación de la voluntad del individuo es el elemento esencial de muchos de los temas de discusión en el campo del derecho en nuestros días.

ONCEAVA: Existen los medios suficientes para garantizar que el Notario público sea el único testigo, autorizado por el poder público, para garantizar la seguridad, la libre manifestación y autonomía de la voluntad del testador.

DOCEAVA: El derecho es un instrumento de cohesión social, la formación del Estado así lo demuestra, por lo que su evolución es parte del desarrollo social de un país.

TRECEAVA: Con los cambios propuestos no se desecha la forma, se restringe su fuerza y se pondera la manifestación de voluntad del individuo.

CATORCEAVA: Hemos aportado elementos suficientes para hacer posible, desde el punto de vista teórico, que elevar el poder de la voluntad del testador por sobre la forma impuesta por el legislador permite la libre, cierta, autónoma y expedita manifestación de la voluntad del individuo y que con estos cambios esta asegurada, tanto como ahora, la manifestación de la última voluntad del individuo, para que ésta se cumpla después de su muerte, asegurando, los intereses del propio testador, herederos, legatarios, de la sociedad y del Estado.

QUINCEAVA: Hemos realizado una reseña histórica del desarrollo del notario y del notariado en México, tomando como base la tradición española.

DECISIESAVA: Se ha establecido la relación del Derecho Notarial con el Derecho Administrativo, pues es en esta confluencia donde surgen las normas de derecho que los órganos del Estado establecen para regir y hacer posible la convivencia social.

## BIBLIOGRAFÍA

1. Alamán, Lucas. Disertaciones sobre la historia de la República mexicana. Desde la época de la conquista que los españoles hicieron a fines del siglo XV y principios del XVI de las islas y continente americano hasta la independencia. Consejo Nacional para la Cultura y las Artes. México. 1991. pp. 316.
2. Bonnacase, Julien. Tratado Elemental de Derecho Civil. Biblioteca clásicos del Derecho. Volumen 1. Enrique Figueroa Alfonzo. Trad. México. 1998. Ed. Harla. pp. 768
3. Castro Lucine , Francisco. Relieve moral de la Actuación Notarial. ed. 7ª. Ed. Técnos, España. 1976. p. 166.
4. Couture, Eduardo. Vocabulario Jurídico. Ed. de Palma. Argentina. 1976. pp. 235.
5. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. El Patrocinio de María. Hidalgo 201. zona centro León, Gto.
6. De Garay, Luis. ¿Qué es el Derecho? Nueva Colección de Estudios Jurídicos. Quinta ed. Ed. Jus. México. 1974. pp. 72.
7. De Pina, Rafael. Derecho Civil Mexicano. Decimocuarta ed. Ed. Porrúa. México. 1994. pp. 286.
8. Enciclopedia Encarta. Microsoft Corporation.
9. Escriche, Joaquín. Diccionario razonado de legislación civil, penal, comercial y forense. Ed. Universidad Nacional Autónoma de México. México.1996. pp. .736.

10. García Máynez, Eduardo. Introducción al estudio del Derecho. ed. Cuadragésimo quinta. Ed. Porrúa. México. 1993. 170-171.
11. Guiza Alday, Francisco Javier. Ley del notariado para el Estado de Guanajuato. Comentada y concordada con la ley del notariado para el Distrito Federal. Ed. Universidad Lasallista Benavente. Librería Yussim. México. 1997. pp.
12. González Leal, Mariano. Crónicas de León. Relaciones, datos y documentos para la historia de la perla del Bajío. Ed. Lito Offsset Lumen. México. 1971. pp. 250.
13. Heller, Herman. Teoría del Estado. ed. quinta. México. Ed. Fondo de la Cultura Económica. 1942. pp. 341.
14. Ley del Notariado para el Distrito Federal. Ley Federal de Correduría Pública y su Reglamento. Ed. Pac. México. 2003. pp. 174.
15. Martínez Morales, Rafael I. Biblioteca. Diccionarios Jurídicos Temáticos. Volumen 3. Derecho Administrativo. Ed. Harla. México. 1999. pp.
16. Oakeshott, Michael. El Estado europeo moderno. Miguel Candel Sanmartín. Trad. España. Ed. Paidós. 2001. pp.
17. Palma Galván, José Sergio. La función y organización notarial. Tesis. San Juan de Aragón, Estado de México. 1996. p. 25.
18. Pérez Fernández del Castillo, Bernardo. Historia de la escribanía en la Nueva España y del Notariado en México. Ed. Universidad Autónoma de México. México. 1983.
19. Porrúa Pérez, Francisco. Teoría del Estado. ed. vigésimo sexta. Ed. Porrúa. S.A. México. 1993. p. 391 – 392. pp. 593.
20. Petit, Eugéne. Tratado Elemental de Derecho Romano. José Fernández González. Trad. Ed. Nacional. México. 1980. pp.
21. Rogina Villegas, Rafael. Compendio de Derecho Civil. Bienes, derechos reales y sucesiones. Ed. Porrúa. México. 1995. pp. 387.
22. Tena Ramírez, Felipe. Derecho Constitucional Mexicano. ed. vigésimo novena. México. Ed. Porrúa. 1995. p. 189.

23. Vázquez Pérez, Francisco. Antecedentes y Evolución del Estado Actual del Notariado. ed. 6ª. Ed. Revista Notarial. A. M. A. C. S. A. 1962. p. 198.
24. Woo-Choong, Kim. El mundo es tuyo. Pero tienes que ganártelo. Ed. Grupo Editorial Iberoamericana. México. 1999. pp.

## WEBLIOGRAFIA

1. [www. J. Martínez Cortés: Ley de Sucesiones. Título III. De la sucesión...](#)
2. [www.bdd.unizar.es./pag5/aragon/L2T2.htm](#)
3. [www.eld.edu.mx./ingles./Publicaciones/Articulos/18.html](#)
4. [www.gencat.es/justicia/es/cast/ccpream.htm](#)
5. [www.lajornada.unam.mx](#)
6. [www.ser.gob.mx./sanjuan/html/servicios/](#)
7. [www.unam.mx](#)
8. [www.ser.gob.mx./sanjuan/html/servicios/](#)
9. [www.scjn.gob.mx/Consultas/Inicial\\_Consultas.asp](#)
10. [www.sre.gob.mx/tramites/consulares/actuacion\\_notarial.htm](#)
11. [www.solon.org/Statutes/Mexico/Spanish/libro3/l3t3c2.html](#)
12. [www.colegioabogados.org/normas/codigocivil4./html](#)
13. [www.colnotdf.com.mx/marco/marcju.html](#)
14. [www.congreso-nayarit.gob.mx/tparlamentario/compilacion/69/ley69x.htm](#)
15. [www.alipso.com/monografias/la\\_ley\\_y\\_la\\_sentencia\\_como\\_fuente](#)
16. [www.todoelderecho.com/Destacados/bol1.htm](#)
17. [www.aguascalientes.gob.mx/Estado/Legal/Leyes/Ley\\_del\\_Notariado\\_del\\_Estado\\_de\\_Aguascalientes.doc+ley+del+notariado+para+el+estado+de+aguascalientes&hl=es](#)

18. [www.congresobc.gob.mx/legislacion/estatal/TOMO\\_IV/Propiedad\\_y\\_Seguridad\\_Juridica/Ley\\_del\\_Notariado\\_para\\_el\\_Esta/ley\\_del\\_notariado\\_para\\_el\\_esta.html](http://www.congresobc.gob.mx/legislacion/estatal/TOMO_IV/Propiedad_y_Seguridad_Juridica/Ley_del_Notariado_para_el_Esta/ley_del_notariado_para_el_esta.html)
19. [www.info4.juridicas.unam.mx/ijure/fed/9/109.htm?s=](http://www.info4.juridicas.unam.mx/ijure/fed/9/109.htm?s=)
20. [www.funcionpublica.gob.mx/leyes/leyresp/tit1-l.htm](http://www.funcionpublica.gob.mx/leyes/leyresp/tit1-l.htm)<http://www.unam.mx/>
21. [www.asambleadf.gob.mx/princip/informac/legisla/codigos/civil/L-03.htm](http://www.asambleadf.gob.mx/princip/informac/legisla/codigos/civil/L-03.htm)
22. [www.df.gob.mx/leyes/normatividad.html?materia=1&apartado=1&disp=284](http://www.df.gob.mx/leyes/normatividad.html?materia=1&apartado=1&disp=284)
25. Diccionario Enciclopédico Espasa. Tomo 24. Ed. Espasa Calpe. S.A. de C.V. España. 1978. pp. 892.
23. [www.universidadabierta.edu.mx/Biblio/L/Luna%20Maria-Derecho%20notarial.htm](http://www.universidadabierta.edu.mx/Biblio/L/Luna%20Maria-Derecho%20notarial.htm)
24. [www.equidad.org.mx/Sintesislegislativa2005/legislalia3/aspectos%principales%20reformas%20codigo%civil%gto.doc](http://www.equidad.org.mx/Sintesislegislativa2005/legislalia3/aspectos%principales%20reformas%20codigo%civil%gto.doc)
25. [www.guanajuato.gob.mx/sg/testamentos.htm](http://www.guanajuato.gob.mx/sg/testamentos.htm)
26. [www. Monografías.com/trabajos22/acto-juridico-acto-juridico.shtm](http://www.Monografías.com/trabajos22/acto-juridico-acto-juridico.shtm)
27. [www.contaduriamayorcoah.gob.mx/marco\\_](http://www.contaduriamayorcoah.gob.mx/marco_)