



UNIVERSIDAD LATINA S.C.

INCORPORADA A LA U.N.A.M.
ESCUELA DE DERECHO

“LA INTERVENCIÓN DEL NOTARIO EN LA
APERTURA DEL TESTAMENTO PÚBLICO
CERRADO”

TESIS
QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA:

ISRAEL ARIAS FRIAS

ASESOR:
LICENCIADA. MARIA DEL ROSARIO RAMÍREZ
CASTRO

MÉXICO, D.F.

NOVIEMBRE 2008



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

UNIVERSIDAD LATINA, S.C.
INCORPORADA A LA U.N.A.M.

México, Distrito Federal a 19 de noviembre de 2008.

C. DIRECTORA GENERAL DE INCORPORACIÓN
Y REVALIDACIÓN DE ESTUDIOS, UNAM
P R E S E N T E.

El C. **ISRAEL ARIAS FRIAS** ha elaborado la tesis profesional titulada "**LA INTERVENCIÓN DEL NOTARIO EN LA APERTURA DEL TESTAMENTO PÚBLICO CERRADO**", bajo la dirección de la Lic. Maria del Rosario Ramírez Castro para obtener el Título de Licenciado en Derecho.

El alumno ha concluido la tesis de referencia, misma que llena a mi juicio los requisitos marcados en la Legislación Universitaria y en la normatividad escolar de la Universidad Latina para las tesis profesionales, por lo que otorgo la aprobación correspondiente para todos los efectos académicos correspondientes.

Atentamente,



LIC. JOSÉ MANUEL ROMERO GUEVARA
DIRECTOR TÉCNICO DE LA LICENCIATURA
EN DERECHO.
CAMPUS SUR

JMRG/ISV 

AGRADECIMIENTOS.

A mis padres, MARIA FRIAS GARCIA y MIGUEL ARIAS BOCANEGRA, gracias por enseñarme los valores de la vida e impulsarme a seguir adelante, aun que el futuro sea incierto.

A mis hermanos, DAVID, MIGUEL, SILVIA, GUSTAVO, ARTURO, ANABEL, BERNARDO y JUDITH, por su incondicional apoyo y motivación para seguir adelante, en este largo caminar, que sin ellos no hubiese llegado hasta aquí, gracias por creer en mi.

A la familia, REYES DA SILVIA, por su apoyo y confianza depositada en mi.

A la licenciada MARIA DEL ROSARIO RAMIREZ CASTRO, agradezco profundamente el apoyo, confianza, paciencia y asesoría que tubo para iniciar y culminar el presente trabajo.

A mis compañeros de carrera, por ser parte mi formación.

A la UNIVERSIDAD LATINA, institución que me enseñó, el camino de la honestidad y rectitud con que deben de actuar los hombres.

A Dios por permitirme, terminar esta etapa de mi vida, y darme la oportunidad de compartir estos momentos, con los seres que más amo.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN

CAPÍTULO PRIMERO

ANTECEDENTES DE LA SUCESIÓN.....	1
1.1. La Sucesión en Roma.....	1
1.2. La Sucesión en el Derecho Español.....	10
1.3. La Sucesión en el Derecho Mexicano.....	18
1.3.1. Derecho Maya.....	18
1.3.2. Derecho Azteca.....	19
1.3.3. Código Civil de 1870.....	21
1.3.4. Código Civil de 1884.....	24

CAPÍTULO SEGUNDO

EVOLUCIÓN DEL NOTARIO PÚBLICO.....	29
2.1. Roma.....	32
2.2. España.....	36
2.3. México.....	40
2.3.1. Época Precolombina.....	41
2.3.2. Época Virreinal.....	43
2.3.3. México Independiente.....	44
2.3.4. Ley del Notariado de 1901.....	48
2.3.5. Ley del Notariado de 1932.....	49
2.3.6. Ley del Notariado de 1946.....	50
2.3.7. Ley del Notariado de 1979.....	51
2.3.8. Ley del Notariado de 1980.....	51
2.3.9. Ley del Notariado de 1999.....	52
2.4. Funciones del Notario Público.....	54

CAPÍTULO TERCERO

SUCESIÓN TESTAMENTARIA.....	67
3.1 Definición de Testamento.....	75
Testamento hecho ante los Comicios.....	77
Testamento hecho frente al Ejército.....	77
Testamento Mancipatorio.....	78
3.2. Características del Testamento.....	83
Acto Jurídico.....	83
Unilateral.....	84
Personalísimo.....	84
Revocable.....	85
Libre.....	86
Capacidad.....	87
Objeto.....	88
Acto de última voluntad.....	89
Solemne.....	89
3.3. Testamentos Ordinarios.....	90
Testamento Público Abierto.....	91
Testamento Público Cerrado.....	93
Testamento Público Simplificado.....	95
Testamento Ológrafo.....	98
3.4. Testamentos Especiales.....	99
Testamento Privado.....	99
Testamento Militar.....	100
Testamento Marítimo.....	102
Testamento Hecho en País Extranjero.....	103
3.5. Sujetos que Intervienen en la Sucesión.....	103
3.5.1. Autor de la sucesión.....	104
3.5.2. Herederos.....	105

3.5.3. Legatarios.....	107
3.5.4. Albacea.....	108
3.5.5. Interventor.....	112
3.5.6. Tutor.....	113
3.5.7. Acreedores.....	118
3.5.8. Deudores.....	119
3.6. Código Civil para el Distrito Federal.....	119

CAPÍTULO CUARTO

EL NOTARIO Y SU INTERVENCIÓN EN LA APERTURA DEL TESTAMENTO PÚBLICO CERRADO.....	124
4.1. Eficacia del Testamento Público Cerrado.....	126
4.2. Nulidad e Ineficacia del Testamento Público Cerrado.....	133
4.3. Análisis a los Artículos 166 y 167 de la Ley del Notariado Para el Distrito Federal.....	139
4.4. Requisitos Para la Apertura del Testamento Público Cerrado en el Código Civil Para el Distrito Federal.....	156
4.5. Formalidades que debe Observar el Notario para la Apertura del Testamento Público Cerrado.....	162
Competencia.....	164
Capacidad de los Herederos.....	166
Apertura del Pliego.....	169
Ministerio Público.....	174
Protocolización.....	176
4.6. Diferencias en la Tramitación de las Sucesiones entre Notario y Autoridad Judicial.....	178
4.7. Similitudes y Diferencias en el Testamento Público Cerrado y Testamento Público Abierto.....	183
Conclusiones.....	192
Bibliografía.....	197

INTRODUCCIÓN

Para que una sociedad evolucione y se desarrolle en los aspectos que la conforman como son social, económica, política y jurídicamente, ésta indudablemente requiere de la interacción entre los individuos que la integran, así como el intercambio de bienes y servicios entre los mismos, sin lo cual no podría desarrollarse, pues quedaría rezagada en comparación con otras sociedades en el mundo. Tal interacción provoca que cada uno de los individuos de la sociedad progrese, enriquezca y perfeccione su modo de vida. Con el transcurso del tiempo adquiere riqueza, conformada por bienes, derechos y obligaciones; dicha riqueza se acumula con la intención de que sea disfrutada por quien es el titular y los miembros de su familia.

La forma en que un tercero puede disfrutar del patrimonio acumulado por una persona, y que en algún momento formó parte de su riqueza, es a través del consentimiento que expresa quien es el propietario, y es aquí donde encontramos que el consentimiento y la voluntad de quien acumuló dicha riqueza, puede ser cumplida aun cuando deje de existir físicamente; este deseo de que sus bienes sean disfrutados por las personas que el designe y que muchas de las veces son los miembros de su familia, se puede dar a través del testamento, el cual puede ser de diversas formas.

Una persona puede suceder a otra de dos formas: en vida si ésta expresa su consentimiento de forma clara y observando las formalidades exigidas para tal fin, o por causa de muerte que puede ser a través de un testamento, en razón de que al fallecer una persona no se extinguen con ella sus bienes, derechos, deudas y obligaciones, sino que éstas subsisten y por tal razón deben de tener un sucesor.

La vida precadera del hombre obliga a establecer el destino de sus bienes para después de su muerte, pero el hombre no deja siempre bienes sino también deja cargas. El sentimiento moral y de generosidad que recubre las pertenencias de una

persona, provocan que éste establezca algunas disposiciones, cuyo cumplimiento procurará imponer a quienes le sobre viven.

La existencia de bienes, cargas, derechos o últimas disposiciones, se consagran en una institución del derecho que conocemos como testamento, el cual tiene como objetivo hacer saber la ultima voluntad del testador, con respecto a sus bienes y el destino que tendrán, así como la seguridad de los mismos.

La mayoría de la gente ve en las sucesiones un verdadero problema ya que al no tener conocimiento alguno sobre la materia, asocia las sucesiones con demasiados trámites, papeleos, discusiones y la consecuencia de experimentar una desintegración familiar, que a veces por el poco sentido común y falta de conciencia se produce, agregando a esto la falta de seriedad y conocimientos de los profesionales del derecho, que en ocasiones no atienden con la ética correspondiente este tipo de procedimientos.

En el entendido de que existen dos formas de suceder por causa de muerte: testamentaria y legitima, es en la primera en donde encontramos el pilar del presente trabajo, enfocándonos en el papel que juegan los fedatarios públicos en la tramitación para realizar la apertura de un testamento público cerrado y posteriormente la tramitación de sucesiones que deriven de un testamento de este tipo, ya que debe de ser objeto de un tratamiento especial tanto por Notarios como por Jueces de lo Familiar, primeramente para realizar la apertura del mismo así como la declaración de ser formal dicho testamento.

En cuanto a la forma de los testamentos nos enfocamos en el estudio y conocimiento del testamento público cerrado, en razón de que si es cierto que no es común, en la práctica existe y si se observan las formalidades exigidas por el Código Civil, éste puede tener eficacia, y surtir plenos efectos como el más común de los testamentos. Con la intención de establecer la importancia que tienen los notarios como dadores de fe, en la intervención y otorgamiento del testamento público cerrado, y por

consiguiente en la apertura de éste, se hacen notar las herramientas jurídicas con que cuentan para intervenir en este acto tan importantísimo en el campo de las sucesiones testamentarias.

La intención del presente trabajo no es limitar las facultades de los órganos jurisdiccionales, sino hacer notar que existen otras alternativas para hacer valer la ley y desahogar un poco el exceso de trabajo con que cuentan los jueces y, en particular, los jueces de lo familiar, en la tramitación de la apertura del testamento público cerrado, así como la continuación de la sucesión que se derive de éste; dichas alternativas son los notarios públicos por la capacidad jurídica y facultad fedataria con que cuentan, siendo las instituciones aptas para dar certeza y seguridad jurídica, de los actos y hechos pasados ante su fe.

La intervención de los notarios públicos es sumamente importante, como lo detallaremos en el desarrollo de este trabajo, en virtud de que es de interés público, ya que de forma directa o indirecta tienen relación con la muerte de las personas, cuando intervienen en la tramitación de algún tipo de sucesión, ya sea esta testamentaria o intestamentaria, siendo la muerte un hecho evidente de la naturaleza, el cual trae en forma inevitable consecuencias jurídicas.

En el primer capítulo de este trabajo contemplamos la evolución de las sucesiones desde sus orígenes, atendiendo al Derecho Romano, antecedente importante en el origen del Derecho Sucesorio contemporáneo; en este orden de ideas examinamos el Derecho Español, fuente importante y antecedente de nuestra actual legislación; por último, las sucesiones en el Derecho Mexicano como base de lo que hoy conocemos.

En el capítulo segundo hacemos referencia a la evolución del notario, desde los orígenes de Roma, pasando por la evolución que tuvo en España y su desarrollo en el Derecho Mexicano, así como las funciones que puede realizar para dar forma a la voluntad de las personas que solicitan sus servicios.

En el capítulo tercero analizamos y estudiamos los testamentos ordinarios, los cuales traen consigo la tranquilidad de quien los otorga, así como los sujetos que intervienen en la sucesión por vía testamentaria. Contemplamos las formas que pueden existir así como la legislación que la regula, el otorgamiento y legalidad de los mismos.

En el cuarto capítulo hacemos notar la intervención del notario para la apertura del testamento cerrado, así como las facultades e instrumentos jurídicos con que cuenta para poder intervenir en la tramitación de la sucesión que deriva de este tipo de testamento; también realizamos una breve pero precisa comparación con el testamento público abierto.

Al elaborar el presente trabajo tratamos de que se vea al notario como la respuesta concisa y clara, hacia la resolución de los diversos problemas a que se enfrenta a diario la sociedad con relación a los testamentos públicos cerrados, señalando al notario como el fedatario verdaderamente capacitado y con un profesionalismo bastante amplio, el cual dará soluciones a los problemas que se puedan presentar en el otorgamiento, apertura y tramitación del testamento público cerrado.

CAPÍTULO PRIMERO

ANTECEDENTES DE LA SUCESIÓN

1.1. SUCESIÓN EN ROMA.

Es inevitable mencionar a los romanos en algún momento de la historia jurídica, puesto que sus aportaciones al aspecto jurídico en materia de sucesión, son para casi todas las sociedades la base y esencia para alcanzar la armonía entre los miembros que la integran; es también importante saber como el pueblo romano regulaba lo referente a la materia de sucesiones, ya que nuestra legislación actual contempla instituciones en materia sucesoria que crearon los romanos, a fin de alcanzar la perfección en nuestra sociedad.

Para los romanos la sucesión se entiende en el sentido más sencillo de su connotación, que es ocupar el lugar de una persona o cosa. Al morir una persona, se trata de proteger los bienes que obtuvo y disfrutó en vida. La palabra sucesión proviene del latín *successio* y se usa precisamente para designar la transmisión de bienes que tiene lugar a la muerte de una persona.

Así, la individualización de la propiedad, al morir el dueño los bienes pasan a sus familiares siendo que la sucesión tiene propósito, de perdurar la propiedad después de la muerte del titular. Además se creó la transmisión hereditaria para garantizar las deudas a los acreedores del difunto, en el supuesto que el heredero continua como titular del patrimonio como si fuera el deudor.

La declaración de herencia o llamamiento a los herederos se podía efectuar de dos maneras: siguiendo la voluntad del causante conforme a lo que hubiera dispuesto en su testamento o, la ley suplía la voluntad del *de cuius*, estableciendo quienes eran los herederos y como debería de repartirse la herencia. En el primer caso se habla

de sucesión de vía testamentaria y en el segundo de vía legítima. Ambas se excluían ya que no podían aplicarse al mismo tiempo.

Este principio trajo como consecuencia que si el causante de un testamento, al instituir heredero o herederos, sólo lo hiciera para una parte de sus bienes, no se abriría la sucesión legítima para el resto, sino que los herederos testamentarios verían acrecentadas sus cuotas en la misma proporción que hubieran sido instituidos.

Las formas sucesorias están relacionadas en forma íntima con el Derecho de Familia, y es precisamente en la materia sucesoria donde se puede observar los cambios del Derecho Familiar. Sin embargo, el Derecho Sucesorio no debe considerarse como parte del Derecho Familiar, ya que no es indispensable que los herederos o legatarios, sean parientes del autor de la sucesión.

Todavía se discute cual de las dos clases de sucesiones es la más antigua, la sucesión testamentaria o la intestamentaria. Hay quienes creen que los romanos sólo conocieron la sucesión intestamentaria, lo mismo que los germanos y los griegos, y que fue introducida por la Ley de las XII Tablas. Pero esta opinión no esta de acuerdo con la preferencia que los romanos tuvieron por la sucesión testamentaria; para algunos historiadores el uso del testamento se dio desde la fundación de la ciudad romana. Para Eugéne Petit, “la sucesión testamentaria y la sucesión *ab intestato* han existido desde el origen de Roma, y la Ley de las XII tablas sólo ha hecho sancionar costumbres que estaban en vigor desde hacia ya tiempo¹”.

Los juristas del Derecho Romano clásico utilizaron el concepto de sucesión, solamente refiriéndose a la universal más no a la singular. Fueron los jurisconsultos post-clásicos influenciados sin duda por el jurista Gayo, los que aplicaron también el concepto de sucesión al adquirente *singulam res*. No sintieron escrúpulo alguno en considerar al comprador, legatario etcétera, como verdaderos sucesores y llamaron a esta sucesión *successio in unamres*.

¹ PETIT Eugene, Tratado Elemental de Derecho Romano, Edit. Época S.A de C.V., México D.F, pag 513

El jefe de familia era dueño de elegir, con la aprobación de los pontífices y de las curias, al continuador de su culto y persona civil, aunque los primeros siglos, era poco frecuente el uso de este derecho, pues habiendo hijos, todos podían recoger los bienes sobre los cuales ya tenían una especie de copropiedad, pero a medida que los lazos de familia se aflojaban y que las formas de los testamentos se hicieron más fáciles, casi siempre el *pater familias* testaba antes de morir.

Aunque los romanos tuvieron en gran consideración el derecho de testar, es exagerado decir que en Roma se tenía como deshonor morir intestado. Lo más deshonoroso era el no dejar heredero alguno, porque significaba el indicio de una mala sucesión. Por esta razón se encuentra justificada la preferencia de los romanos por la sucesión testamentaria, ya que consideraban, que el que testa y elige un heredero demostraba previsión y el deseo grande de conservar su honor. Aunado a esta circunstancia y protegiendo el deshonor del difunto el patrimonio de éste comprendía tanto el activo como el pasivo; este último con la característica de que mientras el dueño del patrimonio tuviera vida, sus acreedores tenían la garantía, no solamente de sus bienes presentes sino también de sus bienes futuros.

Si moría el titular de ese patrimonio, el Derecho Romano le daba un continuador al que se llamaba heredero que en su lugar quedaba como dueño del patrimonio y a su vez continuaba con las deudas como si el las hubiese contraído. Los acreedores encuentran en el un nuevo deudor y tenían como garantías su patrimonio unido al del difunto y el producto de su actividad en el porvenir. En ausencia de un heredero los acreedores se posicionaban de los bienes de la sucesión, vendiéndolos después en bloque y esta situación manchaba de infamia la memoria del difunto.

A decir de algunos autores, el jefe de familia sólo tenía libertad para testar sobre una parte de su fortuna llamada *pecunia*, podía disponer por legado sin institución de heredero. En cuanto al resto del patrimonio de familia este pasaba a sus herederos y no existiendo herederos, el jefe de familia escogía a uno de los ciudadanos para que

recogiese y se hiciera cargo de la familia después de su muerte, sometiendo esta elección a la aprobación de los pontífices y las curias.

En el Derecho Hereditario romano, la sucesión mortis causa la definían como “la transmisión a uno o varios herederos de un patrimonio perteneciente a un difunto, autor o causante de la herencia se le designaba como el *de cuius*, por abreviatura de la frase latina *de cuius hereditate agitur*, es decir, de cuya herencia se trata²”.

El Derecho Romano ofrecía tres tipos de sucesiones: la vía legítima que era la más débil; la vía testamentaria, la cual era más fuerte que la legítima y la vía oficiosa que era la más fuerte de todas, podía corregir la repartición en un testamento. Según el sistema romano, la vía legítima y la testamentaria no podían aplicarse al mismo tiempo, salvo algunas excepciones. Dentro de las excepciones encontramos que se autorizó a los soldados que hicieran un testamento sólo por parte de sus bienes distribuyéndose el resto por la vía legítima; otra excepción se presentaba si el Pretor anulaba un testamento, a un que conservaba algunas disposiciones testamentarias como legados a favor de la viuda o desheredaciones mientras que lo demás se repartía por vía legítima.

Posteriormente sólo prevalecieron dos tipos de sucesiones: la legítima y la testamentaria. Así el llamamiento a los que tuvieran derecho a heredar se realizaba de estas dos formas, siguiendo la voluntad del causante conforme a lo que hubiera dispuesto en su testamento, o en su defecto la Ley suplía la voluntad del autor de la sucesión estableciendo quienes eran los herederos y cómo deberían de repartirse la herencia. Estas formas no se podían aplicar al mismo tiempo, de ahí el principio de que nadie puede morir parte testado y parte intestado. “La sucesión legítima quedó consagrada en el derecho romano antiguo en la legislación de las XII tablas, y fue corregida por el pretor, por el Derecho imperial, para terminar con la reglamentación que de ella hizo Justiniano. En la sucesión legítima, las XII tablas disponía que

² MORINAEAU IDUARTE Martha, IGLESIAS GONZÁLEZ Román, Derecho Romano 4ª. Edición, Edit. Oxford México 2000, pag, 211.

cuando una persona moría sin haber testado, se llamarían a los siguientes herederos, primero a los descendientes del de *cuius* que estuvieran bajo su potestad al momento de su muerte, incluyendo a los hijos póstumos, luego la esposa y por ultimo la nuera, ocupando la esposa el lugar de una hija y la nuera el de una nieta³.

Así mismo las XII tablas preveía que la sucesión legítima se ofreciera a los siguientes herederos: en primer lugar a los *heredes sui*, herederos de si mismos, que eran los hijos del difunto, los nietos del difunto en caso de muerte previa del padre de ellos, y también los póstumos, siempre que hubieran nacido dentro de los trescientos días contados a partir de la muerte del de *cuius*.

A falta de los *heredes sui*, la herencia se ofrecía a los agnados, es decir, a los parientes por línea masculina. Las personas por línea femenina unidas al difunto, no contaban para la sucesión legítima, ni siquiera los más cercanos. Un agnado de décimo grado podía recibir la herencia por vía legítima, pero un hijo no podía recibir por esa misma vía la herencia de su madre, siempre que ella no se hubiera convertido en agnada de sus hijos mediante una *conventio in manim*. Las mujeres en caso de ser agnadas del de *cuius* deberían de tener con el difunto un parentesco de cuando menos dos grados, por tanto en algunas ocasiones se prefería al agnado de décimo grado que a la agnada de tercer grado. Tratándose de agnados no se repartía la herencia por estirpes, se ofrecía al agnado de grado más cercano repartiéndola por cabezas en el caso de encontrarse varios agnados en el mismo grado. Si uno de ellos rechazaba la herencia los demás obtenían porciones mayores y si todos la repudiaban, no se ofrecía a los agnados de grado mas próximo, si no que se declaraba que ningún agnado tenía derecho a la herencia y se ofrecía esta a la *gens*.⁴

³ Idem.

⁴ No se sabe si esta organización tenía bienes, si eran así las sucesiones de sus miembros, a falta de herederos testamentarios y agnados o en caso de repudiación por los agnados más cercanos, deberían de haber entrado en el patrimonio gentilicio. FLORIS MARGADANT S. Guillermo, El Derecho Privado Romano, 21ª. Edición, Edit. Esfinge S.A de C.V., México 1995 pag 457.

Algunos autores creen que no era la *gens* como tal la que heredaba, sino los herederos como miembros individuales de la *gens* que tenían un derecho de *ocupatio*. Por la creciente influencia de la *civitas*, la *gens* decae en los últimos siglos republicanos y este privilegio sucesorio desaparece al comienzo de la época imperial como se ve en Gayo.

En cuanto al Liberto⁵ podía tener *heredes sui*, pero podía tener agnados por línea ascendente o colateral. Como las relaciones de parentesco anteriores a la manumisión no tenían efectos para la sucesión legítima, a falta de *heredes sui* sucedía los manumitentes o los herederos de éste.

La sucesión legítima en el derecho pretoriano, con el *ius civile* no satisfizo, cuando la antigua ideología religiosa que era la base de la agnación comenzó a perder vigor. La conciencia popular comenzó a exigir que la sucesión legítima se inspirara en el presunto efecto que domina las relaciones familiares y que se concedieran derechos a los parientes por vía femenina, al hijo emancipado o a la madre que no se hubiera casado y a la viuda. También comenzó a considerarse injusta la prohibición de la sucesión de grados en materia de agnación, es decir, el hecho de que en caso de una repudiación de herencia de los agnados de grado más cercano, esta se ofrecía inmediatamente a la *gens* en vez de ser ofrecida al grado siguiente entre los agnados. Estas disposiciones trajeron consigo quejas contra el *ius civile* e intervino el pretor, no cambiándolo ya que no tenía las facultades para ello pues esto correspondía a los legisladores; aunado a esta limitante, tampoco era voluntad del pretor cambiarlo pues los romanos eran una comunidad tradicionalista. Para minorizar las quejas paralelamente al *ius civile* construyeron instituciones jurídicas más equitativas. Estas encontraban su fundamento en las acciones y excepciones que el pretor concedía para la eficacia procesal de las figuras jurídicas por él ideadas.

⁵ Liberto: Era aquel que alguien sacó de la esclavitud, convirtiéndole en ciudadano romano de propia iniciativa o por necesidad por que se le encomendó su manumisión, pues se le admite también en su legítima herencia de éste. IGLESIAS REDONDO Juan, Diccionario de Definiciones y Reglas de Derecho Romano, Edit. Mc Graw Hill, Madrid España 2001, pag 62.

Una vez realizados estos cambios, el pretor se declaraba dispuesto a entregar por orden de preferencia la *bonorum possessio* (posesión de los bienes), a las siguientes personas⁶:

Primero a los *liberi* que eran los hijos. Esta categoría correspondía a los *heredes sui* pero comprende a los emancipados, puesto que la emancipación ya no era un castigo sino un favor que se hacía a un hijo que quería tener la libertad de trabajar por cuenta propia.

En segundo lugar los *legitimi*. Este grupo comprendía a todos los que podían recibir la herencia por vía legítima, de acuerdo con el *ius civile*. En la época de florecimiento del derecho pretoriano este grupo de los *legitimi* correspondía prácticamente al de los agnados.

En tercer lugar a los *cognados*. Aquí se da un gran avance pues la madre ya tenía una posibilidad de heredar, aunque lejana de recibir *abintestato* la herencia de su propio hijo; a demás el hijo tenía una posibilidad de heredar a su madre casada.

Por último, cuando no había ningún heredero legítimo dentro de las categorías anteriores, la herencia se ofrecía a la viuda o al viudo. En caso de la *manus* el viudo no podía recibir una herencia de su esposa ya que ésta no podía tener un patrimonio propio. Por su parte la viuda *cum manu* recibía, una porción de la herencia del marido por tener la posesión jurídica de una hija.

De estas cuatro categorías el pretor prefería, la primera, es decir, la de los hijos y sólo cuando no encontraba herederos pasaba a la segunda y así sucesivamente, lo que se denominaba *successio ordinum*. Dentro de la primer categoría se repartía por

⁶ FLORIS MARGADANT S. Guillermo, El Derecho Privado Romano, 21ª. Edición, Edit. Esfinge S.A de C.V., México 1995, pag 458.

cabezas, si todos los *liberi* eran del primer grado y por estirpes, y luego dentro de cada grado por cabezas si los *liberi* eran de grados diferentes.

Cabe mencionar que la intervención del pretor mejoró bastante el sistema de la sucesión por vía legítima. Sin embargo el sistema pretorio tenía también sus defectos. En primer lugar la sucesión legítima entre madre e hijos o viceversa se realizaba cuando el difunto no tenía agnados o cuando los agnados del grado más cercano se negaban a aceptar la herencia, de manera que se presentaban todavía casos en los cuales un agnado de grado, relativamente lejano era preferido a los propios hijos o a la propia madre. También parece un poco injusta la desfavorable posición de la viuda o el viudo.

En la época imperial se realizaron algunas correcciones, en la vía legítima, entre las que se encontraba lo que hizo el senado y que era el defecto máximo del derecho pretoriano, o sea la desfavorable posición de los hijos respecto de la madre casada *sine manu* y viceversa.

En tiempos de Adriano, un senadoconsulto Tertuliano, dispuso que a falta de testamento, y de *heredes sui* del difunto, se ofreciera la herencia primero al padre, luego a los hermanos y si resultare que estos también faltaban, a la madre conjuntamente con las hermanas. En otras palabras, se excluye a la madre de la categoría de los cognados, para colocarla en una de las primeras filas de orden anterior de los *legitimi*. Poco después Marco Aurelio, un senadoconsulto Orfitiano introdujo a favor de los hijos, respecto de la herencia materna un privilegio parecido al que concedía el senadoconsulto Tertuliano a las madres, trasladó a los hijos del grupo de los cognados al primer rango de los *liberi*, considerándolos como si fueran *heredes sui*, respecto de su madre⁷.

En el Derecho Justiniano, la reforma necesaria en materia de sucesión finalmente se da en la época del emperador Justiniano y cristalizó en las denominadas novelas

⁷ FLORIS MARGADANT S. Guillermo. Op. Cit. pag, 460

118. La base del nuevo sistema es el parentesco moderno por ambas líneas, y no hay ninguna distinción por sexos, además de que la *hereditas* y la *bonorum possessio* se equiparan acabando con el tradicional dualismo en esta materia. La vía legítima del Derecho Justiniano buscaba como fundamento el afecto que normalmente existe entre parientes, llegando a resultados que en caso concreto no armonizaban con las relaciones afectivas que realmente existían⁸.

Así mismo Justiniano estableció para la concubina y sus hijos, el derecho a alimentos así como a una sexta parte de la herencia, según hubiera concurrencia con hijos legítimos o no. Si no se encontraba ningún heredero legítimo, la herencia vacante iba al fisco, pero si se trataba de un soldado se aprovechaba la legión a la que pertenecía de sus bienes en caso de que no hubiera herederos reconocidos y de un sacerdote la iglesia.

Justiniano ofreció una base para la sucesión legítima a la cual el Derecho moderno tuvo que aportar pocas correcciones. Las mejoras realizadas por el Derecho moderno fueron⁹:

- Una posición más favorable para el cónyuge supérstite.
- La disposición de que los medios hermanos pertenezcan al mismo rango que los hermanos, con la diferencia de que solo reciben el cincuenta por ciento de lo que recibían estos.
- La introducción, aun más halla de los hijos de hermanos, del sistema de representación en relación con los colaterales.
- Una limitación de la herencia por vía legítima a un máximo de cuatro grados.

Si la justificación del sistema Justineano y moderno era el presunto afecto dentro de la familia, no había por qué tener en cuenta los derechos de un pariente de décimo

⁸ Idem.

⁹ FLORIS MARGADANT S. Guillermo. Op. Cit. Pag, 462

grado, ya que probablemente el de *cuius* ignoraba su existencia, con lo cual faltaba ahí el argumento del presunto afecto.

1.2. LA SUCESIÓN EN EL DERECHO ESPAÑOL.

El Derecho Español, a través de la historia se formó, inspirándose en modelos y categorías jurídicas de otros países, que han servido para formar su sistema jurídico. Al igual que el Derecho Romano es fuente inspiradora para asentar las bases que influyeron en la legislación de nuestra sociedad.

En el Derecho Español su estructuración legislativa se encontraba influenciada por las corrientes más importantes de la historia jurídica, como son el Derecho Romano, el Derecho Germánico, el Canónico y en un grado muy importante influyó la religión católica; así mismo, se encuentra dividido en varios fueros como las Leyes del Toro, el Fuero Juzgo Imperial, las Novísimas Recopilaciones, las Leyes de las Siete Partidas, las Leyes de Estilo, Las del Ordenamiento Real, entre otras. El Fuero Juzgo de la Monarquía Goda, era uno de los más célebres e importantes documentos de la época, la cual sucedió a la caída del imperio romano.

Es notable la influencia de la tradición jurídica germánica en la formación del Derecho Civil Español; en la edad media en León, Castilla, Aragón, Navarra y Portugal, después de la invasión árabe se sigue considerando que no existen transmisiones gratuitas de bienes, idea que sin duda procede del antiguo *Launeglid* de los longobardos.

No se sabe casi nada de la etapa pret-romana. Antes de la vigencia de la *Lex Romana Visigothorum*, para transmitir los bienes por causa de muerte se articuló un sistema que posteriormente se denominó, *donatio post obitum*. Luego por la influencia del derecho romano se iría introduciendo lentamente la sucesión testamentaria.

En el Derecho Español son pocas las fuentes que han abordado el tema de petición de herencia. Se puede afirmar que en el fenómeno del Derecho Romano, hay una ausencia prácticamente total de textos que se refieren a las sucesiones y la petición de herencia, aunque esto no parece significar que no fuera objeto de ejercicio, pues existen indicios de la supervivencia de acciones posesorias y acciones petitorias. Como lo habíamos mencionado la *Lex Romana Visigothorum* promulgada el año 506, de la era cristiana y vigente hasta la promulgación del *Liber iudiciorum* destaca por ser el primer texto del que se tiene noticia, en la península española, el cual contiene un breve ensayo de las sucesiones. Así, desde la *Lex Romana Visigothorum* hasta la recepción del Derecho Romano, exactamente hasta la legislación de Partidas, hay un vacío legal por lo que respecta a la petición de herencia.

Por otra parte en el Código de Eurico se establecía que a falta de descendientes, los bienes de que el testador no pudiera disponer libremente, se repartirán en favor de los ascendientes de acuerdo con la regla *paterna paternis, materna maternis*¹⁰. Se podía observar en algunos fueros locales y territoriales una preponderancia del elemento germánico, combinado con el respeto a cierta autonomía privada del testador por la influencia del Derecho Romano y Canónico.

En Navarra, a modo de reliquias legislativas hallamos alusiones a la acción de petición de herencia en algunos fueros pertenecientes a la familia Navarra. En concreto el capítulo VII del título IV, libro II, del Fuero General de Navarra se establecía que los hijos habidos en matrimonio desigual de Hidalgo e Infansona, no podían pedir la herencia de su padre o madre muertos, hasta cumplir la edad de siete años, aunque el pariente más cercano podía demandar los derechos de tales hijos. El capítulo XIX del mismo título, reitera la edad de siete años para que los hijos, muerta la madre pudieran pedir su parte de la herencia.

¹⁰ ROMÁN GARCÍA Antonio, Derecho de Sucesiones, Instituciones de Derecho Civil Español VII, Edit Mc Graw Hill, Madrid España 1999, pag 8.

El verdadero acontecimiento legislativo, por lo que respecta a las sucesiones, tiene lugar en el Derecho Español con el Código de las Siete Partidas, el cual se erige en el vehículo impulsor de la recepción del Derecho Romano y del Canónico en Castilla, constituyendo la manifestación más importante de la obra jurídica del rey sabio, a pesar de que su sanción no se produjo hasta el Ordenamiento de Alcalá, en 1348, al declararse en su título 28 que, dentro del orden de prelación de fuentes de derecho castellano, deberían de aplicarse los fueros municipales, y en último término el Código de las Partidas, razón por la cual se ha afirmado que fue una obra para el futuro.

En la historia del Derecho Español, los proyectos de Código Civil de 1821 y de 1851, ya contemplaban la petición de herencia; el párrafo 1º. Del artículo 835 del Código Civil de 1851, ubicado en materia de sucesiones, dispuso que “el derecho para aceptar o renunciar la herencia, no habiendo terceros, prescribía por el mismo tiempo que las otras acciones reales”, pero sin señalar que acciones eran a las que se refería, aunque se deducía que era a la petición de herencia

En Castilla las Partidas fuertemente influenciadas por el Derecho Romano, harán que se considere necesaria la institución de heredero, la aceptación de la herencia, hacen incompatible la sucesión testada y la sucesión intestada e implementa el sistema de sucesión legítima del Derecho Romano posclásico, que obligan a observar las formalidades testamentarias; de esta manera se vuelve al más puro Derecho Sucesorio Romano. Sin embargo, el Ordenamiento de Alcalá de 1348, más influenciado por el Derecho Canónico, revivirá el respeto a la voluntad del testador, suprimiendo la exigencia de la institución de heredero, provocando la incompatibilidad entre las sucesiones testadas e intestada y flexibilizara las formas testamentarias.

Por su parte las denominadas Leyes del Toro tenían una serie de disposiciones muy interesantes sobre testamentos, legítimas reservas y sobre la mejora de los mayorazgos. La Nueva y la Novísima Recopilación modifican esencialmente la

situación, aunque amplían la regulación sobre testamentos, mayorazgos y ejecución de últimas voluntades.

Además en la Baja Edad Media se irán perfilando las instituciones sucesorias propias de los derechos forales, Derecho Catalán, Balear y Navarro, fuertemente influenciado por el Derecho Romano.

Los mayorazgos era “una institución por la cual se separaba un conjunto de bienes de un patrimonio para formar una unidad inalienable, que se vinculaba a perpetuidad a una determinada familia y se transmitía a un orden sucesorio especial”. Basado en la voluntad del fundador o al orden adoptado en las partidas para la sucesión de la corona, el mayorazgo apareció en la baja edad media castellana; desde fines del siglo XII los monarcas concedieron a ciertos nobles el privilegio de los llamados juro de heredada, en las que las heredades o villas se transmitían de primogénito a primogénito durante los siglos XII, XIII, XIV y XV, alcanzando un gran desarrollo entre los nobles castellanos que deseaban perpetuar su linaje. Este sistema tuvo como consecuencia el aumento del poder del testamento nobiliario, mediante la concentración de la riqueza territorial y el acaparamiento de los cargos públicos y eclesiásticos. Las Leyes del Toro de 1504, contempladas por diversas Leyes de Cortés, posteriormente transformaron los Mayorazgos, de privilegios de nobleza que necesitaban autorización de la corona en institución de derecho común.

En cuanto a la forma del testamento, la forma testamentaria se impuso ante escribano tanto en las Partidas como en el Ordenamiento de Alcalá; este último lleno de espíritu consensualista, ya que establecía que cada quien se obligo en la forma que quiso y así la Ley Única del Título 16av, establecía “ que aquel que se hubiese obligado a algo, no se podía aducir la falta de forma o solemnidad ni falta de intervención de escribano público, pues la obligación contraída y el contrato aceptado

valía y debía ser otorgado en cualquier manera que parezca que quisiera a obligar a otro¹¹”.

En esta época la escritura llega a ser de mayor importancia, pues para entonces el mero consentimiento del Derecho Canónico ya había transcurrido lo suficiente para demostrar los inconvenientes propios de un sistema jurídico cuya seguridad descansaba en el cumplimiento moral del obligado como la popularización del arte de leer y de escribir, la cual trae consigo los escribanos o Notarios, que ya en el siglo XII se les consideraba representantes de la fe pública.

Así también en el Derecho Canónico influyó para favorecer el derecho de testar, simplificando las formas de los testamentos y exaltando los vínculos de sangre. Esta libertad de testar fue sustituida por el sistema de sucesión legítima, que en su momento ya existía, así mismo aumentaron las formas de testamento.

El concepto de sucesión que se tenía en España era de un uso más restringido que en la actualidad, pues sólo se refería a la sucesión legítima y no comprendía los actos de disposición voluntaria. Lo que caracteriza a la reconquista española es el desplazamiento y olvido de la adquisición testamentaria a título universal, debido a la difusión y arraigo de la comunidad que estimuló e impulsó la sucesión del grupo familiar.

En esta sucesión familiar no había propiamente una transmisión libre de bienes como el testamento romano, sino sólo un cambio de titularidad¹²; el heredero era considerado como tal en la vida del titular de los bienes y tenía al menos un verdadero derecho potencial que se concretaba a la muerte del propietario, si éste no disponía de los bienes.

¹¹ BORJA SORIANO Manuel, Teoría General de las Obligaciones, 6ª. Edición, Edit. Porrúa, México 1968, pag. 215.

¹² GRACIANO GALLO, Alfonso, El Problema de la Sucesión Mortis Causa en la Alta Edad Media Española. Edit. Bosch, Madrid, 1959, pág.17

Esta sucesión familiar no recaía, sin embargo, sobre todos los bienes del titular, se limitaba a los inmuebles recibidos por sucesión, denominados de abolengo. Estos bienes tenían un origen y destino familiar, y en caso de no existir descendientes le correspondía a los parientes de la rama de donde los mismos provenían. Fue tanta la fuerza de este predominio familiar que aun cuando después empezó a insinuarse la concepción individualista de la propiedad, se mantuvo la exigencia del conocimiento familiar para las enajenaciones de estos últimos inmuebles, ya fuera por venta o por donación.

Una de las características del Derecho Sucesorio en España radicaba en el entonces concepto de herencia, distinto del que había predominado en el derecho romano y en la época visigoda, distinto también del que se impondría luego de la recepción del derecho común a partir del siglo XII. La herencia era considerada como “el conjunto de bienes dejados por el difunto¹³”. La unidad de la herencia fue sustituida por la concepción pluralista que partía de la persona muerta, distinguiendo los muebles de los inmuebles, lo de abolengo de las ganancias y los propios de los concebidos en testimonio. La sucesión no se defendía exclusivamente en forma unitaria atendiendo a la circunstancia de constituir un solo patrimonio, sino de acuerdo a la condición de cada uno de los bienes que integraban el haber hereditario del difunto.

El Fuero Real redactado entre 1252 y 1255, principalmente en base del Fuero de Soria, conservaba en gran parte el Derecho Sucesorio de la Alta Edad Media, empezando por una regulación no demasiado extensa de la cuestión, pero introducía algunos principios que parecen responder a la recepción romana, carácter revocable de las donaciones *mortis causa*, apartándose así de las formas de las donaciones irrevocables, características de la época. En donde el Derecho Sucesorio fue objeto de una integra regulación, de manera diferente a la época anterior, es en las mencionadas Partidas, que se convirtieron en la principal fuente legislativa en la materia, extendiéndose su hegemonía a través de toda la Edad Moderna y

¹³ ANSUATEGUI VICTOR Tau, Esquema del Derecho Sucesorio del Medioevo Castellano siglo XIX, Edit La Ley, Buenos Aires 1971, pág. 25.

alcanzando al propio siglo XIX. La única Ley sobre la materia la encontramos contenida en el Ordenamiento de Alcalá, la cual favorecía la celebración y validez de los testamentos, al disminuir el número de testigos requerido y admitir las mandas contenidas en el testamento, aun cuando no se hubiera instituido heredero.

Según las Leyes de Partidas, el testamento podría ser expresado por palabra o escrito en presencia de un número determinado de testigos; la importancia de la intervención de los testigos caracteriza al Derecho Español antiguo y de ahí la constante preocupación que se demostraba en la calidad de las personas habilitadas para actuar como tales. En las Partidas se enmarcaban los requisitos y cualidades que deberían de tener los testigos para que pudieran intervenir en los testamentos. Sin menoscabar en modo alguno esta preocupación calificadora del testimonio del testigo, la tendencia del Derecho local expresada en el Ordenamiento de Alcalá, fue la reducción de testigos de siete a tres en los testamentos nuncupativos celebrados ante escribano y a cinco si no actuaba el notario.

Una Ley de Partida¹⁴ ofrecía un modelo de “carta de testamento”, realizada ante escribano, ésta era sin duda la manera más frecuente de expresar la última voluntad, si tenemos en cuenta que los actos notariales abarcaban en Castilla, al menos desde el Siglo XVI, un campo mucho mayor que en la actualidad. Casi todos los actos o negocios jurídicos requerían por imposición legal, simplemente por una práctica arraigada la intervención de un Notario, lo que no era difícil dada la abundancia de escribanos, aun en pueblos de reducido vecindario y el bajo costo de su intervención.

Con relación al principio de libertad para testar se encuentran varias limitaciones, derivadas de la protección a la familia del testador. Estas limitantes se presentaban principalmente cuando el testador tenía descendientes o ascendientes legítimos; la restricción tenía un antiguo origen y en el Derecho Español ofreció una interesante transformación. Mientras el Fuero Juzgo, fueros municipales y el Fuero Real sólo restringían las facultades de disponer de los bienes cuando hubiese descendientes

¹⁴ANSUATEGUI Víctor Tau, cita a la Ley 103, título XVIII, Partida tercera.

legítimos, la tendencia fue extender esa limitación a los casos en que existieran ascendientes.

En cuanto al monto de esa limitación se observaban dos tendencias: la primera llamada tradicional, permitía al testador disponer de sólo un quinto de los bienes existiendo descendientes legítimos, y la segunda llamada legítima romana, fue introducida por las partidas, la cual admitía una mayor disponibilidad al testador, pues la parte intocable de los hijos legítimos era de un tercio, si fueran cuatro hijos y lo obligaban a dejar la mitad de sus bienes si el número de hijos era mayor.

Otra de las limitaciones que tenían los españoles para disponer libremente de sus bienes, era la cuarta marital, siendo la porción reservada a la viuda pobre; esta disposición también fue introducida al Derecho Español por las Partidas.

Además otra institución similar a la cuarta marital, la encontramos en la denominada "Mejora", que era la legítima de los hijos y descendientes y que constituía dos terceras partes del haber hereditario del padre y de la madre, no obstante podrán estos disponer de una de las partes de las dos que forman la legítima para aplicarla como mejora a sus hijos o descendientes. El padre o la madre podrán disponer en concepto de mejora a favor de alguno o algunos de sus hijos o descendientes, ya lo sean por naturaleza, ya por adopción de una de las dos terceras partes destinadas a la legítima¹⁵.

Históricamente la más remota referencia de Mejora se observa en la Ley Dum Inlicita de Chindasvinto en el siglo VII, ley que se incorporaría al Fuero Juzgo IV, V, I. Esta ley reservaba a los ascendientes una facultad de disposición mortis causa, de una quinta parte de los bienes, considerando que un décimo sería la parte susceptible de destinarse a Mejora. De este modo se armonizaba el derecho Visigótico, combinando la amplia libertad de disponer mediante testamento, propia de la población

¹⁵ La legítima: era una cuota o porción del patrimonio hereditario a favor de ciertos parientes en línea recta, y del cónyuge que al morir su causante no se hallare separado o lo estuviere por culpa del difunto.

romanizada, con los principios que fundamentan la sucesión forzosa entre los pueblos germánicos. Posteriormente se elevara la cuantía de la Mejora a un tercio, que a finales del siglo XIII no se calculaba sobre la totalidad del patrimonio relicto, sino que suponía una fracción en función de las cuatro quintas partes de la herencia legítima de los descendientes, pudiendo el testador disponer libremente sobre el quinto sobrante.

Su regulación no se contempla en las Leyes de Partidas, pero si en las Leyes de Estilo y en el Fuero Real y Leyes de Toro, en las que se emplea la controvertida fórmula Mejora de tercio y quinto, que luego pasara a la Nueva y Novísima Recopilación y que la doctrina interpretara, posteriormente, distinguiendo el tercio de Mejora como parte de la legítima de los descendientes y el quinto de libre disposición del testador.

A fin de armonizar las legislaciones existentes en España, sobre la materia, la Comisión General de Códigos ofreció una fórmula más transaccional y abierta, en función de la cual el caudal de los ascendientes debería de ser dividido en tres partes iguales, constituyendo una la legítima de los hijos y descendientes, disponiendo el testador de otra a su albedrío, destinando el tercio restante a la sabia institución de Mejora.

1.3. LA SUCESIÓN EN EL DERECHO MEXICANO.

1.3.1 Derecho Maya¹⁶.

En virtud de que la cultura maya fue una de las culturas más desarrolladas, en todos los aspectos, en el aspecto jurídico desarrollaron el derecho de familia, en el cual se encontraba bien delimitado lo respectivo a las sucesiones.

¹⁶ FLORIS MARGADANT S. Guillermo, Introducción a la Historia de Derecho Mexicano, 21ª. Edición, Edit. Esfinge S.A. de C.V., Naucalpan Estado de México 1999, Pág. 21.

La herencia se repartía entre la descendencia masculina fungiendo la madre o el tío paterno como tutor, en caso de minoría de un heredero. En la entrega de las cuotas hereditarias intervenían las autoridades locales. Se sabe que cada familia recibía, con intervención de los sacerdotes, una parcela de 20 por 20 pies, que eran aproximadamente 37 metros cuadrados, para su uso personal, parece que fuera de esta parcela la tierra se cultivo bajo un sistema colectivo, pero se ignora si en caso de defunción del jefe de familia, esta parcela la recuperaba la comunidad, se repartía entre los hijos o se entregaba a algún hijo privilegiado.

1.3.2 Derecho Azteca.

El pueblo Azteca, en materia de sucesiones, fue menos sujeto al arbitraje de la elite dominante y más apegado a las tradiciones de la época. En el matrimonio, aunque poligámico una de las esposas tenía la preferencia sobre las demás, y tal preeminencia también se manifestaba en la situación privilegiada que tenían los hijos, en caso de la repartición de la sucesión del padre¹⁷.

Esta característica de asociar la sucesión en el ámbito de la familia cedió por la gran influencia de España, una vez que se dio la colonización. Es necesario tener esto en cuenta cuando los historiadores se refieren a la organización familiar en la cultura Azteca, asociándola con la clase noble.

Lo que se entendía como familia para los europeos no podía entenderse para los Aztecas. Los europeos entendían la familia asociándola con la nobleza, es decir, una familia antigua, distinguida con un nombre propio, usado por los suyos de generación en generación. Entre los Aztecas no existió nombre de familia, ya que para ellos todos los miembros formaban una sola comunidad. No existía la familia de los Moctezuma ni de los Cuitlahuac, ni de los Cuauhtémoc. Fueron los españoles que para crear la entidad de familia, convirtieron nombres individuales en familiares, y a partir de la introducción del Derecho Español ya encontramos los nombres de

¹⁷ FLORIS MARGADANT S. Guillermo, Op. Cit. Pag 32.

Moctezuma, Ixtlixochitl, Tezozomoc, etcétera, convertidos en apellidos y sirviendo para identificar a la familia a través de generaciones.

Los Aztecas utilizaban términos más característicos de una familia, como son: *padre (tatli, madre (natli), hijo (piltzin, pipiltzin o telpuch), tío (tlati), hermano mayor (techcauh) hermano menor (teiciauh), hermana mayor (teneltiuh)*, pero no existía la palabra abuelo o abuela, que se designaban, respectivamente, con los nombres genéricos de *coli, (viejo) y teci, (vieja)*¹⁸.

Había poca fuerza en el sistema de familia y en algunos caso ni siquiera se consideraba como tal. Para heredar a la monarquía debía de elegirse al rey entre los hermanos del muerto, y si no había hermanos entre los hijos predecesores del finado, que según las características y cualidades mostradas entre estos, era considerado el más digno de ponerse a la cabeza del pueblo Azteca..

Sin embargo, aunque no estaban bien determinada la figura de la familia como tal, si existían las clases sociales, y se ejemplificaban perfectamente estas al momento de heredar las tierras que poseían. Las tierras estaban divididas en tres clases¹⁹:

A).- Las de la corona *tecpantlalli*, que eran repartidas y en su caso heredadas entre los altos servidores del monarca llamados *tecpanpouhqui o tecpantlaca*, gente del palacio que tenía en usufructo, a cambio de ofrecer flores al monarca y pájaros en reconocimiento de señorío.

B).- Las tierras que el rey repartía a los miembros de su familia, las que se transmitían por herencia al hijo mayor, constituyendo un mayorazgo, al menos así se podía entender, o bien, a los guerreros que se distinguían por sus hazañas y también pasaban de padres a hijos.

¹⁸ OBREGÓN ESQUIVEL T, Apuntes para la Historia del Derecho, en México tpmo 1º., 2ª. Edición, Edit. Porrúa, México 1984, pag 152Mc Graw Hill, Madrid España 2001, pag 154.

¹⁹ OBREGÓN ESQUIVEL T, Op. Cit. Pag 179

C).- Por último las tierras destinadas al sostenimiento del culto, de los sacerdotes y construcción y reparación de los templos, se les llamaba *teotlapan*, o tierras de los dioses.

En materia sucesoria, la línea masculina excluía la femenina. La vía legítima se podía modificar por el de cuius, basada en la conducta irrespetuosa, cobarde, pródiga, etc., de los perjudicados por tal decisión. Entre los nobles existían sistemas sucesorios especiales al estilo del mayorazgo europeo.

1.3.3 Código Civil de 1870²⁰.

No siendo la finalidad estudiar todas y cada una de las culturas prehispánicas, daremos un salto en la historia, hasta la creación del Código Civil de 1870, ya que en tiempos de la conquista el derecho que dominaba en nuestro país era el Derecho Español, en virtud de que nuestro territorio era una colonia de la Corona Española. Por lo que se refiere al México Independiente a partir de 1810 hasta 1867, la lucha por el poder gubernativo no dejó que las instituciones pudiesen desarrollarse y es hasta 1870, cuando se empieza a configurar nuestro derecho como actualmente es conocido.

Una vez que “términa” la lucha por el poder, nuestro país logra tener un tiempo de paz en que las instituciones se empiezan a dar y a consolidar, estableciéndose el primer Código Civil de nuestro país; ya consumada la independencia en 1821, el Estado requería de una organización política propia, siendo que los esfuerzos legislativos tendieron a la creación de las normas jurídicas básicas, dando origen a la primera Constitución Federal de nuestro país en 1824.

Algunos intentos surgieron a nivel de las entidades federativas que dieron como resultado la creación de Códigos Civiles o proyectos de estos, a nivel local. En cuanto al Distrito Federal y Territorios Federales, tuvieron que esperar hasta el año

²⁰ MONTERO DUHALT Sara, Derecho de Familia, Edit. Porrúa, México 1987, pags 209 y 210.

de 1870 para que surgiera el primer Código Civil, entrando en vigor el primero de marzo de 1871, que trajo como consecuencia la unificación en materia Civil en todo el Territorio de la República, pues con variantes ligeras de cada entidad federativa, sirvió de modelo a todas ellas para elaborar sus Propios Códigos Civiles.

Cabe mencionar que una de las características importantes de este Código, es que se aparta del derecho francés y del español, en cuanto a que modifica el sistema por lo que se refería al heredero, estableciendo que este ya no sería responsable de las deudas hereditarias sino hasta donde alcanzara la cuantía de los bienes, es decir, se establece el beneficio de inventario.

Una vez terminado este Código, correspondió al artículo 3370 la normatividad y definición del concepto de testamento, estipulando que:

“Artículo 3370.- Testamento es el acto por el cual una persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes o parte de ellos”.

Este tipo de definición era bastante simple. Es importante señalar que en este Código, la importancia es que, la manifestación en el testamento fuese de una manera real y que tuviese en sí, la trascendencia que requiere este tipo de actos.

Así los artículos 3380 y 3381 del Código Civil de 1870, señalan que:

“Artículo 3380.- La expresión de una falsa causa será considerada como no escrita, al no ser que el mismo testamento resulte que el testador no habría hecho aquella disposición, conociendo la falsedad de la causa”.

“Artículo 3381.- La expresión de una causa contraria a Derecho, aunque estas sean verdades se tendrán por no escritas”.

Evidentemente el acto jurídico va a tener un fin y motivo determinado como lo es la manifestación de la voluntad de aquel que establece la expresión de querer testar. En tal forma la causalidad jurídica directa que podemos encontrar en el Código Civil de 1870, se identifica suficientemente con la voluntad de aquel que va a realizar su testamento.

Nuestro régimen jurídico reconoció en el Código Civil de 1870, el segundo sistema en la sucesión denominada de “la Legítima”, a efecto de que las cuatro quintas partes de la herencia correspondieran a los hijos legítimos o legítimados, quedando en consecuencia sólo una quinta parte del caudal hereditario como susceptible de disposición libre por el testador. Por legítima se entendía: “la parte que forzosamente debería de respetar el testador a sus parientes consanguíneos en línea recta descendiente o ascendiente en su caso²¹”.

Si se violaba la legítima se reducía la disposición testamentaria hasta el límite necesario para cumplir con aquella. Además esta comprendía la parte líquida de la herencia después de deducir las deudas hereditarias, cuando no existan hijos legítimos o legítimados. La legítima de los naturales solo comprendía las dos terceras partes del caudal hereditario líquido reduciéndose a la mitad para los hijos espurios.

En cuanto a los ascendientes legítimos de primer grado (padre o madre), la legítima comprendía las dos terceras partes del citado caudal líquido. Si eran padres naturales se reducía a la mitad. En el código de 1870 se combinaban las diferentes posibilidades según la concurrencia de hijos legítimos o legítimados con naturales y espurios, o legítimos y naturales, naturales y espurios, etcétera. También se combinaban dichas posibilidades con los ascendientes y descendientes en diversos grados.

²¹ ROJINA VILLEGAS Rafael, Compendio de Derecho Civil, Bienes Derechos Reales y Sucesiones, tomo II, 37ª. Edición, Edit. Porrúa, México 2005, pag 329.

1.3.4 Código Civil De 1884.

Para 1884 la estructuración política de nuestro país había logrado una cierta estabilidad tanto política como social Don Porfirio Díaz tenía el mando aunque el general Manuel González Flores ocupaba la presidencia, evidentemente estaba influenciado por el General Porfirio Díaz, quien volvería a elegirse para 1887. Podemos decir que eran tiempos de paz y que de alguna manera permitieron el establecimiento y desarrollo de la sociedad en general. El jurista Ignacio Galindo Graffías, al hablar del Código Civil de 1884 expresaba lo siguiente: “partiendo de los trabajos de la comisión revisora una nueva comisión dio cima a la obra redactando un nuevo Código Civil que entró en vigor el primero de junio de 1884 y que fue promulgado el 31 de marzo de ese mismo año. El Código Civil expresaba fundamentalmente las ideas del individualismo en materia económica, la autoridad casi absoluta sobre la mujer y los hijos, así mismo consagró la desigualdad de los hijos naturales como un derecho absoluto, exclusivista e irrestricto²²”.

El Código Civil de 1884 para el Distrito Federal y Territorios Federales, consagró la libertad de testar después de una viva polémica suscitada en el seno de la comisión encargada de elaborar ese ordenamiento.

Además, en su libro 4º estipula al respecto de las sucesiones y en los artículos, 3237 al 3239, establece una definición de lo que hoy conocemos como testamento.

“Artículo 3237.- El acto por el cual una persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes o de parte de ellos, se llama testamento”.

“Artículo 3238.- El testamento es un acto personal que no puede desempeñarse por un procurador”.

²² GARFÍAS GALINDO Ignacio, Derecho Civil. 9ª edición, Edit. Porrúa, México. 1989. pag 108.

“Artículo 3239.- No puede dejarse el arbitrio de un tercero la sustancia del nombramiento de heredero o legatarios, ni designación de las cantidades que a ellos les corresponda, cuando son instituidos nominalmente”.

Todo el contexto de dicho Código la pauta de libertad para testar y la posibilidad de establecer una herencia o una sucesión respecto de todos los bienes del difunto, con los derechos y obligaciones que de alguna manera no se extinguen con la muerte.

Este Código Civil tenía ideas muy parecidas a las que se contemplaban en el Derecho Romano, siendo que los derechos y obligaciones eran transmisibles y de alguna manera el heredero podía responder con su propio patrimonio, respecto de las cargas del difunto para que este no se deshonrara. También se establecía la libertad de testar, un punto sobresaliente que la legislación quería reforzar. El testador era libre para establecer las condiciones que quisiera y para disponer de sus bienes, este tipo de condiciones tenían que ser cumplidas por aquel que quisiese disponer de la herencia, claro está que si la condición era imposible de realizar al otorgamiento del testamento, entonces se tendría por no puesta.

El artículo 3275, establecía las únicas condiciones que la legislación requería para que una persona pudiera testar.

“Artículo 3275.- La ley sólo reconoce capacidad para testar, a las personas que tiene:

I.- Perfecto conocimiento del acto.

II.- Perfecta libertad al ejecutarlo, esto es, exenta de toda intimidación y de toda influencia moral.”

Esta legislación consideraba incapaces para testar al varón menor de 14 años y a la mujer de 12; así también aquellas personas que habitual o accidentalmente se encuentran en un estado de interdicción.

En términos generales, la legislación de 1884 define la libertad de testar, teniendo toda persona el derecho para disponer libremente de sus bienes, a través de la institución del testamento. Además podían heredar los parientes colaterales hasta el octavo grado; mientras que actualmente sólo heredan los parientes colaterales hasta el cuarto grado; por ejemplo, en el Código Civil actual no pueden ser herederos los hijos del primo del autor de la herencia, puesto que son parientes en quinto grado.

Por otra parte, tenía que establecer un titular de los bienes vacantes, que además tendrían la obligación de responder a ciertas causas, como las que mencionaban el artículo 1324.

“Artículo 1324.- Este derecho no está limitado sino por la obligación de dejar alimentos a los descendientes, al cónyuge supérstite y a los ascendientes conforme a las siguientes reglas:

I.- A los descendientes varones de 25 años.

II.- A los descendientes varones que están impedidos de trabajar y a las mujeres que no hayan contraído matrimonio y vivan honestamente, uno y otras aun cuando fueran mayores de 25 años.

III.- Al cónyuge supérstite siempre que siendo varón este impedido para trabajar o que siendo mujer, permanezca viuda y viva honestamente.

IV.- A los ascendientes”.

Es importante hacer una reflexión respecto a la herencia de la concubina, ya que en los Códigos de 1870 y 1884 no se reconoció el derecho de la concubina para

heredar, tampoco se le reconoció el derecho de exigir alimentos en los casos de herencia testamentaria.

En la exposición de motivos para el Código Civil vigente, se explica que aun cuando debe de rendirse tributo al matrimonio, la concubina puede tener derecho a heredar, ya que el concubinato es una situación no prohibida por la ley, en los casos en que no exista matrimonio.

En el código civil de 1884 no se hacía la distinción entre testamentos ordinarios y especiales, como lo hace nuestro Código actual, sino que se distinguían en testamentos solemnes y privados. Testamentos solemnes eran aquellos en que se exigían determinadas formalidades con la intervención del notario, y testamentos privados eran aquellos que podían ejecutarse tomando en cuenta las circunstancias especiales del testador, o el lugar en que hacia el testamento para evitar la intervención notarial.

En otras palabras el Código vigente sólo agrega una categoría, la de testamento ológrafo y hace una nueva clasificación; agrupa bajo el nombre de testamentos ordinarios al público abierto, al público cerrado, público simplificado y al ológrafo, que introduce y bajo el nombre de testamentos especiales agrupa a los que ya se reconocían en la legislación anterior.

A mediados del siglo XX aproximadamente hace unos 50 años, la materia sucesoria *mortis causa* era muy importante desde el punto de vista del ejercicio profesional ya que en los juzgados de lo civil, no existía la especialización de juzgado civil de lo familiar; los jueces tenían que dar trámite a tantos juicios sucesorios *mortis causa* que incluso sin estar previsto en la Ley Orgánica de los Tribunales que hubiera en los juzgados civiles una oficina llamada “sección de sucesiones,” de hecho los jueces la creaban y ponían a un secretario especializado en materia sucesoria *mortis causa* a que atendiera esta sección.

Por su parte el Estado, tenía un departamento de herencias y legados, que a su vez dependía de la Secretaria de Hacienda y Crédito Público, departamento en el cual tenían su oficina no menos de 50 abogados al servicio del Estado, con la finalidad de que atendiera el interés de éste, tanto para el pago de impuesto sobre herencias y legados como por el propio interés de Estado, de que si no había testamento y además no aparecían herederos legítimos, el Estado heredaba por conducto del Secretario de Salubridad y Asistencia, hoy Secretario de Salud, y de su director de la Beneficencia Pública.

CAPÍTULO SEGUNDO

EVOLUCIÓN DEL NOTARIO PÚBLICO.

La institución notarial no debe su eficacia y valor a coyunturas o accidentes actuales, es producto de una larga y firme evolución; sus antecedentes se iniciaron en los primeros tiempos de la escritura.

Para investigar la historia del notariado nos tenemos que remontar a la invención de los primeros signos ideográficos y después alfabéticos. Cuando nace la comunicación escrita nace quizás, entre otros motivos por la necesidad de hacer constar en forma fehaciente los pactos, contratos y otros actos jurídicos. La escritura viene a satisfacer necesidades innegables al espíritu humano desarrollado, tales como la seguridad en la comunicación jurídica, el orden y la tranquilidad.

En un principio los notarios eran prácticos en la redacción de contratos y actos jurídicos, posteriormente se desarrollaron y adquirieron la fe pública; al inicio en forma endeble y posteriormente más consolidada y legislativamente aceptada.

La obra del notario es confiable por su contenido y por la certeza jurídica. En casi todos los países contemporáneos se otorga a su palabra pleno valor probatorio. No olvidemos que la institución notarial no debe su efectividad y valor a coyunturas o accidentes actuales, ya que es producto de una larga y firme evolución.

Para la historia del notariado, el siglo XIII representa uno de los más importantes, pues en él se consolida el concepto que se tiene del notario actual y se legisla con las características propias de nuestro tiempo.

En este capítulo pretendemos englobar de manera concreta los antecedentes históricos del Derecho Notarial, que sentaron las bases para que surgiera esta

institución como actualmente la conocemos. Los notarios se adecuaron a las necesidades surgidas a lo largo de la historia hasta llegar a la época contemporánea.

El notario en sus inicios no se consideraba como figura jurídica, de tal modo que ni siquiera contaba con fe pública, la cual adquirió a través del tiempo y por meras necesidades. Quienes ejercían esta función eran consideradas como personas capaces de leer y escribir auxiliando al rey o algún funcionario del pueblo para redactar textos.

Los notarios en la antigüedad eran denominados escribas. La función del notario tuvo gran relevancia principalmente en los pueblos hebreo y egipcio, que era donde se les conocía como escribas. Por lo general los reyes y funcionarios públicos del pueblo hebreo no sabían leer ni escribir, razón por la cual se auxiliaban de escribas para realizar sus funciones.

Esta función fue colocándose paulatinamente dentro de las funciones de la administración pública del pueblo hebreo, siendo el antecedente más remoto de las funciones notariales. En el pueblo hebreo se conocieron varias clases de escribas, quines ejercían fe pública; sin embargo, no la ejercían de propia autoridad, sino que ésta dependía de la persona de quien escribía. Tal parece que la razón principal por la que eran requeridos sus servicios era por sus conocimientos caligráficos y no se le consideraba como un verdadero notario.

De lo anterior, se puede observar que las funciones fundamentales del escriba y el notario actual tienen gran parecido, ya que ambos redactan actos jurídicos y les dan la notoriedad oficial que la organización en que viven les permite, a excepción de que el escriba carecía del elemento que si posee el notario; fe pública, que daba fuerza y autenticidad a los instrumentos que estos realizaban.

Por otra parte en Egipto la función del escriba era similar a la del pueblo hebreo, sin embargo el escriba egipcio además de saber leer y escribir, era consejero del faraón,

del sacerdote, del magistrado, del funcionario y del doctor. Cabe mencionar que dentro de los egipcios prevaleció el registrador sobre el escriba, en cambio en los hebreos este último fue el que se impuso sobre el primero²³.

Con relación a los sacerdotes los escribas tenían un carácter semejante al del notario profesional, el cual se encargaba de redactar perfectamente los contratos, aunque se auxiliaban a su vez del magistrado quien autenticaba los actos que realizaba el escriba sacerdote, a través de la imposición del sello del magistrado, en virtud de que el documento era hasta entonces privado se le daba el carácter de público.

El escriba o notario egipcio fue un funcionario burocrático indispensable en la organización ya que la administración se apoyaba en los textos escritos.

A diferencia de Roma en Grecia la función notarial predominó sobre la registradora, siendo que los notarios asumieron directamente la función registradora, tanto para los contratos realizados entre particulares, como para las convenciones internacionales. En este pueblo existieron oficiales públicos encargados de redactar los documentos de los ciudadanos. Estos oficiales públicos eran los notarios, quienes tenían diferentes denominaciones como: apographos o singraphos, a veces eran llamados mnemones o promnemones, todos estos nombres todos alusivos a la función escrituraria o a la recordación y constancia de los hechos que la requerían.

Los Singraphos eran considerados como verdaderos notarios, cuya principal función consistían en llevar un Registro Público. En Atenas, no se otorgaba contrato alguno hasta que se inscribía en Registro Público llevado por los llamados Singraphos. Los Mnemon, promnemon o también conocidos como Sympromnemon, se consideraban como representantes de los precedentes griegos del notario ya que se encargaban de formalizar y registrar los contratos públicos, convenciones y contratos privados.

²³ BAUTISTA PONDE Eduardo, Origen e Historia del Notario, Edit, Ediciones Palma, Buenos Aires Argentina 1967, pag 5.

A la caída del Imperio Romano de Occidente, los pueblos bárbaros que la provocaron no representaron ningún progreso ni aportaron ideas en el aspecto jurídico, por el contrario, no hay nada que establezca un progreso en este aspecto, ni en relación a la materia notarial.

A la caída del Imperio Romano, las instituciones jurídicas que funcionaban en Roma y que estaban en pleno desarrollo, fueron también invadidas por ideas que correspondían a un periodo incipiente de otra nueva civilización que eran los bárbaros.

De esta época se sabe que en la mayoría de los países europeos se produce un ambiente social, encaminado a que los escribanos refuercen su papel en cuanto a la confianza que se les otorgaba. Tanto la carta notarial, como las facultades del notario se van desarrollando paulatinamente a través de la historia, de otro modo no sería posible explicar que en el siglo XIII aparezca como representante de la fe pública y su intervención de autenticidad a los documentos que estos realizaban.

2.1. ROMA.

El pueblo romano en la antigüedad tuvo un gran desarrollo en lo que a derecho se refiere creando su propio sistema jurídico en el cual se basa nuestro derecho actual. Los romanos tuvieron entre sus conocimientos el de justicia, expresada por Ulpiano, que para la materia que nos ocupa es de vital importancia, ya que el derecho notarial debe en todo momento dar a cada quien lo que le corresponde.

Para entonces las funciones notariales carecían de la facultad de autenticación, al amparo del imperio que se conociera al pretor; a lo largo de la existencia del derecho romano hubo muchas personas a quienes de modo parcial estuvo encomendada la función notarial. En Roma, la función notarial estuvo atribuida y dispersa en diversos oficiales públicos y privados, pero sin que todas las atribuciones de estas personas se reunieran en una sola.

Al respecto cuatro tipos de personas que eran quienes ejercían funciones del tipo notarial, no queriendo decir que fueran los únicos que las desarrollaran: el Amanuensis, el Notarius, el Tabularius y el Tabellio. Los escribas acompañaban a los pretores romanos que enviaban a provincia, y su función consistía en extender actas, escribir decretos y custodiar en los archivos las cuentas del Estado.

Así, desempeñaban el oficio de escribanos a lado de las autoridades constituidas y daban fe de los actos de estos. Por las características de los funcionarios podrían ser los antecesores de los que actualmente desempeñan fe pública, administrativa e incluso la judicial pero no así la notarial. El Notarius fue un técnico en la capacitación de la exposición oral de un tercero para pasarla por escrito con claridad valiéndose de signos, abreviaturas cifras, se consideraba que eran capaces de seguir la rapidez de la expresión hablada.

Los Tabularius y el Tabellio son considerados como los principales antecedentes romanos del notario, siendo que los escribas y el Notarius tenían funciones de carácter administrativo. El Tabularius nace por decreto de los príncipes de la época, se establece que pertenece al Derecho Público; éste era como el archivero de documentos privados, además de desempeñar las funciones oficiales del censo. Debido al hábito de la custodia de documentos oficiales, debió proliferarse la costumbre de que se le otorgara en depósito los testamentos, contratos y documentos que los particulares consideraban que debían ser guardados.

Es a través del Tabularius y del Tabellio como se llega a la figura del notario, sin embargo, no son estos los notarios como se conocen actualmente, ya que faltaba la función legal de dar forma solemne a los actos formalistas del Derecho Romano.

Posteriormente la confianza pública con que se encontraba investido el Tabularius, fue desapareciendo al llegar la época de la decadencia económica, en la cual estas personas fueron víctimas de gran opresión por parte del fisco, perdiendo importancia en el Derecho Romano.

En la época romana se utilizaban tablas enceradas para redactar documentos formales, pero cuando se trataba de cartas o correspondencia, se utilizó la denominada *tabella*; de esta palabra se derivó el nombre de *tabellion* o *tabellon*, que era un personaje que fungía como asesor técnico jurídico, ya que redactaba documentos relacionados con la actividad privada, ofreciendo, en algunos casos, asesoría jurídica sin tener ninguna vinculación con el Estado²⁴.

El *tabellion* tenía sus funciones bien definidas en la sociedad romana, sobre todo después del reinado de Alejandro el Severo, ya que ejercían funciones en la proximidad del foro, redactando escritos y documentos como: contratos, testamentos, entre otros.

El *tabellion* era una persona dedicada a la redacción de actos jurídicos y convenios entre particulares; posteriormente el hábito de redactar actos jurídicos y archivarlos representó un trabajo excesivo para ellos, dando origen a que se especializaran en la redacción de escrituras y testamentos, dándoles forma legal y procurando su depósito en archivos públicos de acuerdo como lo marcaba la Ley de la época.

La especial condición de actuar en negocios privados y de tener intervención netamente particular, complementada por su aptitud redactora, el conocimiento del derecho que les permitía actuar a manera de asesor jurídico y la posibilidad de que procurara la eficaz conservación de documentos, hacen que sea el *tabellion* quien con más legítimos derechos se pudiera considerar el auténtico antecesor del notario.

Es el siglo VI de la era cristiana, que por primera vez se da una regulación positiva del notario, debida a Justiniano, donde existe un cuerpo normativo en sus novelas 44, 47 y 73, las cuales regulaban lo siguiente²⁵:

²⁴ GARCIA AMOR Julio Antonio Cuauhtémoc, Historia del Derecho Notarial, Edit. Trillas, México 2000, pag 25.

²⁵ RIOS HELLIG Jorge, La Practica del Derecho Notarial, 5ª. Edición, Edit. Mc Graw Hill México 2001, pag 2.

- Novela 44. Normatiza la actividad del tabellon (notario).
- Novela 47. Reglamenta la utilización del protocolo.
- Novela 73. Regula el documento notarial.

Los *tabellones* eran personas cultas en derecho, que sabían escribir pero que no formaban parte de la administración pública romana. Estos tenían responsabilidad frente al Estado en caso de nulidad del instrumento. Es importante subrayar que a partir del derecho justiniano el *tabellón* se convirtió en un factor muy importante en la evolución del derecho.

En esa época había otros personajes similares pero tenían otras actividades no relacionadas con los notarios de la actualidad; tal es el caso de los *apparitores*, quienes eran escribanos que acompañaban a políticos y gobernantes a sus giras de trabajo y tomaban nota de todo lo que se les ordenaba, también eran como una combinación de alguaciles y Secretarios de Acuerdos de un Juez, tenían funciones de Actuarios, lo que los relacionaba completamente con el sistema judicial de la época; por su parte los llamados *librarii*, eran bibliotecarios que estaban al cuidado de las bibliotecas, y los denominados *accenci* eran redactores de los magistrados de cierto rango, o sea de los investidos de imperium.

El escriba que era uno de los tantos nombres con que se llamaba a lo que hoy conocemos como notario, tenía una función de rango superior al *apparitore*, ya que era como un custodio de documentos del pretor, que además los utilizaba para redactar decretos similares a los de hoy, así como vigilar la publicación de lo que en la actualidad sería el Diario Oficial de la Federación.

Roma tuvo tres épocas: la Monarquía, la República y el Imperio; este último posteriormente el llamado Bajo Imperio que desembocó en el Imperio Bizantino. En aquella época al notario se le manejaba como una agrupación similar a la de los fabricantes de sedas, tejedores, jaboneros, joyeros, etcétera, sin que esto significara que los notarios se ofrecieran en forma mercantilista o comerciante, sino como el

fenómeno de la Rogatio, es decir, actuar a ruego de las partes. El notario en todos los tiempos hubo de ser rogado con lo que a contrario sensu, resultaba la prohibición de que el se adelantara a ofrecer sus servicios profesionales.

Algunos autores dicen que en Roma no son los notarios sino los jueces los que dan fe pública y fuerza aprobatoria a los actos, de lo que se concluye que el notario romano es más profesional que funcionario, lo que no impide que la institución tenga ya, en esa época, ciertas características de especialidad que las distinguen de otras y que la acercan al concepto de notario actual.

2.2. ESPAÑA²⁶.

Se distinguen seis periodos en España donde se da el nacimiento y la evolución del notario. El primer periodo comprende desde la independencia de Roma hasta el siglo XIII; se le atribuye a Casiodoro, senador del rey godo Teodorico, una distinción entre los jueces y los notarios, estableciendo que los jueces fallaban en las contiendas, es decir, eran quines decidían a quiénes correspondía el derecho, en tanto que los notarios tenían por objeto prevenir dichas contiendas.

En el año 600 surgen las 46 fórmulas visigóticas, que pertenecían al primer periodo, estas establecían cuales eran los órganos necesarios para la formación de instrumentos públicos, los otorgantes y los testigos presénciales que podían ser hasta doce. El notario presenciaba, confirmaba y juraba en derecho, lo que implicaba un principio de fe pública, ya que el juramento solo se otorgaba para que la afirmación fuera creída por aquellos quienes no la escuchaban o no estaban presentes. En el año 64 se promulgó el Fuero Juzgo, primer Código general de nacionalidad española, según el cual los escribanos se dividían en dos: escribanos del pueblo y comunales.

²⁶ CARRAL y de TERESA Luis, Derecho Notarial y Derecho Registral, Edit. Porrúa, 16ª. Edición, México 2004, pag 52.

En esta época solo se permitía escribir y leer las leyes a los escribanos, con el fin de evitar el falseamiento tanto de su promulgación como de su contenido, ya que se les consideraba personas de intachable reputación y honestas.

El segundo periodo comprende desde el siglo XIII al siglo XV; en este periodo se determinó que la función de los notarios fuera pública, es entonces cuando surgen las leyes de Alfonso X, (el Sabio), el Fuero Real y las Siete Partidas. El Fuero Real nace en 1255 y establecía entre otras cosas la obligación de otorgar testamento ante escribano, ya que se consideraban a estos como auxiliares de los intereses de los particulares; se acostumbraba que tomaran nota de los documentos que redactaran o de aquellos en que intervenían; estas notas servían de respaldo en caso de que el documento original se extraviase o no fuese lo suficientemente fehaciente; de esta manera se podía acudir a la nota y verificar su veracidad.

En el Código de las Siete Partidas se obligó a los escribanos a inscribir las mencionadas notas en el libro conocido como registro, donde se hacía remembranza de los hechos de cada año. En este segundo periodo se afirma que los instrumentos o cartas solamente acreditaban lo que se celebró, por lo que son solo actas. Es decir, que el escribano no sólo era un medio para garantizar una prueba del hecho de celebración del acta siendo que la voluntad de los otorgantes era la que imperaba.

Posteriormente, en 1348 surgió el Ordenamiento de Alcalá, en Alcalá de Henares, dado por el rey Alfonso XI, con el que se buscaba coordinar las leyes y conciliar los sistemas de costumbres jurídicas.

Sin embargo fue necesaria la Revolución Francesa para que, después de 1879, el ciudadano tuviera más garantías y derechos para poder contratar, celebrando después de la mencionada Revolución Francesa los actos jurídicos con más seguridad y certeza

Curiosamente en esta época, España conservó sus organizaciones provinciales y en lugares como Aragón se logró una organización Notarial destacada. En 1280, el nombramiento de notario lo otorgaba la Universidad de Zaragoza. Debido a la fuerte organización provincial de sus instituciones la materia notarial sienta sus bases, en el siglo XI, y subsiste en lo esencial hasta nuestros días, con pocos cambios, siendo el origen más inmediato de lo que conocemos como el Derecho Notarial Latino.

En el año de 1280, en la región de Aragón, España, para ser Notario se requirió de la intervención ya no del monarca sino de técnicos especializados en la materia, para lo cual se requería lo siguiente: buena fama, limpieza de sangre, mayoría de edad, título y examen de competencia, no ser usurero, no haber andado de noche con música y conducta mesurada en la vida de relaciones sociales.

A partir de el año de 1225 comienza a asignársele un número a los notarios. Aragón tubo un magnífico colegio de notarios llamado Colegio de Notarios del Numero y Caja, y había otro denominado Colegio de Notarios Reales de San Juan Evangelista.

La Edad Media se conoció como la noche negra de la historia, ya que todos estaban más preocupados por defender la toma de los lugares santos, por parte de las religiones ajenas al cristianismo, dando origen a las Cruzadas. Algunas ciudades tomaron ventaja de esta situación, como lo fue la Roma Imperial y Venecia. Otras entre la euforia de sus creencias y de salir cuanto antes y defender los lugares santos, dejaron, como es el caso de España, sus ciudades, en donde la actividad económica decayó, la gente de trabajo se fue a la Guerra Santa, y los pocos que quedaron encontraron sus ciudades empobrecidas, sujetas a abusos por parte de la clase gobernante, dándose en el ámbito notarial todo tipo de corruptelas. Esta época fue la etapa negra del notariado, ya que cedió y fomentó la venta de patentes notariales.

Las Partidas consideraban la función del escribano como pública, y ésta se extinguía con la muerte del titular, pues un oficio público no era propiedad particular sino del

señorío del reino; pero esta característica nunca fue aplicada, ya que la facultad de ejercer la fe pública fue concedida a perpetuidad, con el carácter de cosa que estaba en el comercio y que por tanto, se podía comprar y heredar, es decir, quien poseía fe pública podía transmitirla sin limitación alguna, como si fuera una cosa. A esto se llamó enajenación de oficios, sin embargo, se multiplicó porque aumentaba la popularidad y los partidarios de quienes las otorgaban. Sin embargo, la multiplicidad de los oficios rebajó el nivel moral y técnico de los escribanos, y como llegó el momento en que todo aquel que pagara unos ducados podía por ello mismo convertirse en escribano, se hecho mano del sistema para abastecer las arcas del erario. Llegaron a existir según los tratadistas hasta 10,000 escribanos en toda España.

En este desenfreno, las dos jurisdicciones de escribanos que fijaban Las Partidas, es decir, las del rey y escribanos públicos de las ciudades y de las villas, proliferaron en varias jurisdicciones, dando lugar a una tal multiplicidad de escribanos que resulta difícil siquiera mencionarlos. Mediante el pago correspondiente se llegó a dispensar la edad, a subastar los oficios vacantes, a dispensar las visitas de inspección y a dar la posibilidad de nombrar sustitutos. Hasta hubo escribanos con la facultad de actuar en todo el territorio de España.

Así la enajenación de oficios alarmó a los monarcas, quienes dictaban disposiciones para neutralizar estas nocivas costumbres. Así mismo los reyes católicos prohibieron trocar ni dar por precio los oficios, que deberían de proveerse a la pluralidad de votos de los consejos.

De esta manera se originó el *Fiat*, nombre que se le dio al pago para conseguir el oficio de notario. También cedió la *Media Annata*, o sea, un pago anual por cada notario al fisco, en relación con la cantidad de habitantes de la población donde estuviere en funciones²⁷.

²⁷ GARCÍA AMOR Julio Antonio Cuauhtémoc, Historia del Derecho Notarial, Edit. Trillas, México 2000, pag 39.

En España, Alfonso X, al igual que en otro tiempo hizo Justiniano en Constantinopla, realizó una majestuosa obra de recopilación y legislación, primero con el Fuero Real, después con el Especulo y finalmente con las Siete Partidas, esta última regula en forma sistemática la actividad del escribano además que selecciono algunas frases referentes a sus cualidades.

Para entonces, el otorgar a una persona la facultad de redactar y autenticar las cartas de la Corte del Rey de las villas y ciudades, era una alta investidura, significando también depositar una gran confianza de parte del soberano. El escribano debía responder a esa confianza con lealtad y veracidad. De no desempeñarse con estas cualidades, solía aplicarse una sanción muy severa, que consistía en cortarle la mano y se le prohibía ser testigo, ni hacer alguna honra mientras viviera.

2.3. MÉXICO.

En México la actividad notarial ha tenido una evolución histórica muy interesante, lo cual se ha dado de manera paulatina y de acuerdo a la realidad histórica de nuestro país y a las necesidades de la sociedad.

No cabe duda que una de las instituciones de más prestigio en nuestro país es la del notariado. Su actuación, a través del tiempo ha dejado una huella de seguridad jurídica y de confianza en las distintas capas sociales de México. Es tan sólida su imagen, que muchas veces se compara al notario con el antiguo sacerdote familiar, depositario de la confianza y discreción.

El resultado de la actividad del notario en la escritura y el acta, son confiables en su contenido y certeza jurídica. En casi todos los países se les considera con pleno valor probatorio, los actos y contratos asentados por él. La actividad notarial en México se divide en cuatro grandes épocas: precolombina, virreinal, independiente y México actual.

2.3.1 ÉPOCA PRECOLOMBINA.

En 1492 cuando Cristóbal Colon descubrió América²⁸, esta estaba compuesta de pueblos cuyos conocimientos astronómicos, agrícolas, comerciales, arquitectónicos, entre otros, les permitieron desarrollarse culturalmente, unos más que otros. La escritura era ideográfica debido a que no contaban con un alfabeto fonético; de este modo hicieron constar varios acontecimientos tales como noticias, el pago de tributos y las operaciones contractuales; entre estos pueblos estaban los Aztecas, Toltecas, Mixtecos-Zapotecas, Otomíes y Mayas.²⁹

En esta época no existía la figura del notario o del escribano, sino un funcionario al que se le comparaba con el escriba egipcio, al que llamaban Tlacuilo. Su función era redactar y relacionar hechos, así como asesorar a las partes contratantes cuando se necesitaba realizar una operación, pero no tenían el carácter de funcionarios públicos ni de fedatarios.³⁰

Entre los pueblos que habitaban la región que hoy constituye la República Mexicana destacaba el de los Aztecas, uno de los más agresivos, conquistadores y dominadores, que impuso parte de su sistema de vida y principalmente sus instituciones. Se asentó en Tenochtitlan, territorio que actualmente es el centro de la Ciudad de México.

²⁸ Cabe mencionar que entre los integrantes de la expedición realizada por Cristóbal Colón, se encontraba Rodrigo de Escobedo, escribano del consulado del mar, quien se encargaba de llevar un diario de la expedición, registrando el tráfico de las mercancías, hechos sobresalientes y la actividad de la tripulación.

²⁹ Durante la época de la Nueva España, Hernán Cortés encontrándose ya en tierras americanas, solicitó en Santo Domingo una escribanía del rey, con resultados desfavorables; sin embargo más tarde se le otorgó escribanía del Ayuntamiento de Asúa, donde practicó las cuestiones del notario que tanto le atraían, durante un periodo de cinco años. Para 1512 Cortés obtuvo una escribanía durante el gobierno de Diego Velásquez, en recompensa a su valor en el campo de batalla. CARRAL y de TERESA Luis, Derecho Notarial y Derecho Registral, Edit. Porrúa, 16ª. Edición, México 2004, pag 59.

³⁰ PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO Bernardo, Derecho Notarial Edit. Porrúa, México D.F. 2002 pag, 10.

En Tenochtitlan, antes del descubrimiento de América, no existieron notarios o escribanos que dieran fe de los acontecimientos y de los actos jurídicos en nombre del Estado, de tal manera que todo lo asentado por ellos se consideraba la verdad legal.

El Tlacuilo era el artesano azteca que dejaba constancia de los acontecimientos por medio de signos ideográficos y pinturas, con lo que se guardaba memoria de ellos de un modo creíble, esencialmente se basaba en signos y dibujos para plasmar los acontecimientos que se le presentaban y de este modo subsistían en el tiempo. El Tlacuilo es por lo tanto el antecedente en México, de lo que actualmente conocemos como la figura del notario.

La práctica en la redacción de contratos, relación de hechos y sus conocimientos legales, los habilitaba para confeccionar documentos y asesorar a los contratantes, cuando se necesitaba concertar una operación sin tener el carácter de funcionarios ni de federativos. Así, el *tlacuilo* por la actividad que desempeñaba es el antepasado del escribano, cuya ocupación coincidían con la de los *escribas*, *tabularii*, *chartularii* y *tabeliones* de otras apocas. Con el nombre de *tlacuilo* se designaba tanto a los escritores como a los pintores.³¹

Así mismo se llama códice a los libros realizados a base de dibujos o manuscritos. En un tiempo se les denominó así para distinguirlos de los realizados por medio de la imprenta. Los códices trabajados por *tlacuilos* son aproximadamente quinientos, de los cuales solo dieciséis pertenecen a la época prehispánica.

³¹ Uno de los documentos realizados por el Tlacuilo, se encuentra en la segunda parte del Código Mendocino, denominado Mapa de Tributos o Cordillera de los Pueblos, que antes de la conquista pagaban tributo al Emperador Mucteazuma, y en que especie, y cantidad. En este documento se anotaban los impuestos atributos que tenían que pagar los pueblos vencidos, y subyugados por los Aztecas. PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO Bernardo, Derecho Notarial Edit. Porrúa, México D.F. 2002 pag, 11.

2.3.2 ÉPOCA VIRREINAL.

El periodo del Virreinato, llamado por algunos autores Colonial, no es uniforme en los tres siglos que lo comprende, pues hay cambios y evolución en las ideas económicas, políticas y sociales; analizando el desarrollo del Virreinato pueden establecerse actitudes y formas de vida que diferencien de un siglo a otro, por lo que se podría clasificar en tres etapas: la primera es cuando los conquistadores se dedicaron a organizar la vida política, jurídica, religiosa y económica de la Nueva España. En la segunda se destaca la estabilidad económica y jurídica; las instituciones como la Audiencia, el Virreinato, la Real Hacienda, las alcaldías, cabildos funcionaban regularmente. En la tercera etapa es de inquietud y convulsión provocada por el desvanecimiento de las ideas del derecho divino de los reyes y el robustecimiento de las de soberanía; posteriormente con la propagación del pensamiento de los enciclopedistas y la expansión de la revolución francesa fueron determinantes para el movimiento de la independencia de la Nueva España.

No obstante los cambios económicos, políticos y sociales, los escribanos desempeñaron un papel muy importante. La permanencia de su institución daba seguridad jurídica y continuidad en los negocios, constituyendo un factor muy valioso de recaudación fiscal sin el cual las fincas públicas no progresarían.

Durante esta época los escribanos fueron nombrados por el rey, como se encontraba dispuesto en las siete partidas del rey legislador, Alfonso X el Sabio, en el siglo XIII³².

Durante la Colonia el término escribano público servía tanto para referirse a su función pública como a su cargo adscripción, tales como escribano público de diligencias, escribano público de número, escribano público real, escribano público de la Real Hacienda, escribano público de hipotecas y escribano público del cabildo.

³² Poner escribanos es cosa que pertenece al Emperador o al Rey, por ser como uno de los romanos del señorío del reino.

En otro sentido del termino también era usado por otros funcionarios que eran fedatarios, única y exclusivamente en el desempeño de funciones específicas, como por ejemplo escribanos de Cámara del Consejo Real de las Indias, los escribanos de la casa de contratación de Sevilla, escribano Mayor de Armada, escribano de Naos, escribano de Gobernación, entre otros.

A demás la palabra notario se refería a los escribanos eclesiásticos regulados por el Derecho Canónico, que tenia como jurisdicción los asuntos propios de la iglesia en los obispados y parroquias, y estos a su vez se dividían en notarios mayores y notarios ordinarios.

2.3.3 MÉXICO INDEPENDIENTE³³.

La Independencia de la Nueva España se declaró la noche del 15 de septiembre de 1810 por Miguel Hidalgo y Costilla, consumándose la misma el 27 de septiembre de 1821, por Agustín de Iturbide; ya concluida esta transición de poderes y cambios políticos y sociales, se comenzó a regular las manifestación de voluntad de los particulares, en 1824; durante la vigencia de la constitución de ese mismo año se asentaron, disposiciones relativas a los escribanos, entre las cuales figuraban la providencia del 13 de noviembre de 1828 de la Secretaría de Justicia, que comunicaba Hacienda respecto de los oficios de los escribanos vendibles y renunciables, con todos los pormenores que de la misma se expresaban.

Por su parte la circular de la Secretaría de Justicia del 1º. De agosto de 1831, concerniente a los requisitos para obtener el titulo de escribano en el Distrito Federal y Territorios. Incluía entre otros requisitos como: tener un fondo de instrucción practica, asegurar y guardar los secretos y los derechos e intereses más importantes de los ciudadanos, y las funciones más serias y augustas de los magistrados encargados de la administración y orden público.

³³ PEREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO Bernardo, Derecho Notarial, 12ª. Edición, Edit. Porrúa, México 2002, pags, 24, 26 y 29.

La legislación positiva española, las leyes de Indias y demás decretos, provisiones y cédulas reales dados durante la colonia continuaron aplicándose en México Independiente, así lo dispuso el reglamento provisional político del imperio mexicano del 18 de diciembre de 1822; sin embargo, se fueron dictando nuevas leyes y decretos que paulatinamente separaron al derecho español del mexicano.

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

Sin embargo, continuó la costumbre colonial de los oficios públicos vendibles y renunciables entre los cuales se encontraba la escribanía, como una manera de proporcionar impuestos y derechos al erario.

Así mismo se dictaron algunas disposiciones aplicables a los escribanos como las siguientes:

- Decreto del 13 de noviembre de 1828. Providencia de la Secretaría de Justicia comunicada a la Hacienda. Que sede noticia de los oficios de escribanos vendibles y renunciables con todos los pormenores que se expresa.
- Circular de la Secretaría de Justicia del 1º de agosto de 1831. Requisitos para obtener el título de escribano en el Distrito Federal y territorios.
- Orden del 29 de diciembre de 1849. Esta disposición impone a los escribanos la obligación de registrar su firma y signo para hacer posible la certificación de los documentos por ellos autorizados³⁴.

³⁴ En la actualidad cuando se otorga la patente de notario, éste debe de registrarla ante la Consejería Jurídica y de Servicios Legales, Registro Público de la Propiedad y del Comercio del D.F., el Archivo General de Notarías y el Colegio de Notarios Asociación Civil.

- Decreto del 28 de agosto de 1851. Reitera la necesidad de matricularse en el Colegio de Escribanos de México.

El 16 de diciembre de 1853, el entonces presidente Antonio López de Santa Anna, expidió la Ley de 1857 para el arreglo de la Administración de Justicia de los Tribunales y Juzgados del Fuero Común; esta ley debería de ser acatada en todo el territorio nacional, en cuyo artículo 8º, estatúa una nueva función para escribanos, la cual constituyó la primera organización nacional del notariado. Conforme a esta ley los escribanos estaban integrados dentro del poder judicial y continuaron existiendo los oficios públicos vendibles y renunciables.

Dicha ley determinaba que el escribano público de la nación debía ser mayor de 25 años, tener escritura de forma clara, conocimientos de gramática y aritmética, así como haber cursado por dos años una materia de Derecho civil relacionadas con la escribanía y otra de práctica forense y otorgamiento de documentos públicos; así mismo, tener práctica de dos años, honradez y fidelidad, siendo también necesario aprobar un examen ante el Supremo Tribunal y obtener el título del supremo Gobierno, el cual debería de ser inscrito ante el Colegio de Escribanos, además el uso de su firma y signo determinado para poder actuar.

Posteriormente, en el Imperio de Maximiliano se expidió el 30 de diciembre de 1865 la Ley Orgánica del Notariado y del Oficio del Escribano, que por primera vez adopta el término de Notario en sustitución de Escribano; este último término se refería a lo que son actualmente Secretario y Actuario de Juzgado.

Dicha ley en su artículo 1º menciona al notario quien en ese entonces era considerado como funcionario público revestido por el soberano de fe pública, para extender y autorizar las escrituras de actos y contratos ínter vivos o mortis causa. Esta ley es considerada como la primera Ley Orgánica del Notariado.

Finalmente el 23 de noviembre de 1867, siendo presidente don Benito Juárez se dictó la Ley Orgánica de Notarios y actuarios del Distrito Federal. Esta ley reitera lo establecido en la Ley Imperial expedida por Maximiliano, al distinguir al Notario del Actuario o Secretario de Juzgado, estableciendo que el primero "es el funcionario que reduce a instrumento público, los actos, contratos y últimas voluntades", en tanto que el actuario " es la persona destinada para autorizar los decretos de los jueces, árbitros y arbitradores", siendo ambas funciones compatibles entre sí.

Asimismo determinaba que era atribución exclusiva de los notarios autorizar en sus protocolos toda clase de instrumentos públicos. Establecía como requisitos de ingreso para los notarios ser abogados o haber cursado dos años de preparatoria, dos de estudios profesionales que debían incluir cursos elementales de Derecho civil, mercantil, procesal y notarial; debían ser mexicanos por nacimiento con edad mínima de 25 años de edad, sin haber sido condenado a pena corporal, no tener impedimento físico habitual y tener buenas costumbres. Además, en su artículo 8º establecía que los aspirantes a ser notarios debían acreditar su buena conducta.

Continuando con la evolución la figura de notario, en 1875 el entonces presidente de la República, Lerdo de Tejada, decretó la profesión libre del notariado, mediante decreto del 28 mayo de 1875, no habiendo grandes cambios para la función del notario.

Es hasta el siglo XX cuando la institución notarial funciona como la conocemos actualmente, ya que surgen leyes que regulan la materia notarial de manera más clara en cuanto a su organización y funcionamiento; así se da la estructura y organización en México a principios de siglo, en cuanto a la materia notarial. Son tres las legislaciones más relevantes en cuanto a cambios y evolución: la ley de 1901, la de 1932 y la de 1946. A continuación se tocarán los puntos más relevantes de cada una de ellas.

2.3.4 LEY DEL NOTARIADO DE 1901.

El 14 de diciembre de 1901 es promulgada la Ley del Notariado durante la presidencia del General Porfirio Díaz, la cual entró en vigor en enero de 1902. Esta ley, entre otras medidas trascendentales, elevan al notario al rango de las instituciones públicas; además estableció que los notarios debían quedar sujetos al gobierno, quien se encargaría de nombrarlo y vigilarlo.

Dispuso que el ejercicio de la función notarial era de orden público y de aplicación en el Distrito Federal y territorios federales, siendo conferida por el Ejecutivo de la Unión y cuya dirección estaba a cargo de él mismo a través de la Secretaría de Justicia, y disponiendo que el notario debía ser un profesional del Derecho, quien debía quedar sujeto al gobierno. Es importante mencionar que esta ley no distinguía entre el contenido de un acta y el de una escritura; la primera contiene hechos jurídicos y la segunda actos jurídicos.

En esta época el número de notarios se limitó a cincuenta y es incluido en la ley el arancel correspondiente, promulgado por el entonces Presidente de la República Mexicana, Álvaro Obregón el 31 de julio de 1921. También se prohibió que el notario se dedicara al libre ejercicio de la profesión de abogado. Por lo anterior podemos considerar que esta ley sentó las bases para que se diera la ley del notariado que conocemos actualmente.

Ciertamente el notariado era una función conferida por el Gobierno Federal, sin embargo, la prestación del servicio no gozaba de sueldo proveniente del erario, sino que los honorarios eran pagados por los interesados conforme al arancel contenido en esta ley.

2.3.5 LEY DE 1932.

El 20 de enero de 1932, en el Diario Oficial de la Federación se publicó la segunda ley llamada Ley del Notariado para el Distrito Federal y Territorios Federales, siendo Presidente de la República Mexicana Pascual Ortiz Rubio.

Esta ley sostenía que la función notarial era de orden público y sólo podía provenir del Estado; definía “al notario como aquel funcionario dotado de fe pública para hacer constar los actos y hechos a los que los interesados deban o quieran dar autenticidad conforme a las leyes”; además conservó el sistema de notarios titulares y de notarios adscritos. En cuanto al notario adscrito revestía su actuación de más importancia, ya que lo autorizaba para actuar indistintamente con el de número, independientemente uno del otro y sin necesidad de recurrir a testigos de asistencia en la autorización de cualquier instrumento; el adscrito suple al de número en sus faltas temporales, y de tratarse de cesación definitiva del titular, el adscrito lo sustituye si ha estado en funciones de tal y ejerciendo el cargo durante más de un año, inmediato anterior a la cesación, en caso contrario el nombramiento del notario debería recaer en el aspirante más antiguo. La presente ley fijó en 62 las notarias del Distrito Federal, siendo que cualquier notario podía actuar en todo el territorio de esa entidad; asimismo se le autorizaba a desempeñar cargos de consejero jurídico o comisario de sociedades, así como para resolver consultas verbales o por escrito, podía ser árbitro o secretario en juicio arbitral, pudiendo también redactar contratos privados; sin embargo, el notario tenía prohibido el ejercer la profesión de abogado.

La mencionada ley estableció el examen de aspirante a notario, con jurado integrado por cuatro notarios y un representante del entonces Departamento del Distrito Federal, excluyendo a los testigos de la acción notarial; además suprimió el libro de extractos y obligó a llevar un índice por duplicado, dio al consejo de notarios el carácter de órgano consultivo del Departamento del Distrito Federal y fijó el número de notarios en sesenta y dos dentro del Distrito Federal.

2.3.6 LEY DE 1946.

La tercera ley se llamó Ley del Notariado para el Distrito Federal y Territorios, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 23 de febrero de 1946. Esta ley es la primera que contempla tanto al hombre como a la mujer, como capaces de desempeñar la actividad notarial.

Continúa contemplando el carácter público de la función notarial y la obligatoriedad de que el notario sea un profesional del Derecho y de guardar secreto profesional. Al igual que la ley anterior, precisa que el notario estará investido de fe pública para hacer constar los hechos o actos jurídicos, que los interesados pretendan autenticar conforme a las leyes.

El protocolo continúa constituido por libros empastados con un número máximo de diez en uso. Esta ley hace una clara distinción entre escrituras y actas, específicamente en cuanto al contenido, y como se mencionó anteriormente, las primeras contienen actos jurídicos y las segundas hechos jurídicos. Se autorizó al ejecutivo a crear más notarías en caso de que las necesidades de una entidad así lo requirieran.

Esta ley se integraba por dos títulos el primero subdividido en 8 capítulos y el segundo en diez capítulos, haciendo un total de 194 artículos.

Entre los conceptos más destacados de esta ley, se encuentra el que se refiere a que el ejercicio del notariado en el Distrito Federal se consideraba una función de orden público, estaba a cargo del ejecutivo de la unión, siendo ejercida a través del gobierno del Distrito Federal y que por delegación se encomendaba a profesionales del derecho, en virtud de la patente que para tal efecto era otorgada por el mencionado Ejecutivo.

Posteriormente esta ley sufrió varias reformas la primera en 1952, la segunda en 1953 y la tercera en 1966. Estas reformas se dieron con el propósito de adecuarla a las necesidades que surgían en la sociedad en ese momento, siendo mínimas en cuanto a contenido se refirieron; de ahí que la estructura de la ley fue modificada para así aparecer la legislación vigente del notariado denominada Ley del Notariado para el Distrito Federal en 1980, publicada en el Diario Oficial de la Federación, el 8 de enero del mismo año.

Estas tres leyes fueron los cimientos para que se diera una regulación más especializada en las leyes subsecuentes, que forman parte de la evolución del notario en México.

A continuación haremos un análisis breve de posteriores leyes que rigen al notario en su función.

2.3.7 LEY DE 1979.

Expedida el 31 de diciembre de 1979 y publicada en el Diario Oficial de la Federación el 8 de enero de 1980, abrogó la ley anterior de 1945. A los 60 días siguientes de su publicación inició su vigencia comenzando el 9 de marzo de 1980. Fue expedida por don José López Portillo siendo Presidente constitucional de los Estados Unidos Mexicanos. Su contenido sistemático es de nueve capítulos.

2.3.8 LEY DE 1980.

La Ley del notariado para el Distrito Federal de 1980, se publicó en el Diario Oficial de la Federación el 8 de enero de 1980, e inicio su vigencia sesenta días después de su publicación, de acuerdo con el artículo 1º Transitorio. El 13 de enero de 1986 se modificó la definición de notario, sustituyéndose el termino funcionario público por licenciado en derecho.

En esta misma ley se establece el protocolo abierto especial para actos y contratos, en que intervenga el Departamento del Distrito Federal, hoy Gobierno del Distrito Federal. En este mismo protocolo podían también asentar las actas y escrituras en que intervinieran las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal, cuando actúen para el fomento de la vivienda, con motivo de programas para la regularización de la propiedad inmueble.

El 6 de enero de 1994 se modificaron varios artículos de la mencionada ley, destacando entre ellos el artículo 42, donde se establece que el protocolo ordinario será abierto, esto es, se formará por folios numerados y sellados que se encuadernarán en libros integrados por doscientos folios. También se creó el libro de registro de cotejos para simplificar este tipo de actas.

2.3.9 LEY DE 1999.

El 30 de diciembre de 1999, la asamblea legislativa del Distrito Federal, en ejercicio de la facultad que le confiere el artículo 122 C, base 1ª. Fracción IV inciso h, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos aprobó por unanimidad de votos la iniciativa de Ley del Notariado para el Distrito Federal, la cual comenzó su vigencia el 27 de mayo de año 2000.

Con esta nueva ley se crean códigos deontológico tenían como fin la observancia de la conducta ética entre los notarios, eliminando también muchas de las llamadas por los economistas, barreras de entrada, que dificultaba y encarecía el servicio; se fijan mayores responsabilidades y se amplían facultades y opciones para los usuarios, quienes pueden acudir al notario con la misma confianza con que lo han hecho siempre, pero conscientes de que les servirá y atenderá una institución renovada y fortalecida, reconocida por el estado como excelente y necesaria, tal como su teología se lo exige, esto es, que la función notarial tiene como propósito brindar un servicio eficiente para garantizar la legalidad a las personas que hacen uso de sus servicios.

Con la creación de esta ley, se fortalece significativamente al Colegio de Notarios del Distrito Federal, al dotarlo de atribuciones de opinión, consulta, control y denuncia, aspectos necesarios dentro de un sistema del notariado latino. En leyes anteriores estas funciones se encontraban previstas de manera insuficiente y retrógrada, en relación a las facultades de los colegios notariales en los sistemas latinos avanzados y ejemplares en el mundo, como el español, francés, italiano, argentino, alemán, etcétera.

Esta ley aun esta vigente, que para muchos es la que mejor, define las características, funciones y prohibiciones del notario, incluyendo la facultad para que el notario lleve asuntos extrajudiciales, que anteriormente sólo correspondía a la autoridad judicial.

Referente a la competencia en asuntos extrajudiciales y tramitación sucesoria ante notario, estos son temas novedosos en esta ley, que sin duda alguna liberan de una carga innecesaria a los juzgados, con lo cual se responde a una tendencia del notariado latino, recogida de las legislaciones notariales más avanzadas en el mundo.

En su artículo 166 prevé que el notario puede conocer asuntos que, en caso de contienda judicial, los interesados les soliciten haga constar los acuerdos, hechos o algunas situaciones, en determinados acuerdos, el notario participa en la formulación de convenios de transmisión.

En asuntos en que conozcan los jueces, conforme al Código de Procedimientos Civiles, el notario puede intervenir. La nueva ley ejemplifica las actividades que se pueden llevar a cabo ante él y por él, como pueden ser:

- Sucesiones testamentarias e intestamentarias.
- Capitulaciones matrimoniales.
- Disolución y liquidación de sociedad conyugal.

- Informaciones ad perpetuam.
- Apeos y deslindes.

2.4. FUNCIONES DEL NOTARIO PÚBLICO.

La labor del notario, bien entendida y bien desempeñada, constituye un verdadero apostolado y puede asegurarse que sin notarios competentes y honorables, muchísimas personas, especialmente de humilde condición, serían víctimas diarias del abuso y engaño.

No cabe duda que en nuestra mente no puede surgir espontáneamente la necesidad de un medio para lograr un fin, si previamente no tenemos la conciencia de que queremos lograr ese fin.

Cuando el acto en un principio consistía en un simple trueque, en que se tomaba inmediatamente posesión del bien y quedaba terminada la actividad y relación de las partes, no hacía falta, un sistema de notariado. Tiene que haber sido después, al darse cuenta el hombre que necesitaba lograr un fin que no podría alcanzar sin un medio adecuado, cuando se echó mano de personas especialmente capacitadas, con conocimientos y responsabilidad, moral, para prestar mayor garantía a las transacciones.

Por eso, un notario consciente y honesto se convierte en el consejero e instructor de otras personas. Cuando los hombres necesitaron de alguien que les proporcionara seguridad en sus transacciones, ese alguien tuvieron que buscarlo entre las personas con conocimientos en la escritura (pues antaño muy contadas personas, sabían escribir), con experiencia en la contratación, así como ejemplaridad en su conducta.

Nuestro estudio tiene que iniciarse con un procedimiento aristotélico, o sea, partiendo de la realidad, del hecho, pues sabemos que así como la enfermedad procedió al

médico y la construcción al arquitecto, el documento precedió al notario. La necesidad de la seguridad de las transacciones hace que en una sociedad moderna sea verdaderamente indispensable para la sociedad, la existencia de un notariado organizado.

Si el Estado no hace posible que el particular pueda ejercitar su actividad con medios de seguridad, que le permitan lograr el fin que persigue, no se puede decir que ha llenado su función. Si pudiera dudarse de la existencia, de la legalidad e integridad del contenido de una ley, de una sentencia o de un contrato, no se podría vivir en sociedad.

De ahí que se imponga la creación de órganos y conceptos como el de la fe pública, como lo expresa el maestro Luis Carral y de Teresa “la fe que Pública permite que los particulares puedan vivir tranquilos y confiados; y cuando de las relaciones de los particulares se trata, se hace indispensable que ese órgano redacte el documento, guíe e instruya a los particulares, y al mismo tiempo preste autenticidad a los actos por él autorizados”³⁵.

Es obvio que el hecho de que existieran funcionarios especiales para redactar y autenticar actos jurídicos, no implica la desaparición de los otros actos que seguían y continúan celebrándose sin la intervención de tales funcionarios. Existen dos tipos de documentos: los que las partes redactan y firman sin ninguna formalidad, y aquellos que ni redactan, ni escriben, ni firman, sino sólo en presencia del funcionario que estudiamos. He aquí la diferencia entre un documento privado y un documento público.

Al funcionario que interviene en la autenticación de un documento se le llama Notario, y el documento autorizado por él, que es un documento público, es decir, un instrumento público.

³⁵ CARRAL y de TERESA, Luis Derecho Notarial y Derecho Registral, Edit. Porrúa, México 2004. pag, 43

Las actividades del Notario y las normas que rigen su función, no pueden acomodarse en ninguna de las ramas conocidas y convencionales en que suele dividirse el Derecho.

Si el notario sólo fuese un fedatario y un artista de la forma, no tendría el Notariado Latino la categoría que tiene. Es pues, este aspecto de la profesionalidad del notario como jurista, el que mayor categoría le da a su actividad. Se admite que el Derecho notarial consta de dos partes o aspectos:

- Derecho notarial profesional, que a su vez se subdivide en: a).- Profesión notarial y b).- Función pública, y.
- Derecho del instrumento público, que es: La forma notarial y dimensión, define al notario con características que ya hemos aceptado, pues empieza por decir que es una función de orden público y habla en que esta encomendada a particulares Licenciados en Derecho.

El campo de acción de los notarios es amplísimo; principalmente interpreta la voluntad de las personas, siendo que la voluntad y necesidad de cada individuo es diferente, pero todas protegidas por el imperio de la ley.

Al respecto el Licenciado Bernardo Pérez Fernández del Castillo, señala que “una de las funciones más importantes del notario es la de aconsejar a las partes y redactar el instrumento³⁶”. Es importante resaltar que para este autor, y coincidimos con el, la función de aconsejar es muy delicada, ya que si este consejo es dado de forma ligera y errónea, sin respaldo jurídico y moral, traería como consecuencia un perjuicio tanto moral como patrimonial, para las partes, quienes depositan toda su confianza en el notario.

³⁶ PEREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO Bernardo, Ética Notarial, 5ª. Edición, Edit Poúrra México 1996, pag 15.

Cabe recordar que una de las principales características del notario, es que es una garantía institucional, establecida en la propia Constitución, pues la razón de la existencia de la función notarial se encuentra fundamentada en el artículo 122 apartado C., base 1ª. Fracción V, inciso h, de la Carta Magna, la cual le otorga a la Asamblea Legislativa las facultades de legislar en materia civil y penal, así como nombrar al organismo protector de los derechos humanos, participación ciudadana, defensoría de oficio, notariado y registro público de la propiedad y del comercio.

De esta manera el notario es el medio para procurar legalidad y certeza en los actos que celebran los individuos y, a través de su ley reglamentaria, señala complejas y específicas obligaciones para los notarios y las instituciones relacionadas con estos.

De forma específica y para poder dar un panorama más claro de las funciones que realiza el notario, podríamos empezar por lo que establece la Ley del Notariado en su artículo 42, el cuál señala respecto al notario lo siguiente:

“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 mismo en instrumentos públicos de su autoría.

El notario conserva los instrumentos en el protocolo a su cargo, los reproduce y da fe de ellos. Actúa también como auxiliar de la administración de justicia, como consejero, árbitro o asesor internacional, en los términos que señalan las disposiciones legales relativas”.

La actividad del notario consiste en escuchar, interpretar y aconsejar a las partes; así como preparar, redactar, certificar, autorizar y reproducir el instrumento, lo cual se desarrolla de la siguiente forma:

- ESCUCCHAR

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

- INTERPRETAR

El notario después de escuchar a sus clientes, se sensibiliza y busca los motivos y causas del caso, interpretando su voluntad y pretendiendo descubrir sus deseos y el modo de satisfacerlos dentro del ámbito jurídico.

- ACONSEJAR

Una vez que han sido establecidos los motivos por los cuales las partes acuden ante el notario y asimilados por él, éste último dentro de su repertorio jurídico, se encuentra en actitud de dar un consejo eficaz. Es muy frecuente que un planteamiento jurídico tenga diferentes soluciones, las cuales pueden encontrarse en los negocios jurídicos típicos o buscando una solución atípica particular, podríamos decir, un “traje a la medida”.

- PREPARAR

Para la preparación y redacción de una escritura pública, se necesitan cumplir requisitos previos a la firma de la escritura o acta, dependiendo lo que se haga constar; por ejemplo, el notario al momento de realizar un Testamento Público abierto, está obligado a apegarse estrictamente a lo que dispone el Código Civil,

circunstancia que de no hacerlo, el testamento sería nulo, o se estaría en presencia de otro tipo de acto jurídico. La función del notario comienza desde el momento en que debe de cerciorarse de que el testador tiene capacidad jurídica para testar; una vez cerciorado de esta circunstancia, debe escuchar al testador para poder tomar su disposición testamentaria, que será la misma que el notario plasme en su protocolo; luego debe aclarar las dudas del testador, sugiriéndole la opción más correcta y que cumpla el objetivo que el testador pretende para después de su muerte; una vez que el testador ha quedado conforme con la forma en que fue plasmada su voluntad por el notario, firmará la escritura y el notario deberá verificar que la firma plasmada por el testador en su protocolo es la misma que utiliza en sus actos tanto públicos como privados; esta verificación se realiza por las formas establecidas en la Ley del Notariado.

Así mismo, el notario, debe de dar aviso al Archivo General de Notarias, del otorgamiento de testamento, conforme lo dispone el artículo 121 de la propia ley, ya que de no hacerlo el notario será sancionado hasta con la destitución de su cargo.

Cabe mencionar que el notario, recaba la cantidad necesaria de documentos que permiten tener la certeza de que se está actuando conforme a lo establecido por la ley, reduciéndose la posibilidad para que se pueda dar un engaño o fraude. Independientemente de la relación constante con el cliente, el notario por sus conocimientos y experiencia está obligado profesionalmente a coadyuvar con la solución de los problemas sociales que atañen a su comunidad.

- REDACTAR

En la redacción de cualquier documento el notario debe expresarse con propiedad, claridad y concisión, además de utilizar lenguaje jurídico.

Una vez que las personas que han expresado su deseo, el notario determina y califica el tipo de acto de que se trata y procede a la redacción de las cláusulas, en

las que vuelca su creatividad de profesional del derecho demostrando su calidad de jurisconsulto.

Gracias a su estudio conoce las disposiciones que integran el orden jurídico, sabe adecuarlas y ordenarlas para formar el instrumento necesario para los solicitantes. Si la redacción del clausulado es jurídicamente correcta y se usa propiedad y sencillez en el lenguaje, se cumplirá una de las funciones del notario para evitar conflictos entre las partes.

- CERTIFICAR

En la certificación el notario da fe adecuando la función notarial al caso particular. Es la parte del contenido donde manifiesta su fe pública y que puede ser: fe de conocimiento, fe de documentos relacionados con la escritura, fe de lectura y explicación del instrumento, fe de capacidad de los otorgantes y fe de otorgamiento de la voluntad.

- AUTORIZAR

La autorización de la escritura es el acto de autoridad del notario, que convierte al documento en auténtico, ejerciendo sus facultades como fedatario público, da eficacia jurídica al acto de que se trata y permite que las circunstancias asentadas produzcan sus efectos.

- CONSERVAR Y REPRODUCIR

El notario satisface plenamente los ideales de seguridad jurídica, no sólo por su actividad examinadora, sino también por que responde a los principios de conservación y reproducción del documento.

En los documentos privados no hay posibilidad de reproducción, pues a diferencia del notarial no existe una matriz que lo conserve permanentemente. De esto el Licenciado Bernardo Pérez Fernández del Castillo, establece que: “el protocolo pertenece al Estado y es conservado por el notario por solo 5 años y una vez concluido este término se deposita en el Archivo General de Notarias en donde pertenece definitivamente”³⁷.

Por su parte el Licenciado Luis Carral y de Teresa, señala que la función notarial tiene tres finalidades: de seguridad, de valor y de permanencia³⁸.

La seguridad o de certeza, de un documento notarial, es el análisis que hace el notario de la perfección jurídica de su obra, para lo cual tiene que hacer juicios de capacidad, identidad, etcétera, es decir, es la responsabilidad del notario respecto a la perfección de su obra, que es la escritura o acta.

El valor, según la doctrina, implica utilidad, aptitud, fuerza, eficacia para producir efectos. Es la eficacia y la fuerza que otorga la intervención del notario entre partes y frente a terceros.

La permanencia se relaciona con el factor tiempo. El documento notarial nace para proyectarse a futuro. El documento privado es perecedero, se deteriora y extravía fácilmente y por lo tanto es inseguro. En cambio, el documento notarial es permanente e indeleble, tiende a no sufrir mudanza alguna.

La función notarial es una función jurídica y en ella se destaca la actividad profesional del jurista, es función privada, calificada con efectos de publicidad, con valor similar la de una función pública y en ella destaca la activada documental. Es

³⁷ PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO Bernardo, Derecho Notarial Edit. Porrúa, México D.F. 2002, pag 162.

³⁸ CARRAL y de TERESA LUIS, Op. Cit, pag 82.

una función legal porque su existencia y atributos derivan de la ley. Estos caracteres al concentrarse en la función notarial, le proporciona su carácter de autonomía.

El notario del Distrito Federal, como parte del notariado de corte latino, se encarga de interpretar la voluntad de las partes y plasmar ésta en un documento público y auténtico, como una escritura pública, si se trata de dar fe de un acto jurídico, como: el contrato, acta notarial, certifica, un hecho jurídico o material, como la notificación.

Cabe recordar que el notario, redacta el instrumento notarial bajo su responsabilidad, lo autoriza, conserva y reproduce brindando así seguridad y tranquilidad a la sociedad a la que sirve. También se encarga de auxiliar a las autoridades locales y federales en el cálculo y entero de impuestos, derechos y de avisar determinadas circunstancias relevantes de los que el notario tenga conocimiento y vigilar que se cumpla con el procedimiento registral necesario para que se publiquen los actos que ante él se otorgaron.

En síntesis, el notario del Distrito Federal pertenece al conjunto notarial llamado notariado latino, en el que se le exige una capacitación jurídica en la gran mayoría de las ramas del Derecho, que le faculta a dar forma y autenticidad a los actos que pasan ante su fe o a los hechos que éste certifica, redactando, autorizando, conservando y reproduciendo el instrumento público notarial.

El notario del Distrito Federal es un particular (no es funcionario o servidor público) profesional del Derecho, que ejerce la carrera u oficio notarial, brindando seguridad jurídica y certeza a las transacciones de las que da fe, siempre guardando una completa imparcialidad.

El fundamento de lo anterior lo encontramos en el artículo 42 de la Ley del Notariado.

Por tanto, el notario es un particular necesariamente perito en derecho, lo que le permite asesorar a las partes con sentido profesional e imparcialidad, redactando

bajo su responsabilidad el instrumento público notarial (escritura pública y acta notarial), reproduciéndolo, conservándolo, autorizándolo y, previa rogación de parte, registrándolo en el Registro Público para dotarlo de publicidad y oponibilidad frente a terceros.

- FUNCIÓN CREADORA

Esta actividad creadora, pensante, adecuadora a realidades sociales y económicas, ha sido reconocida por las leyes; de esta manera el notario aplica las normas legales e imprime dinamismo al mundo jurídico, por medio de sus instrumentos en actos convencionales que se derivan de la vida diaria como ejemplo están los siguientes:

- El acto de conferir poder se consideró al principio en las legislaciones de Michoacán y Jalisco, como una declaración unilateral de voluntad, por la práctica notarial en su otorgamiento y no un contrato de mandato. Ahora es una práctica común en la República Mexicana.
- La regulación de la escisión de sociedades surgió de una práctica notarial a principios de los años ochenta. Ahora está regulada por la Ley General de Sociedades Mercantiles (LGSM) y por diversos ordenamientos fiscales.

El notario es un auxiliar de los fiscos federal, local y municipal. Se dice que es un retenedor especial de impuestos y derechos. El Estado descansa en la pericia del notario para el cálculo de los impuesto y derechos que gravan los actos o hechos de los que da fe. Siendo que el notario tendrá responsabilidad solidaria por ese cálculo y pago del impuesto, corriendo por su cuenta exclusiva el pago de los accesorios.

Al respecto el artículo 26 de Código Fiscal de la Federación establece lo siguiente:

“Son responsables solidarios con los contribuyentes:

II.- Los retenedores y personas a quienes las leyes impongan la obligación de recaudar contribuciones a cargo de los contribuyentes, hasta el monto de dichas contribuciones”.

Por su parte el artículo 73 del Código Fiscal de la Federación establece que:

“Siempre que se omita el pago de una contribución cuya determinación corresponda a los funcionarios o empleados públicos o a los Notarios o corredores titulados, los accesorios serán, a cargo exclusivamente de ellos, y los contribuyentes sólo quedarán obligados a pagar las contribuciones omitidas. Si la infracción se cometiere con inexactitud o falsedad de los datos proporcionados por los contribuyentes a quien determinó las contribuciones, los accesorios serán a cargo de los contribuyentes”.

Al respecto el notario nunca debe intervenir en asuntos relacionados con actos ilegales y, aunque goza de autosuficiencia y autodeterminación, su actuar siempre deberá permanecer dentro un marco de legalidad.

Lo anterior se debe a que el notario brinda seguridad jurídica, al garantizar al Estado y al particular que los actos que plasma están provistos de eficacia legal, que su redacción es conforme a disposiciones vigentes y sus antecedentes gozan de la misma viabilidad.

El notario del Distrito Federal, como parte del notariado de corte latino, se encarga de interpretar la voluntad de las partes y plasmar ésta en un documento público y auténtico que puede ser una escritura pública, si se trata de dar fe de un acto jurídico o de un acta notarial si se certifica un hecho jurídico o material.

Además el artículo 102 de la Ley del Notariado para el Distrito Federal, dice:

“El Notario redactará en español, sin perjuicio de que pueda asentar las palabras en otro idioma que sean generalmente usadas como términos de ciencia o de arte determinados, y observará”.

Una vez que las partes han expresado su deseo, el notario redacta en forma jurídica la cláusulas de la escritura; así desarrolla su labor de perito en derecho. La redacción del instrumento y su eficacia son su responsabilidad.

Como lo hemos expuesto hasta hora la función del notario no se limita sólo a la redacción de documentos, siendo que también previene conflictos entre los hombres, a través de conocimientos jurídicos, sociales y morales para dar seguridad a quienes acuden a él, interpretar las conductas manifestadas ante él, a fin de que sean correctas y no contravengan las disposiciones legales, y más aun que no se violen los derechos de otros individuos.

Debemos recordar que el notario es una garantía institucional, y las funciones del notario, dependen de las necesidades de quienes solicitan sus servicios, ya sea como consultor o como un dador de fe.

Es de suma importancia que aclaremos que el notario no puede actuar si no le es solicitada su intervención, como lo establece el artículo 45 de la Ley del Notariado.

Artículo 45.- Queda prohibido a los notarios:

IV,. Actuar como notario sin rogación de parte, solicitud de interesado o mandamiento judicial, salvo los casos previstos en esta ley.

Por último, cabe señalar que el notario cuenta con el elemento que lo distingue de los demás individuos que pretenden dar seguridad jurídica a las personas y que es la fe.

La fe pública es un atributo del Estado que tiene en virtud de ius imperium y es ejercida a través de los órganos estatales y del notario. En el sistema jurídico mexicano, el notario, sin formar parte de la organización del poder ejecutivo, es vigilado y disciplinado por medio de él.

Fe significa creer en aquello que no sea percibido directamente por los sentidos, es decir, si los acontecimientos se hubiesen percibido directamente por los sentidos, estaríamos en presencia de una evidencia y no de un acto de fe. Bernardo Pérez Fernández del Castillo menciona que el concepto jurídico de fe es: “la necesidad de carácter público, cuya misión es robustecer con una presunción de verdad los hechos o actos sometidos a su amparo queramos o no queramos creer en ellos”. La fe pública es la garantía que da el Estado de que son ciertos determinados hechos que interesan al derecho³⁹.

La fe pública notarial, es una facultad del Estado otorgada por la ley, y la fe notarial es pública por que proviene del Estado y por que tiene consecuencias que repercuten en la sociedad. La fe pública del notario significa la capacidad para que aquello que certifica sea creíble; esta función contribuye al orden público, a la tranquilidad de la sociedad en que actúa y da certeza de que es una finalidad del derecho. La fe notarial es la garantía que da el notario al Estado y al particular, de que el acto que se otorgó conforme a derecho y que lo relacionado en él es cierto, proporcionando así seguridad jurídica.

³⁹ MANUAL DE SUCESIONES, 11ª. Edición, Edit. Perrot, Buenos Aires Argentina, 1991, pag 9.

CAPÍTULO CUARTO

EL NOTARIO Y SU INTERVENCIÓN EN LA APERTURA DEL TESTAMENTO PÚBLICO CERRADO.

Con anterioridad establecimos que el testamento es un acto jurídico formal, en virtud de que para su validez se requiere que la voluntad del testador conste por escrito, y excepcionalmente, puede manifestarse en forma verbal. Para los testamentos ordinarios, ya explicamos que el conjunto de formalidades constituyen un requisito para su existencia.

Para el testamento existe una disposición especial que se requiere para su validez, siendo que el autor de la herencia exprese su voluntad de forma clara y terminante. Esta voluntad puede ser expresada en forma verbal, sólo en determinados casos, o bien, en forma escrita y dentro de ésta se encuadra el testamento público cerrado.

Los testamentos abiertos son aquellos en los que el testador declara en presencia del notario y de testigos, o simplemente ante los segundos, su voluntad. Puede el testamento abierto redactarse por el notario, por los testigos o por el mismo testador, según los casos; esto no quiere decir que en toda clase de testamento abierto cualquiera de esas personas pueda redactarlo. Dependiendo de las clases de testamento abierto, la redacción se podrá ejecutar o no por las personas que intervengan para autorizar el acto. Lo esencial es la declaración de voluntad que realiza el testador, en presencia de esas personas que conocen y testifican sobre esa declaración.

Aunque el testamento cerrado es un testamento clasificado por nuestra legislación como ordinario y público, éste se caracteriza porque su contenido es desconocido por las personas que concurren a autorizar el acto, es decir, testigos y notario. Se encuentra redactado previamente por el testador o por otra persona a su ruego y se presenta en un sobre cerrado ante notario para que levante una acta que contenga

dicha presentación y declaración, de que en ese sobre se encuentra la disposición testamentaria respectiva. Al respecto, el Licenciado Rafael Rojina Villegas, establece que “el testamento público cerrado puede ser público cerrado, ológrafo y en algunos casos el hecho en país extranjero”⁶⁹.

Éste mismo autor al dar su definición de testamento público cerrado, establece que es aquel en el cual el testador hace sus disposiciones en un documento privado, que guarda en un sobre cerrado. Es importante y llama la atención que éste autor se refiere al escrito en un documento privado; no estoy de acuerdo con la intención que quiso expresar, en virtud de que el Código Civil para el Distrito Federal, es muy claro con respecto de las circunstancias que se deben de observar para otorgar el testamento privado, y entre las que enumera el artículo 1565 se encuentra la circunstancia de que aun existiendo notario o juez en la localidad en que se encuentra el testador, sea imposible o por lo menos muy difícil que se acuda a otorgar éste testamento; con respecto al testamento público cerrado no está sujeto a la imposibilidad de que el testador concurra ante notario a otorgar su testamento, sino que es facultad del testador decidir en realizar testamento público cerrado u de otra especie. Por lo tanto, considero que el término privado podría ser interpretado de forma errónea, considerándose que se trata de un testamento privado, no siendo éste el caso.

Aunque en la práctica el testamento público cerrado no es común, no existe impedimento o circunstancia que nos anteceda para no otorgarlo. Aun no siendo licenciado en derecho, cualquier persona que sea capaz de entender la forma en que debe realizarse, puede otorgarlo.

Es cierto que algunos juristas establecen que es un testamento malo, al compararlo con el testamento público abierto, ya que el testamento público cerrado podría carecer de algunas solemnidades y en algunos, casos contener disposiciones

⁶⁹ ROJINA VILLEGAS Rafael, Compendio de Derecho Civil, Bienes, Derechos Reales y Sucesiones, 37ª. Edición, Edit. Porrúa, México 2005,pag 443.

contrarias a la ley, pero no consideramos que estos criterios deban de influir en su otorgamiento; en cambio, el testamento público cerrado, por las formalidades que se deben de cumplir, seria inaceptable que éste contuviera errores o presentara deficiencias al otorgarse, ya que ante quien se otorga es una de las figuras jurídicas más reconocidas por el Estado, por sus conocimientos jurídicos y la cual tiene la obligación y responsabilidad de hacer que dicho testamento cumpla su objetivo para el cual ha sido otorgado; esta figura a que nos referimos es el notario.

Es cierto que para su otorgamiento se requieren mayores requisitos, mismos que si no se cumplen el testamento estaría afectado de nulidad; por consiguiente la voluntad del testador tendría que regirse por las disposiciones de la sucesión legítima.

4.1.- EFICACIA DEL TESTAMENTO PÚBLICO CERRADO.

En cuanto a su eficacia, para algunos no representa utilidad su otorgamiento. Considero que su utilidad, si bien es de difícil apreciación, existe por el simple hecho de que nuestra legislación hoy en día sigue contemplando su otorgamiento y por consiguiente utilidad para la sociedad en general.

Para poder entender su eficacia y aplicación, trataremos de realizar un análisis objetivo y apegado a las circunstancias que hoy en día experimenta nuestra sociedad.

Podríamos empezar por lo que establece el artículo 1521, del Código Civil para el Distrito Federal, el cual establece lo siguiente:

“El testamento público cerrado, puede ser escrito por el testador o por otra persona a su ruego, y en papel común”.

De lo anterior se desprende que éste puede ser escrito por el testador u otra persona a su ruego y en papel común. Este precepto no establece al respecto qué tipo de escritura debe de observarse, sólo que debe de ser por escrito y en papel común, dejando abierta la posibilidad de que se utilice cualquier instrumento o herramienta por la cual se pueda plasmar la voluntad del testador. Esto lo podemos reforzar con la apreciación que realiza el Licenciado Juan Manuel Aspron Pelayo, al establecer que en éste tipo de testamento si se podrían utilizar medios mecánicos para su facción, a diferencia del ológrafo en el cual la ley exige que sea escrito de puño y letra del testador⁷⁰.

Una forma más de observar su eficacia, es que un fedatario público en éste caso el notario (por así disponerlo la propia ley), da fe de el otorgamiento del testamento; lo que hace constar el notario no es el hecho material de la presentación del pliego cerrado como tal sino de la manifestación que realiza el testador, de que en ese pliego cerrado aparece plasmada su voluntad, que desea se cumpla para después de su muerte y, en su caso, que él autorizo a otra persona para que firmara su disposición testamentaria.

Esta circunstancia tiene la fuerza de conceder al testamento público cerrado eficacia a través de la declaración que hace el testador, que desea que el contenido del testamento sea considerado como su última voluntad, independientemente de que el notario no conozca el contenido del mismo. Es importante destacar que esa manifestación debe de ser hecha por el testador de forma personal, clara y terminante. Lo anterior se desprende de los artículos 1524 y 1525 del Código Civil para el Distrito Federal.

Sigue siendo eficaz por su otorgamiento ya que una figura jurídica investida de fe pública por el Estado como es el notario, levanta un acta en la cual queda plasmado que se cumplieron los requisitos exigidos por la Ley para el otorgamiento de la

⁷⁰ ASPRÓN PELAYO Juan Manuel Sucesiones 2ª. Edición, Edit. Mc Graw Hill, México D.F. 2001, pag 54.

manifestación de voluntad, que con anterioridad a su declaración ante notario; a quedado consignada en un documento, que en el momento en que se escribió u otorgó tenía el carácter de privado y que con la presentación ante notario adquiere el carácter de público. El licenciado Juan Manuel Aspron Pelayo, nos establece por qué es considerado público éste testamento, al decir que “ es público por que se otorga ante notario, en un instrumento público, la escritura, y es cerrado por que el contenido del mismo se desconoce; el notario interviene en el otorgamiento del testamento pero no en la redacción del mismo.”⁷¹

Nuestra legislación, en los testamentos públicos cerrados establece quienes son incapaces para hacer éste tipo de testamento, al señalar que son incapaces de testar las personas que no sepan leer, según lo estipula el artículo 1530.

“Los que no saben o no pueden leer, son inhábiles para hacer testamento cerrado”.

Con respecto a lo anterior, se puede saber si es viable otorgar y aun más importante si surtirá efectos el otorgamiento de testamento público cerrado, cuando se acude ante notario a la presentación del mismo, ya que en ese momento y por los conocimientos jurídicos que distinguen al notario, éste deberá cerciorarse de que el testador sabe leer y, por consiguiente, que está fuera de los supuestos de incapacidad para otorgar testamento público cerrado.

Lo anterior se relaciona con lo estipulado en el artículo 1522 del Código Civil, del cual se desprende que el autor del testamento debe de rubricar y firmar todas las hojas, dando la opción de que si el testador no supiere o no pudiese hacerlo, podrá rubricar y firmar por él otra persona a su ruego.

En éste orden de ideas, el que no sabe firmar no sabe escribir, el que no sabe escribir no sabe leer, y se concluye, el que no sabe leer no puede otorgar testamento

⁷¹ Idem.

público cerrado. Pero no siempre es así, ya que el testador no necesariamente deja de rubricar y firmar porque no sepa escribir, ni leer, sino se puede dar el supuesto de que la persona que otorga testamento se encuentre imposibilitado físicamente para hacerlo, como podría ser la falta de sus miembros superiores (brazos).

El requisito y característica de que se rubriquen cada una de las hojas, es con la finalidad de prevenir que se realice un fraude o falsificación de las mismas la rúbrica se puede poner en cualquier lugar de la hoja. La firma al final del testamento le da mayor veracidad y credibilidad, porque con éste requisito se autentifica las disposiciones testamentarias.

Dentro de los requisitos para que éste testamento tenga eficacia, se encuentra el de su presentación ante notario, para evitar que sufra una alteración, exigiendo cerrar y sellar el sobre en donde se encuentre el pliego escrito que contenga la voluntad del testador, ya sea antes de la presentación o en el mismo acto en que se presente ante notario y testigos.

Por lo que respecta a que se cierre y se selle el sobre que contiene el testamento, consideramos que éste requisito es de realización obligatoria en presencia del notario; además debe de ser con el sello de autorizar del notario, en virtud de que éste, es el medio por el cual el notario ejerce su facultad fedataria en los casos en que interviene. Esta formalidad deberá de realizarse una vez que el notario haya asesorado al testador con relación a los requisitos que exige el Código Civil. No pretendemos que el notario prejuzgue sobre el contenido del testamento, sino que el testador tenga la seguridad de que el acto que otorga es correcto y que el notario aclare las dudas del testador, y en caso de faltar algún requisito se cubra en ese momento.

El artículo 1526, establece que el notario dará fe de que se cumplieron los requisitos de forma, en el momento de la presentación del testamento y su declaración ante tres testigos y el notario.

“Artículo 1526.-El Notario dará fe del otorgamiento, con expresión de las formalidades requeridas en los artículos anteriores; esa constancia deberá extenderse en la cubierta del testamento y deberá ser firmada por el testador, los testigos y el Notario, quien, además, pondrá su sello”.

Es importante señalar que el notario no da fe de que en ese pliego o sobre se encuentra la última voluntad del testador, sino de la declaración que realiza el testador porque éste ya declaró en la presentación que ahí se contiene su última voluntad. Ahora bien, en caso de que el testamento haya sido firmado y rubricado por otra persona que no sea el testador y a solicitud de éste, deberá de ir a la presentación de dicho testamento; ante notario el testador deberá declarar quien es la persona que firmó y rubricó el testamento y que es la autorizada por él.

La existencia de un testamento cualquiera que sea su especie, se convierte en el pilar más importante de todo proceso sucesorio testamentario y ha de dar vida inmediata a todo el proceso; la sucesión cuyo fundamento surge de un testamento se le da el nombre de sucesión testamentaria.

Puede ocurrir que el testamento se pierda, se traspapele, se oculte o se ignore la existencia del mismo. Así, si bien la existencia de un testamento otorgado por acto público, es decir, testamento público abierto, es más fácilmente comprobable que un ológrafo o un cerrado, en cuanto que quedó plasmado en el mismo protocolo del notario, lo que le da la característica de inmortalidad; sin embargo, puede suceder que los herederos ignoren su localización y hasta la existencia del mismo, lo cual puede ser favorable o perjudicial, según el vínculo que a cada uno de estos les corresponda con el autor de la sucesión.

En el entendido que sino se conoce a ciencia cierta de la existencia de un testamento, se pueden dar varias circunstancias que conducen a un error a todos aquellos que crean tener algún derecho en la sucesión de una persona con respecto a sus bienes las hipótesis son muchas, la más simple conversación mantenida con el

causante, una referencia hecha de éste, pueden hacer nacer en la mente del presunto beneficiario, una idea que generalmente es errónea, que por la delicadeza de las situaciones en que se encuentran las familias, se sumergen en la simple e ingrata lucha de “todo es para mí”.

Por ello nuestra legislación trató de evitar por lo que se refiere al testamento público cerrado, que éste fuera objeto de extravío y, en su caso que se le diera un mal uso, por los que se consideraran tener beneficio al haber hereditario del autor de la sucesión, estableciendo de forma facultativa para el testador, la opción de que el testamento fuera conservado por éste o, en su caso, darlo en guarda a persona de su confianza.

El artículo 1537 del Código Civil para el Distrito Federal, establece tres opciones para la conservación del testamento: que el testador puede conservarlo en su poder; que el testador puede darlo en guarda a persona de su confianza y, la que consideramos más acertada, que sea depositado en el archivo judicial, mismo que depende del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.

Por lo que respecta a la facultad de que el testador puede dar en guarda su testamento a persona de su confianza, surge una interrogante ¿ el notario ante quién se realiza la declaración del testador, de que en ese sobre se contiene su última voluntad, puede tomar en guarda dicho testamento?.

Consideramos que no, esto con fundamento en el artículo 45 fracción IX de la Ley del Notariado Para el Distrito Federal, la cual establece lo siguiente:

“Artículo 45. Queda prohibido a los notarios. ...

... IX. Recibir y conservar en depósito sumas de dinero, valores o documentos que representen numerario con motivo de los actos o hechos en que intervengan, excepto en los siguientes casos;

- a) El dinero o cheques destinados al pago de gastos, impuestos, contribuciones o derechos causados por las actas o escrituras, o relacionados con los objetos de dichos instrumentos;
- b) Cheques librados a favor de acreedores en pago de adeudos garantizados con hipoteca u otros actos cuya escritura de extinción vaya a ser autorizada por ellos;
- c) Documentos mercantiles y numerario en los que intervengan con motivo de protestos; y
- d) En los demás casos en que las leyes así lo permitan.

En los casos señalados en esta fracción, el notario, dará el destino que corresponda a cada cantidad recibida, dentro de los plazos que señalen las disposiciones legales aplicables; en su defecto, tan pronto proceda.”

Es cierto que esta fracción, a los supuestos a que se refiere es para documentos que tienen un valor estimable en dinero, pero también puede ser aplicado al depósito que se pretendiera hacer de un testamento cerrado, aunque no es un título de crédito o consigne consigo un valor numerario, si representa un valor moral para los familiares del de cujus, porque representaría un valor patrimonial que puede realizarse en dinero, al hacer la cuantificación de la masa hereditaria.

No obstante el notario está impedido y en virtud de la obligación que tiene de conservar en su poder por cinco años el protocolo, en el cual hace constar los actos y hechos pasados ante su fe, por tal razón sería imposible que un notario por espacio y tiempo conservara un testamento público cerrado.

En el sentido de que el testamento tenga eficacia, el artículo 1538 da las bases para que el testador se presente ante el encargado del archivo judicial, a depositar el mismo, sin más formalidades, como la de que sea de forma personal o a través de

mandatario, y el encargado del archivo levantará una razón en el libro que para tal efecto debe de llevar.

4.2.- NULIDAD E INEFICACIA DEL TESTAMENTO PÚBLICO CERRADO.

El testamento como todo acto jurídico, puede estar sujeto a la nulidad del mismo por diversas causas, que impiden que surta efecto ante la sociedad o ante los individuos a quines va dirigido. Es decir, toda manifestación de voluntad debe de ser clara y terminante, en virtud de que los individuos que la manifiestan tienen capacidad tanto de goce como de ejercicio.

En los testamentos aunque no existe pluralidad de voluntades, por estar prohibido por la ley, ya que estos, como lo mencionamos con anterioridad, es un acto personalísimo, existe la manifestación de voluntad con la finalidad de producir consecuencias de derecho; esta voluntad debe de expresarse sin ninguna circunstancia que haga presuponer que no es lo que quiso expresar o lo que pretendía el testador, por existir una circunstancia que lo obligó a tomar esa decisión.

La nulidad del testamento público cerrado, está sujeta a las mismas causas de nulidad que se pueden presentar en los testamentos tanto ordinarios con especiales, tomando en cuenta que por la naturaleza de cada uno la nulidad deberá de observarse, en relación a las formalidades que para su otorgamiento se requiere.

La nulidad de éste tipo de testamento puede existir cuando no se observan las solemnidades que se exigen para su otorgamiento. La nulidad de un testamento independientemente de la índole que fuera, deberá ser siempre declarada por un juez de lo familiar, en el entendido de que estos tienen jurisdicción en esta materia.

La nulidad de testamento es “la resolución judicial mediante la cual se decreta la invalidez de un testamento”⁷².

Se establece que la nulidad de un testamento debe ser declarado por una autoridad judicial, en el entendido que el testamento es un instrumento público, realizado por un notario, esto en relación a lo preceptuado en el artículo 156 de la Ley del Notariado para el Distrito Federal. Todo documento expedido por un notario tiene la presunción de legalidad y validez.

Un testamento puede ser nulo por cualquiera de las causas previstas en la ley para los actos jurídicos, en especial por no revestir la solemnidad que preve la ley en cada caso particular, que se señale por tipo de testamento o por que el testador no gozaba de lucidez al momento de hacer el testamento.

Para decretar la nulidad de un testamento se debe de observar previamente, que el que lo otorgó tenía la capacidad de realizarlo; es indispensable acreditar que en el momento en que se otorgó el testamento el testador no disfrutaba de sus cualidades mentales, en su caso que no tenía lucidez. Cualquier presunción derivada del testamento es meramente eso una presunción.

Decretar la nulidad de un testamento no es nada fácil, máxime si el mismo se realizó ante un fedatario en el caso de los testamentos ordinarios, por lo que se presume la autenticidad y legalidad del testamento. Al respecto existe la siguiente la siguiente resolución de la Suprema Corte de Justicia:

TESTAMENTO, NULIDAD DEL. LA DEMENCIA DEL AUTOR DE LA SUCESIÓN NO SE ACREDITA POR EL HECHO DE QUE HUBIESE INSTITUIDO LEGADOS DECLARADOS NULOS. De la circunstancia de que en el testamento el autor

⁷² BUSTOS RODRÍGUEZ, WONG BERMÚDEZ, TORRES ESTRADA, BEJARANO SÁNCHEZ, Diccionario de Derecho Civil, Edit. Oxford, México 2006, pag 62.

de la sucesión hubiera realizado legados declarados nulos, no se infiere la perturbación de sus facultades mentales; aceptar lo contrario significaría que cada vez que una persona realizara un acto, afectado de nulidad se consideraría que su salud mental se encuentra dañada, lo que desde luego es inaceptable.

Novena Época.

Instancia: Octavo Tribunal Colegiado en Materia Civil del primer Circuito.

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta.

Tomo VI, septiembre de 1997.

Tesis: 1.8º.C.149 C.

Página:742.

La nulidad de un testamento independientemente de que sea ordinario o especial, su nulidad sólo puede ser promovida, por no haberse hecho con las solemnidades señaladas en la ley o por que el testador no gozaba de lucidez al momento de su realización, pero no procede la nulidad por el hecho de que en el testamento no se considero a un familiar o pariente del testador.

El licenciado Ignacio Galindo Garfias, enumera las causa por las cuales puede ser nulo un testamento, al respecto establece: “ las causas de nulidad de la disposición testamentaria son: la incapacidad mental de testador que existe en el momento de otorgar el testamento, la falta de solemnidades del testamento que establece la ley para su validez, la incapacidad de los testigos testamentarios⁷³”.

Éste mismo autor concluye que las causas de nulidad de los testamentos se refieren a la capacidad del testador para disponer por testamento de sus bienes. Para lo referente al testamento público cerrado, se debe de tener presente lo dispuesto por

⁷³ GALINDO GARFIAS Ignacio, Derechos Reales y Sucesiones, Edit. Porrúa, México 2004, pags. 204y 205.

los artículos 1521 al 1526, del Código civil para el Distrito Federal, que se refieren a las solemnidades que se debe de observar para su otorgamiento, y dichas formalidades concluyen con lo preceptuado en el artículo 1526, que es donde podemos considerar que se concentran todas y cada una de las formalidades exigidas para su otorgamiento, siendo que éste artículo establece que el notario dará fe del otorgamiento del testamento público cerrado, expresando que se han cumplido las formalidades requeridas para su conformación.

Estamos en el entendido de que el notario no daría fe de un acto cuyas formalidades no han sido cubiertas; dentro de estas va implícito la obligación del notario de cerciorarse de que el testador tenía capacidad para otorgar el testamento.

Si un testamento fuera declarado nulo, el efecto es que de forma inmediata se produciría la apertura de la sucesión legítima en la forma y términos que la ley establece, y estaríamos hablando de la inexistencia de un testamento y no de la nulidad, ya que la nulidad del mismo es como si nunca se hubiera otorgado.

La nulidad del testamento no sólo es por falta de solemnidad por incapacidad del testador; existen otras como son la forma en que se manifieste la voluntad de las personas. En el capítulo de nulidad de los testamentos, nuestro Código califica como nulos los siguientes: la institución de heredero o legatario hecha en memorias o comunicados secretos, el testamento hecho bajo la influencia de amenazas contra la persona del testador, sus bienes, o contra la persona o bienes de su cónyuge o de sus parientes, el testamento captado por dolo o fraude, el testamento en que el testador no expresa clara y cumplida su voluntad sino por señas o monosílabos en respuesta a las preguntas que se le hacen, el que se otorga en contravención a las formas establecidas por la ley, el testamento que no se hace personalmente por el testador sino por comisario o representante, el testamento hecho por dos o más personas en el mismo acto y el testamento público abierto que no se hace en un sólo acto.

Es importante mencionar que la nulidad de un testamento sólo puede ser realizada después de la muerte del testador, nunca en vida de quien lo otorgó, por la razón de que un testamento aun realizado con todas las formalidades exigidas por la ley, no tiene razón de ser hasta que ya no exista el testador, en el entendido de que sus efectos son producidos después de la muerte; podríamos decir que éste elemento es el que da vida y razón de ser de un testamento. El maestro José Arce y Cervantes, establece que la acción de solicitar la nulidad de un testamento es una acción de carácter personal, que se dirige contra aquellas personas que fueron instituidas en el testamento y corresponde sólo a los interesados en la herencia.⁷⁴

Podemos establecer, en cuanto al testamento público cerrado, que éste dejará de producir efectos si carece de alguna de las formalidades exigidas por el Código Civil, trayendo consigo una sanción para el notario por esta nulidad; cabría reflexionar si es posible esta circunstancia considero que no porque el notario tiene el deber ético y profesional de dar seguridad y certeza jurídica del acto del cual da fe, como es el testamento público cerrado.

Un testamento público cerrado no podrá ser declarado nulo por lo que respecta a su otorgamiento, en cuanto a tiempo y espacio, en virtud de que éste pudo ser otorgado en un momento y presentado ante notario en otro; así pudo ser otorgado en otro Estado de la República y presentado ante un notario del Distrito Federal; en cuanto a fechas que se tomen en cuenta para su validez, prevalecerá la que asiente el notario en su protocolo por lo que se refiere a la autorización y entrega del mismo.

El Código Civil, respecto a la nulidad del testamento establece que éste dejará de surtir efectos siempre que se encuentre roto el pliego interior o abierto el que forma la cubierta, o borradas, raspadas o enmendadas las firmas que lo autorizan aunque el contenido no sea vicioso.

⁷⁴ ARCE Y CERVANTES José, de las Sucesiones, 8ª. Edición, Edit. Porrúa, México 2006, pag 144.

Al respecto podemos establecer que el Código Civil, en el artículo 1548, se refiere a la nulidad utilizando el término “quedara sin efectos”, dando por entendido que si un testamento no produce sus efectos es porque el mismo es nulo. Así mismo, en el mismo precepto se utiliza la frase “aunque el contenido no sea vicioso”, ¿a que se quiso referir el legislador al utilizar éste tecnicismo?, ¿podría ser un vicio la inoficiencia del testamento? ¿la inoficiencia lo convierte en nulo?.

Contestando la primera interrogante, podemos establecer que sí es un vicio la inoficiencia de un testamento, ya que un testamento inoficioso es aquel en el que no se deja la pensión alimenticia a favor de la o las personas que conforme a la ley tengan derecho a recibirla. Respecto a las personas que tienen derecho a la pensión alimenticia sucesoria, sólo tienen derecho quienes hubiesen tenido derecho a heredar conforme a la sucesión legítima y que hayan sido excluidos de la herencia, siempre y cuando se encuentren en los supuestos que señala el artículo 1368 del Código Civil.

En respuesta a la segunda interrogante, concluimos que no, ya que como lo establece el artículo 1375, el beneficio de solicitar la pensión alimenticia que la ley establece, no afectará el contenido del testamento. Siendo que el derecho de testar es absolutamente libre en nuestra legislación y el autor de la herencia no está obligado a dejarle nada a nadie, sino que lo único que la ley protege es a quienes tengan necesidad y a quienes el de cuius hubiera tenido obligación de darles alimentos, que podrían ser los familiares.

Con base en lo comentado y por lo que se establece en los artículos 1372 y 1375, el derecho a la pensión alimenticia sucesoria sólo corresponde a aquellas personas que habrían sido herederos, en caso de que el autor de la herencia no hubiera hecho testamento, es decir, sólo se establece a favor de los desheredados cuando se haya realizado testamento.

De lo antes expuesto, concluimos que el testamento público cerrado está sujeto a las mismas causas de nulidad que todos los actos; que para su validez deben de revestir una forma y apegarse a las disposiciones que le son aplicables a los de su clase, así como a las especies de testamentos contemplados en nuestra legislación, y que su eficacia o nulidad depende de las formalidades observadas en su otorgamiento, estableciendo el artículo 1548, de forma específica, cuándo el testamento público cerrado será nulo, observando que su nulidad corresponde a la alteración al mismo por quienes lo ostenten.

Si el contenido de éste testamento contiene disposiciones contrarias a derecho, no lo hace por ese simple hecho nulo; la nulidad sólo será aplicada para dichas disposiciones, en el entendido de que nuestra propia legislación establece que las disposiciones hechas en contravención a la propia ley no se tendrán por hechas.

Si un testamento es declarado nulo no existiría la razón de analizar su eficacia por no existir el testamento. Cuando me refiero a que un testamento no exista, no es desde la perspectiva de que físicamente no se encuentre plasmado en papel común u en hoja testimonio cuando se trate de un testamento público abierto, sino que, aunque se pueda palpar no tiene razón de existir, ya que nunca producirá sus efectos previstos por la ley, aun cuando se declare infundada su nulidad.

4.3.- ANÁLISIS A LOS ARTÍCULOS 166 Y 167 DE LA LEY DEL NOTARIADO PARA EL DISTRITO FEDERAL.

En éste trabajo analizaremos qué es lo que contienen los artículos correspondientes al Capítulo IV de la competencia, para Realizar Funciones Notariales en Asuntos Extrajudiciales y de Tramitación Sucesoria ante Notario, Sección Segunda Normas Notariales de Tramitación Sucesoria, contenidas en la Ley del Notariado Para el Distrito Federal.

En la Ley del Notariado del 30 de Diciembre de 1999, se estableció la posibilidad de que, ante notario se hagan constar actos y hechos que antes eran de exclusivo conocimiento de jueces y secretarios de juzgados, como los casos de apeo y deslinde, informaciones *ad perpetuam*, cambio de regímenes matrimoniales y el más importante de todos ellos, la tramitación de las sucesiones intestamentarias.

Esta forma de tramitar sucesiones de forma extrajudicial es una innovación del Código de 1932; en los anteriores no existía la tramitación extrajudicial, de las sucesiones ante notario.

Las posiciones doctrinales más importantes sobre el tema de las sucesiones tramitadas por notario son dos: La primera sostiene que se trata de actos de jurisdicción voluntaria delegados a un notario; la segunda considera que es el otorgamiento y formalización de declaraciones y convenios celebrados, entre los herederos y el albacea ante notario⁷⁵.

Algunos autores argumentan que cuando se tramita una sucesión ante notario, simplemente se trata de la formalización de declaraciones y convenios; al respecto el Licenciado Bernardo Pérez Fernández del Castillo establece, que, “esta cuestión no deja de tener implicaciones jurídicas serias, pues de ellas se deduce que cualquier notario de la República estaría legitimado para que ante él se tramitara una sucesión testamentaria o se termine un intestado, sin importar cual fue o dónde tuvo el autor de la sucesión su último domicilio o la mayor parte de sus bienes raíces⁷⁶”.

Como ya lo hice notar, la tramitación sucesoria es de nueva inserción en la Ley del Notariado para el Distrito Federal. Partiremos de lo concerniente a las facultades delegadas a los notarios para la tramitología de las sucesiones testamentarias como

⁷⁵ PEREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO Bernardo, Derecho Notarial, 12ª. Edición, Edit. Porrúa, México 2002, pag, 148.

⁷⁶ PEREZ FERNADEZ DEL CASTILLO Bernardo, Op. Cit. Pags, 148 y 149.

intestamentarias, así como hacer notar que los notarios cumplen con los requisitos para poder realizar la apertura de un testamento público cerrado.

El artículo 166 de la ley en comento, en cuanto a los asuntos susceptibles de conformación por el notario mediante el ejercicio de su fe pública, resalta en la fracción segunda de dicho artículo, que éste puede intervenir en todos aquellos asuntos en que no exista controversia judicial, lleguen los interesados voluntariamente a un acuerdo sobre uno o varios puntos de un asunto, o en su caso, al acuerdo en su totalidad; también la fracción III del mismo artículo reformada el 14 de diciembre del 2000, establece que el notario puede intervenir en todos aquellos asuntos que en términos del Código de Procedimientos Civiles, conozcan los jueces en vía de jurisdicción voluntaria, en los cuales el notario podrá intervenir en tanto no existan menores no emancipados o mayores incapacitados. El Licenciado Bernardo Pérez Fernández del Castillo, comenta que la tramitación de las sucesiones ante notario son de “orden convencional y no jurisdiccional,⁷⁷” esto quiere decir, que si los interesados y quienes creen tener derecho a la sucesión, llegan a un acuerdo de que la sucesión sea tramitada por un notario, pueden realizarla siempre y cuando se cumplan los supuestos de la ley.

Respecto a los asuntos extrajudiciales y tramitación sucesoria ante notario, temas totalmente novedosos en esta ley, estos liberan de una carga innecesaria a los juzgados, respondiendo a una tendencia del notariado latino recogida de las legislaciones notariales más avanzadas en el mundo, como la francesa. El artículo 166, prevé que puede el notario conocer de asuntos en que habiendo contienda judicial, los interesados le soliciten haga constar los acuerdos, hechos o situaciones de que se trate para llegar a determinados arreglos, lo cual va principalmente encaminado a que el notario participe en la formulación de convenios de transacción.

El notario ahora puede intervenir en sucesiones en las que no hubiere controversia alguna y cuyos herederos sean mayores de edad, menores emancipados o personas

⁷⁷ Idem.

jurídicas. Los jueces pueden indicar al notario que deje de intervenir, por existir solicitud de interesado y los mismos lo estimen conveniente.

Por lo que respecta a las sucesiones testamentarias, el notario puede conocer sin estar sometido a competencia alguna, relativa a territorio o domicilio del de cujus, con la exigencia de que el notario solicite los informes de la existencia de depósito de otros testamentos, al Archivo Judicial y al Archivo General de Notarias, correspondientes al domicilio del finado y del notario mismo. Por lo que respecta a estos informes, en la práctica cuando se llevan los juicios sucesorios ante los tribunales, muchas veces estos omiten solicitar cuando se trata de testamentos otorgados fuera del Distrito Federal, los informes a las dependencias del lugar en donde se otorgó el testamento; esta falta de atención considero que muchas veces es por desconocimiento de la propia ley y por el exceso de trabajo que tienen los tribunales.

En concreto, podemos establecer que el artículo 166 nos da la forma específica y concreta, en qué asuntos extrajudiciales puede intervenir el notario, entre los cuales se encuentra la tramitación de sucesiones, ya sean estas testamentarias o intestamentarias.

La Ley del Notariado, en su artículo 167 nos da las bases para que los notarios puedan conocer de los juicios sucesorios, estableciendo que sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 782 del Código de Procedimientos Civiles, en las sucesiones en que no hubiere controversia alguna, cuyos herederos fueren mayores de edad, menores emancipados o personas jurídicas, podrán tramitarse ante notario.

“Artículo 782.- Iniciado el juicio y siendo los herederos mayores de edad, podrán después del reconocimiento de sus derechos, encomendar a un notario la formación de inventarios, avalúos, liquidación y partición de la herencia, procediendo en todo de común acuerdo, que constará en una o varias actas. Podrán convenir los interesados que los acuerdos se tomen a mayoría de votos, que

siempre serán por personas. Cuando no hubiere éste convenio, la oposición de parte se substanciará incidentalmente ante el juez que previno”.

El artículo 167 de la Ley del Notariado para el Distrito Federal, destaca que los notarios pueden iniciar un juicio sucesorio o continuar con uno ya iniciado ante los tribunales, no siendo esto correcto, ya que el artículo 782 del Código de Procedimientos Civiles, se refiere a la circunstancia en la cual ya se realizó la apertura de una sucesión, sea esta testamentaria o intestamentaria, y da la impresión de que el juzgador quisiera deshacerse del asunto, en virtud de que existen otros de mayor importancia, o que por exceso de trabajo decide ya no conocer de estos asuntos, siendo una falta de respeto para los interesados en la sucesión y los notarios públicos.

Considero que esta circunstancia prevista en el artículo 782, trae un perjuicio a los herederos, en cuanto a tiempo y dinero, circunstancias que podrán evitarse si la tramitación de un juicio sucesorio es iniciado desde un principio con un notario. Lo anterior es en cuanto al gasto monetario, ya que los interesados en la tramitación sucesoria, realizan doble gasto; primero buscando asesoría con abogados litigantes, que la mayoría de las veces cobran honorarios por asesorar a las partes, posteriormente vendría un segundo gasto al iniciar el juicio ante los tribunales, ya que los abogados litigantes cobran una parte en numerario o toda por iniciar el juicio y concluir con la primera etapa ante el órgano jurisdiccional, prevista por el artículo 782 del Código de Procedimientos Civiles; una vez concluida ésta, como lo prevé el artículo en comento, aunque es facultativo, los herederos ya en ese momento declarados pueden decidir si prosiguen el juicio ante la autoridad judicial o encomiendan a un notario la tramitación de las posteriores etapas.

Si deciden tramitar las posteriores etapas ante un notario, traería consigo un tercer gasto por la asesoría de un notario, ya que éste debe verificar si es competente para conocer del asunto, no obstante que los abogados litigantes cobran la parte que les

adeudaban y algunas veces los gastos extraordinarios, como solicitud de copias certificadas de actas de nacimiento para acreditar el entroncamiento tratándose de sucesiones intestamentarias, copias certificadas de actas de matrimonio, constancias de no matrimonio del autor de la sucesión, cuando se pretenda acreditar el concubinato, entre otros que pueden existir.

En cuanto al tiempo en la tramitación de la primera etapa, aproximadamente se llevaría hasta su conclusión noventa días, tiempo en que, la tramitación ante notario ya estaría por concluida, es decir, ya se habría concluido el trámite hasta la cuarta etapa que es la de partición o adjudicación, más no su inscripción ante el Registro Público de la Propiedad, por lo que se refiere a la etapa de partición y adjudicación cuando existan bienes inmuebles, ya que es un requisito en el que el notario no puede intervenir para acelerar su inscripción ante dicho órgano.

Por lo anterior, considero que el artículo 782 del Código de Procedimientos Civiles debe de ser modificado, para evitar un perjuicio a los interesados en la tramitación sucesoria, ya sea testamentaria o legítima.

Cabe resaltar que el artículo 167 no hace distinción entre los dos tipos de sucesiones y las condiciones que se exigen para que los notarios conozcan de éstas. En cuanto a las circunstancias que se deben de dar son demasiadas subsanables que por la capacidad jurídica y conocimientos propios de los notarios sabrían reconocer.

Este mismo artículo, en su parte final da origen al punto medular de éste trabajo, ya que hace referencia a la imposibilidad de que los notarios puedan conocer sobre la apertura de un testamento público cerrado, así como la declaración de ser formal un testamento especial. Estable que sólo los jueces serán competentes para conocer de estos asuntos, el cual literalmente establece: “La apertura de testamento público cerrado, así como la declaración de ser formal un testamento especial, de los previstos por el Código Civil, se otorgará siempre judicialmente” .

Al respecto, para que el otorgamiento de éste testamento surta efectos, es decir, que no éste afectado de nulidad y por consiguiente tenga eficacia jurídica, una de las solemnidades indispensables es que quien otorga éste testamento, acuda ante notario público a realizar la declaración de que en ese pliego cerrado se encuentra su última voluntad, y el notario le da el carácter de público al levantar un acta en la cual se hace constar la declaración del testador.

Una de las interrogantes que surgirían es si es correcto que el notario realice un acta o una escritura; me refiero a esta circunstancia porque si partimos de que el testamento es un acto jurídico y conforme a las características de los actos jurídicos que son las de producir consecuencias de derecho, el otorgamiento de éste acto (testamento), debería de hacerse constar en una escritura, conforme lo establece el artículo 1295 del Código Civil para el Distrito Federal y 100 de la Ley del Notariado para el Distrito Federal.

“Artículo 1295.- 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”.

“Artículo 100.- Escritura es el instrumento original, en la que el notario asienta en los folios, para hacer constar uno o más actos jurídicos, y que firmado por los comparecientes, autoriza con su sello y firma”.

Conforme los artículos anteriores, ante notario firman el testador, los testigos y el mismo notario, dándose los requisitos para que se considere que éste acto debe de constar en una escritura.

Ahora bien, el artículo 125 de la Ley del Notariado para el Distrito Federal en comento, da la definición de que es un acta.

“Es el instrumento público original, en que el notario a solicitud de parte interesada, relaciona para hacer constar bajo su fe,

uno o varios hechos presenciados por el o que le consten, y que asienta en los folios del protocolo a su cargo, con la autorización de su firma y sello”.

De este artículo se desprende que sólo se hacen constar hechos. El testamento no es un hecho; dicho artículo establece que se levantará un acta a solicitud de parte interesada; en el testamento es obligatorio acudir ante notario porque no es facultad potestativa del testador, sino es porque la ley lo ordena y, por último, el acta puede ser firmada o no por quien solicitó la intervención del notario, siendo que para el testamento público cerrado es obligación que firme el testador y testigos el acta.

Concluimos que por lo que respecta a la característica de ser público, es porque el notario hará constar en escritura pública la declaración del testador en un pliego cerrado presentado ante el notario, donde se encuentra contenida su última voluntad, habiendo quedado plasmada en un testamento público cerrado.

Siguiendo con el análisis del artículo 167 de la Ley del Notariado, en su parte final, considero que no debería ser exclusiva la facultad de los jueces de lo familiar, hacer la apertura del testamento público cerrado, ya que la naturaleza misma del testamento para el otorgamiento, exige que se acuda ante notario a presentar el pliego cerrado que contenga la declaración de que en ese sobre se encuentra el testamento otorgado, el cual posteriormente dará origen a la sucesión testamentaria; se requiere de la intervención de un notario para que pueda surtir plenos efectos, es decir, para que un testamento público cerrado no sea declarado nulo por falta de forma, el notario, cuando se presenten ante él deberá de observar lo establecido por el Código Civil para su otorgamiento, estableciendo el artículo 1526 que el notario dará fe del otorgamiento con expresión de que sean cumplidas las formalidades previstas en los artículos 1521, 1522, 1523, 1524, y 1525 de Código Civil para el Distrito Federal, y por tal circunstancia, que el testamento debe de ser válido y por consecuencia que surtirá plenos efectos después de la muerte de quien lo otorgó.

Al respecto, el Licenciado Francisco Xavier Arredondo Galván, hace un análisis muy importante de la intervención del notario en algunos procedimientos de jurisdicción voluntaria, estableciendo que “sólo deben de ser atribuidas a la competencia notarial aquellas actuaciones de jurisdicción voluntaria o de carácter cautelar-privado, cuya finalidad pueda ser lograda por el notario según las normas que regulan su función y que no desvirtúen su compleja red de funciones públicas⁷⁸.”

Así, mismo el mismo autor establece cuales serían los asuntos de jurisdicción voluntaria en los que el notario no debe intervenir; “no deben de ser notariales y deben de quedar en la competencia judicial, los actos de jurisdicción voluntaria que afecten los intereses públicos, los actos en que se trate de la persona o de los bienes de los menores e incapacitados, cuando se trate de autorizaciones complemento de capacidad y en general cuando el juez intervenga como autoridad para definir y determinar un nombramiento o la definición de un derecho no controvertido⁷⁹”.

De esta manera respecto a los asuntos de jurisdicción voluntaria en los que puede intervenir el notario y si consideramos que una de las características de esta figura es la inexistencia de controversia entre las partes, además de que la tramitación sucesoria ante notario puede ser por convenio entre los interesados a ésta, podemos establecer que es correcto y apropiado que un notario conozca de la apertura de un testamento público cerrado, y así como, la iniciación y tramitación del juicio sucesorio ante su fe, con estricto apego a las formalidades exigidas por el Código Civil para el Distrito Federal y el Código de Procedimientos Civiles.

Se debe de transferir al notario todas aquellas actuaciones que no tengan conflictos por su propia tramitología y naturaleza, a fin de que los jueces puedan administrar mejor la justicia entre los ciudadanos; además, con tal transferencia se cumple con la anhelada medida de desahogar al Poder Judicial de todos los actos de jurisdicción voluntaria, que no impliquen actos de autoridad o autorizaciones de capacidad,

⁷⁸ Revista Mexicana de Derecho, edit. Mc Graw Hill, año 1, Numero 1, México 1999 pag 183.

⁷⁹ Revista Mexicana de Derecho Op. Cit. pag 184.

abatiendo así la lentitud y rezago, bajando considerablemente el costo de la justicia para el Estado.

No se justifica la intervención del poder judicial en la sucesión testamentaria, cuando los herederos o legatarios en la sucesión testamentaria son mayores de edad y no existe controversia alguna; por ello, debería quedar la competencia exclusiva ante notario. Así, el particular podrá llevar todo el trámite sucesorio de cuatro secciones (de sucesión, de inventarios, de rendición de cuentas, de partición y de adjudicación) ante notario. Con lo anterior se elimina la práctica de iniciar el procedimiento testamentario y concluir sólo la primera etapa ante autoridad judicial, es decir, la etapa de sucesión, donde ya se declararon los herederos y albacea, solicitando al juez separarse del procedimiento judicial para continuar el trámite sucesorio ante el notario, quien deberá entonces protocolizar el inventario y proceder a la adjudicación de los bienes inventariados a favor de los herederos o legatarios.

Con éste cambio de sistema se lograría un gran descongestionamiento de los asuntos no litigiosos ni de interés público, que deben ser ajenos a la función jurisdiccional de los jueces y se verían favorecidos los usuarios con tiempos más cortos en los procesos y abatimiento importante de costo. Se evitaría también lo que resulta inexplicable para los herederos, cuando habiéndose llevado todo el trámite ante el juez los herederos, a través del albacea deben solicitar la intervención de un notario para que en su caso realice la protocolización de inventario y avalúo y realice la escritura de partición si hay inmuebles, luego de dictada la sentencia que concluya la cuarta etapa denominada de partición, y ponga a disposición del notario de su elección los autos del procedimiento, quien los recogerá, y procederá a protocolizar la sentencia respectiva, a fin de darle forma legal a la adjudicación decretada, por existir transmisión de propiedad inmueble con valor superior a los 365 veces salario mínimo general, vigente para el Distrito Federal, según establece el artículo 2317 del Código Civil para el Distrito Federal en vigor, que regula la forma que deben de revestir los inmuebles cuyo valor rebase o sea dicha cantidad.

Respecto a la intervención del notario en sucesiones intestamentarias sin conflicto ni menores de edad, es justificable que el notario intervenga desde el inicio de esta sucesión, cuando los herederos son mayores de edad y no hay conflicto entre ellos.

Sin embargo, es importante definir el procedimiento para la primera etapa, que considero es muy similar a la que se realiza ante el juez. Deberán de presentar un escrito de solicitud de trámite de intestado ante notario, acompañado de elementos que justifiquen el patrimonio y parentesco con el finado. El notario deberá solicitar del Archivo General de Notarias y del Archivo Judicial, que le informen si existe disposición testamentaria otorgada por el autor de la sucesión; si de los informes se desprende que no existe disposición alguna, se proseguirá con el juicio intestamentario; los herederos declararan junto con dos testigos que no conocen a persona alguna, con igual derecho o uno preferente a heredar que ellos mismos; el notario tomará la declaración de los testigos por separado, que en general se refiere a saber si son los únicos herederos del de cujus; una vez realizadas estas declaraciones, el notario dará a conocer dichas declaraciones mediante dos publicaciones en un periódico de circulación nacional, en un intervalo de diez días entre una y otra; en la misma escritura se nombrara albacea, quien aceptará y protestará su fiel y legal desempeño.

Así se suprimiría lo dispuesto por el artículo 876 del Código de Procedimientos Civiles, que obliga a iniciar siempre el trámite intestado ante juez, y permite continuar el trámite sucesorio ante notario, una vez que se hayan reconocido judicialmente como herederos.

Se justifica la intervención del notario porque se trata de actos de jurisdicción voluntaria de naturaleza cautelar privada, que pueden ser resueltos por el notario, ya que es un profesional del derecho titular de funciones públicas, entre las cuales están las de asesorar, legitimar y autenticar las actuaciones donde intervenga para garantizar a los particulares la debida legalidad y seguridad jurídica. La intervención del notario debe de ser exclusiva porque no hay justificación alguna para mantener

éste tipo de procedimientos a cargo de un juez de lo familiar; sólo así se lograría abatir el costo de la justicia, al no distraer recursos del fisco para tramites de interés sólo de los promoventes, con el consecuente fortalecimiento del ejercicio de la verdadera función jurisdiccional.

Las ventajas de que los notarios puedan hacer la apertura de un testamento público cerrado, es menos engorroso para los interesados, pudiendo aclarar de forma inmediata las dudas que tuvieran sobre la validez del mismo o en su caso, quienes son instituidos como herederos en testamento respectivo. Esto se daría utilizando la experiencia y capacidad jurídica de los notarios, en virtud que el acceso a la función notarial se realiza a través de un riguroso examen de oposición que implica rigurosos estudios y larga capacitación previa en una notaria.

De esta manera y por la práctica diaria, el notario es un experto jurídico. Esa experiencia lo convierte en un buen perito en la materia sucesoria, y lo coloca en la mejor posición como órgano adecuado para auxiliar al Poder Judicial, en el manejo de los procesos de interés privado como la apertura de un testamento público cerrado y su tramitología sucesoria.

Considero que no existe impedimento legal para que un notario haga la apertura de un testamento de éste tipo, ya que ante los jueces competentes, el notario es pilar importante para que un testamento surta efectos.

La capacidad jurídica de los notarios para realizar sus actuaciones, incluyendo en que en lo futuro el notario realice la apertura de éste testamento, con las responsabilidades administrativas, civiles y penales que establece la ley para la prestación de los servicios de un notario, esta responsabilidad en conjunto con la experiencia jurídica puede ser aprovechada por el Estado, sin necesidad de contratar o formar nuevos abogados para estos asuntos en específico.

Entre otras consecuencias positivas que traería consigo el delegar a los notarios, las facultades para que puedan realizar la apertura de testamento público cerrado, serían la de un procedimiento más rápido, más simple, así como abatir costos por contar los notarios con equipos modernos y personal suficiente; evitando algunas etapas y tiempos que alargan el procedimiento. Aunque formalmente se dice son servicios gratuitos para el usuario, en realidad generan honorarios y gastos, tanto de abogados como de terceros. Sin embargo todos estos gastos se reducirían notablemente con la intervención del notario.

La población tendrá más facilidad para realizar trámites sucesorios, en virtud de que evitaría el trámite de acudir a un despacho de algún abogado a contratar sus servicios cuya, expectativa es que será un engorroso trámite con muchos gastos. Por esta razón hay muchas personas que no lo realizan, privándose así de acceder a la justicia y seguridad jurídica, en detrimento de la armonía y paz social.

Además muchas familias acumulan sucesiones pendientes como la tramitación de las sucesiones de los padres, que deben de realizar los hijos, cuando aquellos otorgaron lo que comúnmente se conoce como testamentos cruzados, y no se tramitaron las sucesiones respectivas en su momento. Esta falta de tramitología trae consigo tensiones entre los familiares, muchas veces inútiles y, en ocasiones, divisiones y discusiones familiares interminables, que a la larga traen como consecuencia una desintegración familiar y costos más elevados por el transcurso del tiempo.

Al respecto, el gobierno del Distrito Federal ha implementado programas de regulación para la tramitación de bienes inmuebles y sucesiones, realizando la condonación del pago de impuestos, derechos y honorarios, con la finalidad de que las familias puedan ejercitar los derechos que tienen sobre la propiedad de bienes inmuebles y que jurídicamente no está reconocida por el Estado y la sociedad. Para llevar a cabo esta medida, se tomó como referencia el valor catastral establecido por

la Tesorería del Distrito Federal y que los inmuebles materia de la regulación se encontraran dentro del Distrito Federal.

Todo individuo debe tener seguridad al celebrar los contratos de manera auténtica, así como certeza en las obligaciones que asumen y en los derechos que puede exigir, además de la seguridad jurídica de que somos los únicos y verdaderos propietarios de nuestros bienes, y que tenemos capacidad de representación y defensa, que tenemos documentos con los cuales podemos probar nuestros derechos y que nos permitan reclamar su cumplimiento, es decir, que contemos con herramientas válidas y eficaces para acceder a la justicia.

Así la función de un notario es evitar que las personas tengan que discutir y litigar todo, y evitar que tengan que pagar el alto costo que implica acceder a la función jurisdiccional. Si hay mayor presencia del derecho preventivo o cautelar en la vida social, si se fomenta la asesoría y el consejo a través de jueces, abogados y notarios entonces se verá reducida la actividad jurisdiccional de los tribunales correspondientes. Es fundamental lograr en nuestras comunidades la armonía social, que en buena parte se logra a través de una contratación ágil, segura, y con procedimientos fáciles, y mediante el juez y el notario, quienes permitan a los ciudadanos tener la certeza y seguridad jurídica que garantiza la Constitución.

Trasladar los actos jurídicos relacionados con la apertura de un testamento público cerrado, a los notarios, es una forma de reducir los altos costos de la partición de justicia en nuestro país. También se abate el costo de la justicia al no distraer a los jueces en funciones que no son estrictamente jurisdiccionales, con la finalidad de que dediquen toda su atención y conocimiento jurídico a resolver contiendas y/o realizar actos de jurisdicción voluntaria que impliquen autorizaciones o actos de autoridad para proteger intereses públicos.

Hemos hecho referencia al costo que genera la tramitación de una sucesión y el gasto que generaría la apertura de un testamento público cerrado, realizándose

como hasta ahora esta previsto en la ley, ya que considero que el costo para los particulares sería menor si se otorga ante un notario, porque se garantizaría un costo razonable del servicio prestado por estos, a través de los aranceles que regulan el costo de la actividad de los mismos; la autoridad deberá de fijar montos razonables y diferenciados, según la situación económica de los usuarios, a través, de los aranceles notariales que deberán ser actualizados.

El costo notarial está regulado actualmente con aranceles que son muy bajos. Al efecto, el Gobierno del Distrito Federal en acuerdo con el Colegio de Notarios del Distrito Federal, han implementado mecanismos para bajar los costos en la tramitación de sucesiones y regulación de predios, que por el costo tan alto y el tiempo que llevaría su tramitación ante los tribunales, las personas no realizan.

El 14 de enero de 2008, salió publicado en la Gaceta Oficial del Distrito Federal; RESOLUCIÓN DE CARÁCTER GENERAL POR LAS QUE SE CONDONAN EL PAGO DE LAS CONTRIBUCIONES, QUE SE INDICAN PARA LA FORMALIZACIÓN DE TRANSMISIONES DE PROPIEDAD POR SUCESIÓN.

En dicha resolución que entró en vigor el día hábil siguiente a su publicación, dentro de sus considerandos establece que en el Distrito Federal existe una gran cantidad de inmuebles que, no obstante que en un tiempo contaron con la seguridad debida por estar escriturados, en la actualidad por el fallecimiento de sus titulares se encuentran irregulares.

Una de las causas es el alto costo que los herederos deben de cubrir para la formalización de la transmisión de la propiedad de los inmuebles, agravándose el problema no sólo en el caso del fallecimiento del propietario, sino también de las personas que originalmente tenían el derecho a heredar por testamento.

Esta circunstancia motivo que el Gobierno del Distrito Federal implementara un programa de regularización, en barrios, pueblos, colonias y unidades habitacionales

para que las personas que posean inmuebles cuenten con el título válido que les permita acreditar la propiedad. Para regularizar estas situaciones se tomó como referencia el valor catastral asignado por el Gobierno del Distrito Federal, a través de la Tesorería a los inmuebles estableciendo como tope máximo de dicho valor la cantidad, para este año de \$ 1,500,000.00.

Procediendo con el estudio de las facultades contempladas en la Ley del Notariado para el Distrito Federal, se observa que en los artículos subsecuentes se establece lo concerniente a la competencia del notario en cuanto a la apertura de una sucesión testamentaria, en la cual establece el artículo 168, que la sucesión testamentaria se podrá llevar a cabo, independientemente de cual hubiese sido el último domicilio del autor de la sucesión.

El artículo 169 hace referencia a la competencia que debe observar el notario para realizar la tramitación de una sucesión intestamentaria en el Distrito Federal, estableciendo que podrá intervenir si el último domicilio del autor de la sucesión fue el Distrito Federal o si se encuentran ubicados en la entidad uno o la mayor parte de sus bienes, lo cual declararán los interesados bajo su responsabilidad.

Basándonos en lo ya expuesto, considero que el notario puede tener la facultad de realizar la apertura de un testamento público cerrado, ya que no observo el beneficio que traería para los interesados que la apertura de este testamento se realice ante un juez de lo familiar, puesto que una vez que el juez haya realizado la apertura solicita a un notario realice la protocolización del mismo, para cumplir con la forma requerida, y así el juez continúe con el proceso, estableciendo el artículo 879 del Código de Procedimientos Civiles que será preferida para la protocolización de el testamento cerrado la notaria del lugar en que haya sido abierto.

La Ley del notariado establece una tramitación especial en cuanto a las sucesiones, derivadas de un testamento público simplificado, dándole facultades al notario para que realicen las gestiones que se requieran con el fin de que el procedimiento sea

agilizado y concluido, con costos mas bajos y en el menor tiempo posible para los legatarios. Cabe preguntar por qué el notario esta facultado para realizar un procedimiento especial para esta clase de testamento?, ¿qué considero el legislador para que el notario, pudiera realizar, la tramitación sucesoria derivada de un testamento público simplificado?, siendo que tanto el testamento público cerrado como el simplificado son testamentos ordinarios, así clasificados por el Código Civil.

No observamos impedimento para que los notarios realicen la apertura de un testamento público cerrado, ya que si se observan las formalidades exigidas para su apertura, no debe de existir duda de que se respetarán y, en su caso, ejercerán los derechos de quien acredite tenerlos de quien haya sido nombrado como heredero en el testamento.

Como ejemplo podemos observar que el notario está obligado a realizar dos publicaciones, en un periódico de circulación nacional, con la finalidad de dar a conocer que ante el notario se esta tramitando la sucesión respectiva. Como lo apunta el Licenciado José Arce y Cervantes, “ el objeto de esta publicidad, es evitar la clandestinidad de la tramitación sucesoria en la que puede haber acreedores alimenticios o de otra clase o algún testamento posterior del que sirvió de base para abrirla.”⁸⁰

El artículo 1542 del Código Civil, establece que luego de que el juez reciba un testamento cerrado, hará comparecer al notario y a los testigos que concurrieron a su otorgamiento. De lo preceptuado por éste artículo, se observa que el juez necesariamente necesita de un notario y en específico ante quien se otorgó, con la finalidad de dar fuerza legal y asegurarse que ese testamento, en el momento en que se otorgó, cumplió con las disposiciones exigidas por la ley. La presencia del notario es sólo para que ratifique, mediante una declaración, que sí reconoce la firma y sello estampados por él en la cubierta del testamento.

⁸⁰ ARCE Y CERVANTES José, Op.Cit. pag 226.

Lo comentado se desprende de lo preceptuado por el artículo 1543.

“El testamento cerrado no podrá ser abierto sino después de que el notario y los testigos instrumentales hayan reconocido ante el juez sus firmas, y la del testador o de la persona que por éste hubiere firmado, y haya declarado si en su concepto está cerrado y sellado como lo estaba en el acto de la entrega”.

He tratado de realizar un análisis objetivo de los artículos de la Ley del Notariado y de la legislación que se correlaciona, haciendo notar por qué el notario sí tendría o tiene la facultad de realizar la apertura de un testamento público cerrado, y posteriormente continuar con la tramitación sucesoria del mismo, basándonos en los aspectos jurídicos, sociales y económicos que trae consigo éste tipo de actos, llegando a la conclusión de que el notario puede realizar la apertura de un testamento público cerrado y que, al realizarlo, traería beneficios a la administración de justicia, cumpliéndose uno de los principios de la justicia, la cual debe de ser pronta y expedita, recordando que la ley reconoce al notario como una garantía institucional.

Teniendo responsabilidad ante las autoridades de su actuar, como son responsabilidad Civil, Penal, Fiscal y Administrativa, consignadas en la ley que rige su actuar, así como en otras disposiciones legales, garantizando que en la apertura de un testamento público cerrado y la tramitación de la sucesión derivada del mismo, siempre será con estricto apego a lo establecido por la ley.

4.4.- REQUISITOS PARA LA APERTURA DEL TESTAMENTO PÚBLICO CERRADO EN EL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

El testamento público cerrado tiene dos características que son: la publicidad del otorgamiento por la intervención del notario y los testigos, y el secreto del contenido de la voluntad testamentaria, que si bien no se prohíbe que el testador la manifieste, nada lo obliga a ello y puede mantenerla secreta.

La naturaleza jurídica como lo apunta el licenciado J. Bms Vallet de Goyti ⁸¹, es doble. Así, la declaración de la voluntad testamentaria se contiene en un documento privado, que no pierde éste carácter por su presentación ante notario, pues se hace en pliego cerrado y por tanto, no lo protocoliza; por otra parte, el acto de otorgamiento ante notario, en que éste da fe de la entrega del pliego y de la declaración del testador de que en él se encuentra su declaración de voluntad testamentaria, es documento público.

Para la apertura de el testamento cerrado, se observa que no sólo es necesario que comparezcan todos los testigos sino también el notario; entonces se procede a la apertura por cotejo de firmas de los que concurrieron al acto. Lo consideramos así porque tanto el artículo 1543 como el artículo 1544 del Código Civil señalan que “basta el reconocimiento de la mayor parte y del escribano”. Se desprende que el notario representa mayor importancia para el legislador que los testigos.

La sucesión del testamento cerrado debería realizarse en cinco momentos, sorprenderá que me refiera a una quinta etapa; en realidad la quinta etapa está compuesta por los actos previos para realizar la apertura del testamento cerrado, es en esencia un etapa previa a las consideradas en el Código de Procedimientos Civiles para iniciar un juicio sucesorio.

En general el procedimiento para realizar la sucesión, ya sea de un testamento especial u ordinario, se observan cuatro etapas que son:

- La primera de sucesión.
- La segunda de inventario.
- La tercera de administración.
- La cuarta de partición.

⁸¹ J. BMS VALLET De Goyti, Panorama del Derecho de Sucesiones I Fundamentos, Edit. Civitas S.A, Madrid España 1992, pag 978.

Estas cuatro secciones, en una sucesión derivada del testamento cerrado inician a partir de que previamente haya sido declarado válido un testamento por un juez; en la práctica y para los testamentos público abierto y simplificado, la primera sección se compone de tres momentos que son:

- El testamento o testimonio de protocolización o la denuncia del intestado.
- La citación a los herederos y convocatoria a los que se crean con derecho a la herencia.
- Lo relativo al nombramiento y remoción e interventores y al reconocimiento de derechos hereditarios.
- Los incidentes que se promueven sobre el nombramientos o remoción de tutores.
- Las resoluciones que se pronuncien sobre la validez del testamento, la capacidad legal y la preferencia de derechos.

Es común observar que se aplica al pie de la letra lo contenido en esta primera etapa, principalmente en testamentos públicos abiertos y testamentos públicos simplificados. En el primer momento de esta etapa o sección, se hace la presentación y reconocimiento del testamento y a partir de ahí se continua con las subsecuentes etapas.

Para efectos del testamento público cerrado, no sería posible aplicar al pie de la letra lo preceptuado por nuestra legislación como hasta hora está estipulado, siendo que primero hay que realizar un acto de validez del mismo y un acto de apertura, no ocurriendo esto con el público abierto y simplificado, por la característica de ser abiertos. Es decir, no se puede abrir una sucesión que derive de un testamento cerrado, sin que previamente se haya realizado su apertura para corroborar que éste se otorgó con las formalidades exigidas para su otorgamiento.

Como lo establece el artículo 877 del Código de Procedimientos Civiles, a la apertura de éste testamento deben de concurrir ante el juez, los testigos y el Ministerio

Público. Además, según el artículo 878, una vez que se haya observado lo previsto en los artículos del 1542 al 1547 del Código Civil para el Distrito Federal, el juez en presencia de notario, testigos, representante del Ministerio Público y secretario abrirá el testamento. Por estas razones, considero que la tramitación de una sucesión derivada de un testamento público cerrado debe de contener cinco momentos.

La apertura de éste, como ya lo comentamos, se encuentra contemplado en el Código Civil de los artículos 1542 al 1547, y trataremos cada uno de estos artículos con suma importancia, por lo estipulado en el artículo 878 del Código de Procedimientos Civiles; al establecer cumplido lo prescrito en los artículos del 1542 al 1547.

Artículo.- 878 Cumplido lo prescrito en sus respectivos casos en los artículos del Código Civil números 1542 a 1547 el juez, en presencia del notario, testigos, representante del Ministerio Público y secretario, abrirá el testamento, lo leerá para sí y después le dará lectura en voz alta, omitiendo lo que deba permanecer en secreto.

En seguida firmarán al margen del testamento, las personas que hayan intervenido en la diligencia, con el juez y el secretario y se le pondrá el sello del juzgado, asentándose acta de todo ello.

El artículo 1542 considera que cuando el juez reciba un testamento cerrado, en el entendido de que podrá recibirlo, por quien denuncie la sucesión testamentaria que pueden ser los parientes, un tercero que tenga en su poder el testamento porque el testador se lo dio en guarda o, en su caso, cuando los que crean tener derecho a la herencia y no tengan conocimiento de la existencia del testamento, denuncien la sucesión intestamentaria ante el juez de lo familiar y éste solicite mediante los oficios girados al Archivo Judicial y al Archivo General de Notarias, le informen de la existencia del otorgamiento de disposición testamentaria realizada por el autor de la herencia, y si de la contestación realizada por estos órganos se desprende que

existe un testamento público cerrado, el juez lo mandará solicitar al Archivo General de Notarias de Distrito Federal o del lugar en que se encuentre depositado.

Pareciera que la abertura de un testamento cerrado no está regulado por el Código de Procedimientos Civiles sino por el Código Civil para el Distrito Federal, que es donde se encuentran las medidas que debe de observar el juez para realizar la apertura del mismo, lo anterior se desprende de la redacción del artículo 878 del Código adjetivo, el cual establece que una vez que se haya observado lo dispuesto por los artículos 1542 a 1547 del Código Civil, el juez procederá a la apertura.

Respecto a lo estipulado en el artículo 1543, es el más importante para realizar la apertura de un testamento cerrado, al establecer que un testamento cerrado no podrá ser abierto, sin que los testigos instrumentales y el notario hayan reconocido sus firmas. Parecería que en caso de que no se reconozcan las firmas de quines intervinieron en el otorgamiento del mismo, no podría realizarse la apertura del testamento y, por consiguiente, no se podría iniciar el juicio sucesorio. No obstante que se reconozcan las firmas en el testamento, deben de declarar que el testamento se encuentra cerrado y sellado, como lo estaba en el acto de la entrega del mismo. Es decir, se tienen que dar los dos supuestos para que se realice la apertura del mismo: el reconocimiento de firmas y la declaración de los que intervinieron en su otorgamiento.

Éste artículo tiene su excepción, lo cual está contemplado por los artículos 1545 y 1546; por lo que se refiere al primero, en caso de que no concurren ni el notario ni testigos, el juez lo hará constar, así como dará por legítimas las firmas de quienes intervinieron en su otorgamiento y, lo más importante, que en la fecha que lleva el testamento el testador se encontraba en plena capacidad de uso y goce. Por lo que se refiere al segundo, el Código Civil sólo hace referencia si concurrieron algunos de los testigos y notario o sólo notario o sólo testigos, estos reconocerán sus firmas, y aunque no lo expresa la ley, que el testamento se encontraba en el mismo estado como en el momento de su otorgamiento.

Ya observamos que para la apertura del testamento cerrado el juez competente mandará llamar al notario y testigos para que proceda a la apertura del testamento,

Nos surge una duda si no comparecen ni testigos ni notario ante quienes se otorgó el testamento, cuando el juez lo requiera para hacer la apertura del testamento, ¿éste será nulo?, lo anterior es porque considero que el legislador se excedió en las formalidades exigidas para hacer la apertura del testamento y poniendo en duda la fe notarial y la declaración de los testigos quienes en su momento concurrieron al acto de otorgamiento.

Una vez que se haya cumplido con lo prescrito por los artículos del 1542 al 1546 del Código Civil, el artículo 1547 del mismo ordenamiento, establece que para cumplir con los requisitos de la apertura de testamento cerrado, el juez deberá decretar una publicación y protocolización del testamento.

Podemos concluir que la apertura del testamento cerrado es requisito indispensable para poder tramitar un juicio sucesorio que derive del mismo y que el notario juega un papel importantísimo para la apertura, dándole el legislador suma importancia a la ratificación y reconocimiento de la firma y sello, estampados por él en la cubierta del testamento.

El objetivo de que comparezca el notario y testigos ante el juez, es con la finalidad de comprobar que el testador, en el momento en que otorgó éste testamento, tenía la capacidad para realizarlo.

Para la apertura del testamento cerrado se requieren tres circunstancias a observar; primera: que comparezcan testigos y notario ante quien se otorgó, así como el Ministerio Público para los efectos que establece el mismo Código Civil para el Distrito Federal y Código de Procedimientos Civiles; segunda: los testigos y notario comparecerán siendo que los testigos para reconocer sus firmas y el segundo para el reconocimiento de firmas y el sello estampado por éste en la cubierta del sobre que

contenga el testamento; tercera: si no comparecieren testigos y notario por imposibilidad o muerte de alguno de estos, el juez tiene la facultad de hacer la apertura del testamento y seguir con el procedimiento respectivo. De lo establecido por el código adjetivo, se desprende que el juez tiene la facultad de declarar por ciertas las firmas que aparecen en la cubierta del testamento y que el testador tenía plena capacidad para otorgarlo.

4.5.- FORMALIDADES QUE DEBE DE OBSERVAR EL NOTARIO PARA LA APERTURA DEL TESTAMENTO PÚBLICO CERRADO.

Si bien es cierto que la Ley del Notariado establece la prohibición para que los notarios del Distrito Federal puedan realizar la apertura del testamento cerrado, ésta no deja en claro la razón del por qué esta prohibición.

Ya vimos de forma general qué es lo que el juez debe realizar cuando conozca de éste tipo de testamento; ahora observaremos si el notario puede realizar la apertura del mismo sin la intervención de la autoridad judicial.

Si consideramos que el notario es la única persona física investida de fe pública por el Estado y que no está sujeto a él de forma directa, el notario ejerce su función sin sometimiento al erario y sin sueldo o iguala del Gobierno o de entidades públicas o privadas, ni favoritismo alguno. La fe pública la ejerce en cada caso concreto y dentro de sus facultades está el dar seguridad y certeza jurídica de los actos y hechos pasados ante su fe.

Por lo tanto, el Estado mismo necesita que las relaciones entre las personas sean reguladas y que no exista duda de los actos realizados por ellas y del órgano en que se apoya es el Notario.

Bajo éste esquema a los notarios, se les ha facultado para realizar y dar fe de actos que con anterioridad eran exclusivos de órganos jurisdiccionales como la tramitación de las sucesiones, sean testamentarias o intestamentarias.

Si consideramos que el notario es la figura en que el Estado deposita su confianza para dar seguridad y certeza jurídica de los actos y hechos que las personas realizan, en los cuales no exista controversia, otorgándole fe pública por sus conocimientos jurídicos y saber prudencial, entonces se puede deducir que no sólo los jueces de lo familiar podrían realizar la apertura de un testamento cerrado. Como lo apunta el licenciado Carlos Sepúlveda Sandoval “ la facultad o prerrogativa de la persona a la que se encomienda esa manifestación de fe, es otorgada por el Estado a efecto de que actúe en su nombre y por su cuenta; es decir, en su representación”⁸². Las dos figuras, tanto jueces como notarios, representan al Estado a través de las funciones que realizan e investidos de fe, aunque el juez no está investido como tal, de esta prerrogativa su actuar siempre será autenticado por el secretario de acuerdos del juzgado, el cual si está investido de la misma.

Es importante desmenuzar un poco la fe pública, de la cual están investidos tanto notarios como autoridades judiciales, entre ellas los secretarios de acuerdos mismos, que autentican el actuar de un juez, para estos efectos jueces de lo familiar.

La denominada Fe es una creencia que se da a las cosas, en un plano de certeza o certidumbre; es una afirmación de que determinado acto o hecho es cierto, como lo establece Palomar de Miguel, citado por Carlos Sepúlveda Sandoval, “creencia dada a las cosas por la autoridad de quien las dice o por la fama pública⁸³”.

Por otra parte, la palabra Pública indica generalidad en oposición a particularidad o privacidad, en el sentido de que se encuentra al alcance de una comunidad. Consecuentemente, la fe pública resulta una expresión de certeza generalizada, que

⁸² SEPÚLVEDA SANDOVAL Carlos, la Fe Pública, Edit. Porrúa, México 2006. pag 58.

⁸³ SEPÚLVEDA SANDOVAL Carlos Op. Cit. Pag, 5.

para cumplir su cometido en el sentido de hacer del conocimiento de una comunidad, debe ser atribuible a una persona que goce de la facultad o potestad necesaria para ello; por lo que la justificación de su existencia presupone la necesidad de hacer constar como ciertos, los actos y hechos jurídicos por parte del órgano de Gobierno de la entidad estatal.

Conforme a ellos , cabe expresar que en virtud de que la fe pública es una actividad de interés público, consistente en dar certeza y autenticidad a actos y hechos jurídicos, que tendrán efectos en la sociedad, llevada a nombre y por cuenta del Estado, evidentemente resulta ser una función pública y no un servicio público.

Como lo comentamos con anterioridad, la apertura del testamento público cerrado es competencia del juez de lo familiar, pero no obstante que así lo considera la Ley del Notariado para el Distrito Federal, consideramos que si el notario observa y se apega estrictamente a los lineamientos establecidos en el Código Civil, Ley del Notariado y Código de Procedimientos Civiles, todos estos para el Distrito Federal, para intervenir en la apertura del testamento, no se estaría transgrediendo disposición alguna ni mucho menos derecho alguno.

COMPETENCIA

Dentro de las formalidades que debe de observar el notario está la llamada competencia; es decir, si el notario puede conocer del asunto en razón del lugar y materia de que se trata. El notario debe observar, que respecto a la apertura, lo estipulado en el artículo 156 del Código de Procedimientos Civiles fracción V que a la letra dice:

“Es Juez competente:

...V. En los juicios hereditarios, el juez en cuya jurisdicción haya tenido su último domicilio el autor de la herencia; a falta de ese domicilio, lo será el de la ubicación de bienes raíces que forman la

herencia; y a falta de domicilio y bienes raíces, el del lugar del fallecimiento del autor de la herencia. Lo mismo se observará en casos de ausencia”.

De lo anterior se desprende que el notario debe observar cuál fue el último domicilio del autor de la sucesión, siendo que a falta de éste, indagar donde se encuentren ubicados los bienes inmuebles que conforman la masa hereditaria y, a falta de estos dos supuestos, el lugar del fallecimientos del autor de la sucesión.

Ahora bien, la primera regla que debe observar el notario es fácil de determinar y en la actualidad todo fedatario público debe tener en cuenta, ya que se pretende acelerar el trámite sucesorio y, en su caso, reducir costos económicos para los presuntos herederos, con la tramitación ante notario.

En relación a las facultades establecidas, de forma específica, a los notarios, por la ley que regula su actuación, ésta hace distinción entre la competencia que debe de observar el notario, tratándose de sucesión testamentaria o intestamentaria, distinción que no realiza el Código de Procedimientos Civiles, ya que éste último sujeta a los jueces del conocimiento a la competencia establecida por la Ley Orgánica del Tribunal Superior Judicial, del Distrito Federal que en su artículo 52 fracción III señala qué jueces conocerán de los asuntos sucesorios.

Con relación a lo preceptuado en la Ley del Notariado, el artículo 168 establece de forma clara y terminante que el notario podrá, refiriéndose a la competencia por territorio, intervenir en la tramitación de un juicio sucesorio independientemente del domicilio del autor de la sucesión, siempre que dicha tramitación sea por testamento. Por lo establecido por éste artículo se podría decir que el notario tiene competencia para conocer de la apertura del testamento cerrado y por consiguiente de la tramitación sucesoria derivada del mismo.

El artículo 169 de la Ley del Notariado, es semejante al artículo 156 del Código de Procedimientos Civiles, en cuanto que establece los mismos supuestos en relación a la competencia para conocer de la sucesión, a excepción de que el primero establece la competencia para que conozcan los notarios pero únicamente por lo que se refiere a las sucesiones intestamentarias. No estableciendo restricción alguna en cuanto al lugar en que haya fallecido el testador, se encuentren sus bienes raíces o haya sido su último domicilio cuando la sucesión sea por testamento.

Se confirma que el notario observando la competencia establecida por las leyes aplicables al caso, es competente para intervenir en la apertura del testamento cerrado.

CAPACIDAD DE LOS HEREDEROS

Prosiguiendo con las formalidades que debe de observar el notario para realizar la apertura del testamento cerrado, considero que al igual que el juez de lo familiar, debe observar el estado físico en que se encuentra el pliego que contiene el testamento y que no esté dentro de los supuestos establecidos por el artículo 1548, el cual hace referencia a los supuestos por los cuales puede ser declarado nulo un testamento cerrado y por lo tanto quedar sin efecto.

Una vez que el notario se haya cerciorado de dicho estado, deberá tomar en cuenta la capacidad de los presuntos herederos, siendo que el notario podrá presumir derivado de la declaración de quién o quiénes acudan a él, para hacer la apertura del testamento y, en su caso los datos presentados a él, de los cuales se desprenda que no hay menores de edad ni personas con alguna incapacidad para poder ejercer por si solos sus derechos en la sucesión respectiva.

Es decir, el notario debe observar lo establecido en el artículo 167 de la Ley del Notariado para el Distrito Federal, en su primera parte, el cual establece que sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 782 del Código de Procedimientos Civiles, en

las sucesiones en que no hubiere controversia y cuyos herederos fueren mayores de edad, menores emancipados o personas jurídicas, podrá conocer del asunto.

Para efecto de saber si existen menores de edad o mayores de edad con alguna discapacidad, éste deberá de cerciorarse por medios que acrediten tal circunstancia, como podrían ser las copias certificadas de las actas de nacimiento y, en su caso, del interrogatorio que realice a los que tengan interés jurídico en las tramitación y apertura del testamento, en el entendido de que el notario se encontraría impedido para tramitar la apertura del testamento cerrado si se dieran estos supuestos. Lo anterior en relación a la interpretación a contrario del artículo 167 de la Ley del Notariado y con relación al artículo 872 del Código de Procedimientos Civiles, el cual da la pauta para que el notario conozca de la sucesión, estableciendo éste último de forma expresa, que los notarios conocerán de las sucesiones derivadas de los testamentos públicos, cuando todos los herederos sean mayores de edad y hubieren sido instituidos en un testamento público.

No pretendemos hacer un estudio de las personas que tengan interés en la apertura de un testamento cerrado, pero es importante aclarar la incapacidad que puede presentarse en ellas en el supuesto de que exista.

La capacidad jurídica, a decir del licenciado Javier Tapia Ramírez, “ es el grado de aptitud para ser sujeto de derechos y obligaciones, es la aptitud de una persona para ser titular de cualquier derecho, de familia o patrimonial, y para hacer valer por si misma los derechos de que éste investida”.⁸⁴

Cabe mencionar que existen dos clases de capacidad; la de goce y la de ejercicio, así como diversos grados de capacidad. La de goce es esencial e inherente a todo ser humano, porque es la actitud para ser titular de derechos y obligaciones, mientras que la de ejercicio es especial, puesto que permite al individuo ejercitar esos derechos y cumplir obligaciones por sí mismo.

⁸⁴ TAPIA RAMÍREZ Javier, Introducción al Derecho Civil, Edit. Mc Graw Hill, México, 2002, pag 592.

Así, el menor de edad tiene capacidad de goce aunque no de ejercicio, mientras que el mayor tiene ambas, si es que está en pleno uso y goce de sus facultades mentales.

Para efectos del tema que nos ocupa, el notario debería de estar enfocado en conocer y cerciorarse de que los interesados en la apertura del testamento cerrado, tengan o gocen de capacidad de ejercicio. Los menores de edad carecen de capacidad de ejercicio plena; sin embargo, también los mayores de edad que sufren disminución o perturbación de sus facultades mentales, de voluntad o sensitivas, aunque tengan intervalos lucidos, carecen de capacidad de ejercicio. De la misma manera, están incapacitados los que padecen alguna afección de orden patológico o sufren deficiencias físicas, psicológicas o sensoriales, así como también aquellos individuos en que estas deficiencias hayan sido producidas por su adicción a sustancias tóxicas como el alcohol, psicotrópicos o estupefacientes y no puedan controlarse por sí mismos.

Estas limitantes o alteraciones de intelecto, impiden que el sujeto afectado por ellas pueda gobernarse u obligarse por sí mismo o expresar su voluntad de alguna manera, debido a que se considera que no es consciente del alcance y significado de lo que representa la libertad de decisión.

Por mayoría de edad se debe entender lo que establece el artículo 646 del Código Civil para el Distrito Federal, el cual establece que la mayoría de edad se alcanza a los dieciocho años; llegando ese momento la persona dispone libremente de su persona, de sus bienes y derechos, y por consiguiente a intervenir en la apertura del testamento cerrado. El notario podrá cerciorarse de que los presuntos herederos son mayores de edad y, como lo comentamos con anterioridad, con las copias certificadas de las actas de nacimiento, que para el efecto y en su momento le presenten.

Respecto a éste punto, se desprende que el notario puede realizar la apertura del testamento cerrado, puesto que una de las formalidades exigidas para su intervención, es que quienes crean tener derechos en la apertura del testamento y por consiguiente en la sucesión derivada de éste, sean mayores de edad, tengan capacidad de ejercicio y no se encuentren en algún impedimento establecido en la ley para ser considerados como herederos.

Una vez observada esta formalidad, el notario puede intervenir en la apertura del testamento público cerrado, sin que se sobrepase en sus facultades como fedatario.

APERTURA DEL PLIEGO

Llegando el momento en que el notario deba hacer la apertura del pliego cerrado, deberá, como lo establece el Código de Procedimientos Civiles, llamar al notario ante quien se otorgó y a los testigos instrumentales que hayan intervenido en el acto del otorgamiento.

Considero que ésta es la parte medular de la intervención del notario, ya que el artículo 878 del Código de Procedimientos Civiles, establece que una vez que se haya observado lo establecido por los artículos 1542 al 1547 del Código Civil para el Distrito Federal, el juez en presencia de notario testigos, representante del Ministerio Público y secretario abrirá el testamento.

Esta misma facultad puede ser delegada al notario, si tomamos en cuenta que el notario puede hacer comparecer a testigos y notarios que intervinieron en el otorgamiento, ya que el llamado es con la finalidad de que reconozcan sus firmás así como la del testador y realicen la declaración de que el pliego se encuentra cerrado y sellado como estaba en el momento de su otorgamiento y entrega.

Además si partimos de que el testamento cerrado se otorgó con las formalidades exigidas para los de su clase, entonces estamos en el entendido de que el

testamento es perfecto y, derivado de esto, no existiendo conflicto de intereses y observando lo establecido por el artículo 1543 del Código Civil, el notario puede realizar la apertura puesto que no se estaría violando ninguna norma jurídica.

Siguiendo con este orden de ideas, existe un punto a favor del notario, el cual se desprende de la posibilidad de que no acudan ni notario ni testigos, a la apertura del testamento, cuando estos sean llamados por el notario o juez, en su caso.

El artículo 1544 establece la posibilidad de que no puedan comparecer todos los testigos, por muerte, enfermedad o ausencia para realizar el reconocimiento de sus firmas, la del testador y del testamento; así como el artículo 1545 del mismo código que establece iguales causas por lo que respecta al notario; es decir, que no comparezca a reconocer su firma y, en su caso sello estampado por éste.

Si se dieran los supuestos establecidos en dichos artículos, consideramos que el notario podría realizar la apertura del testamento (en el entendido de que la apertura del testamento se realizara ante él), haciendo uso de la fe derivada que es la facultad que tienen los fedatarios públicos para dar por ciertos actos y hechos pasados ante la fe de otro fedatario público, que en uso de sus facultades fedatarias intervino, en el otorgamiento del acto o hecho.

La fe que otorga un notario, significa la capacidad para que aquello que certifica sea creíble. Si con anterioridad establecimos que la fe pública es la garantía que da el Estado, entonces se deduce que la fe notarial es la garantía que da el notario al Estado y, en forma muy importante, al particular, al determinar que el acto se otorgó conforme a derecho y que lo relacionado por él es cierto y verdadero, proporcionándose así uno de los objetivos de la función notarial que es la de dar seguridad jurídica. El licenciado Ríos Hellig nos da el concepto de fe derivada, diciendo que: “consiste en dar fe de hechos o escritos de terceros, aquí el notario no

ha percibido sensorialmente el acaecer del hecho o el otorgamiento que plasmara en su protocolo”.⁸⁵

Para que exista fe derivada, previamente debió de existir fe originaria, que se presenta cuando el hecho o acto del que se debe de dar fe, fue percibido por los sentidos de otro notario que originariamente presencio dicho acto o hecho y que hizo constan en su protocolo. Esta se presenta cuando por ejemplo el notario asienta una certificación de hechos en su protocolo, o da fe del otorgamiento de un testamento.

Con esta facultad, los notarios estarían en posibilidad de suplir lo establecido por el artículo 1545 del Código Civil, el cual contempla la posibilidad de que si no comparece ninguno de los testigos ni el notario, el juez lo hará constar por información testimonial, dando por cierto que las firmas son legítimas y que en la fecha en que se otorgó el testamento se encontraban aquellos.

Una vez cumplidas todas las formalidades exigidas por los artículos referidos, el artículo 878 del Código de Procedimientos Civiles, en su párrafo segundo establece que una vez hecha la apertura del testamento, firmarán al margen las mismas personas que hayan intervenido en la diligencia, firmando a su vez el juez y secretario y se pondrá el sello del juzgado, asentándose acta de todo ello.

Si la finalidad de que sea firmado por los que intervinieron en la apertura, es el de dar valor probatorio de que se cumplieron con las formalidades exigidas para la apertura del testamento, y no dejar lugar a duda de que se observaron las formalidades requeridas para su apertura, las mismas formalidades está obligado a observar el notario.

Llama la atención lo concerniente a que, una vez realizada la apertura y firmado por quienes intervinieron en el acto, se estampe el sello del juzgado, por esta formalidad

⁸⁵ RÍOS HELLIG Jorge, La Practica del Derecho Notarial . Edit. Mc Graw Hill. Quinta edición. México 2001, pag 68.

exigida por la ley aplicable, nos surge una interrogante ¿ los sellos de las autoridades y fedatarios públicos cumplen con el mismo objetivo, que es el de expresar el poder autentificado y lo público de su función?; la respuesta es afirmativa, puesto que al plasmar el sello un fedatario o una autoridad jurisdiccional, se le da al documento que lo contenga, la autenticidad y reconocimiento de público. A continuación transcribo el artículo 2 y 6 de la Ley del Escudo la Bandera y el Himno Nacional, que establece quienes pueden usar el Escudo Nacional en sellos.

“ARTÍCULO 2.- El escudo nacional está constituido por un águila mexicana, con el perfil izquierdo expuesto, la parte superior de las alas en un nivel más alto que el penacho y ligeramente desplegadas en actitud de combate; con el plumaje de sustentación hacia abajo tocando la cola y las plumas de ésta en abanico natural, posada su garra izquierda sobre un nopal florecido que nace en una peña que emerge de un lago, sujeta con la derecha y con el pico, en actitud de devorar a una serpiente curvada, de modo que armonice con el conjunto. Varias pencas del nopal se ramifican a los lados, dos ramas, una de encino al frente del águila y otra de laurel al lado opuesto, forman entre ambas un semicírculo inferior y se unen por medio de un listón dividido en tres franjas que, cuando se representa el escudo nacional en colores naturales, corresponden a los de la bandera nacional”.

Cuando el escudo nacional se reproduzca en el reverso de la bandera nacional, el águila mexicana se presentara posada en su garra derecha, sujetando con la izquierda y el pico la serpiente curvada.

Un modelo del escudo nacional, autentificado por los tres poderes de la unión, permanecerá depositado en el archivo general de la nación, uno en el museo nacional de historia y otro en la casa de moneda.

ARTÍCULO 6 .- Con motivo de su uso en monedas, medallas oficiales, sellos, papel oficial y similares, en el escudo nacional sólo podrán figurar, por disposiciones de la ley o de la autoridad, las

palabras estados unidos mexicanos, que formaran el semicírculo superior.

El escudo nacional sólo podrá figurar en los vehículos que use el presidente de la República, en el papel de las dependencias de los poderes federales y estatales, así como de las municipalidades, pero queda prohibido utilizarlo para documentos particulares. El escudo nacional sólo podrá imprimirse y usarse en la papelería oficial, por acuerdo de la autoridad correspondiente.

Es importante hacer notar que tanto el juez de lo familiar como el notario, antes de realizar la apertura del testamento cerrado, deben de solicitar al Archivo Judicial y al Archivo General de Notarias, los informes de la existencia o inexistencia de testamento diferente al presentado ante el juez o notario, quien conozca de la apertura del testamento cerrado.

La razón de lo anterior es para cerciorarse de que no existe testamento posterior al presentado, pues de existir uno posterior independientemente de la clase que fuera, se deberá suspender la tramitación para la apertura del testamento cerrado, esto en relación a que el Código Civil en su artículo 1494, establece que el testamento anterior queda revocado de pleno derecho por el posterior perfecto.

De no obtener los informes de las instituciones que deben de proporcionarlos, se traería una nulidad en el procedimiento para la apertura del testamento cerrado, pues de existir un testamento posterior se estaría tramitando la apertura de un testamento que no tiene razón existir en el universo de las sucesiones, y con ello un perjuicio a los que estén nombrados como herederos en el testamento posterior perfecto.

En la práctica, los testamentos que se solicita se informen a los jueces o notarios, tanto el Archivo General de Notarias como el Archivo Judicial, son únicamente por lo que se refiere a los testamentos ordinarios que son:

- Testamento Público Abierto.
- Testamento Público Cerrado.

- Testamento Ológrafo.
- Testamento Público Simplificado.

Previamente el notario o juez debe verificar el lugar del fallecimiento del entonces testador, ya que si se da alguno de los supuestos del fallecimiento previsto para la tramitación de testamento especial, la tramitación para su validez es diferente al comentado para el testamento cerrado.

MINISTERIO PÚBLICO

Antes de pasar a analizar la considerada última formalidad que debe de observar el notario, para realizar la apertura del testamento cerrado, es importante resaltar el papel que juega el Ministerio Público en la apertura de dicho documento.

No pretendemos hacer un estudio minucioso de la naturaleza jurídica y atribuciones de ésta figura jurídica, sólo pretendemos especificar su intervención en la apertura del testamento cerrado.

Considero que si la apertura del testamento cerrado se realiza ante un notario, la intervención del Ministerio Público no tiene razón de ser, ya que su actuar en éste tipo de asuntos es sólo de representación, para hacer valer ciertos intereses y en representación de determinados sujetos. El Código de Procedimientos Civiles en diversos artículos se refiere a su intervención, y para el caso que nos ocupa en los procedimientos sucesorios, el artículo 795 del mismo ordenamiento, establece que se citará al Ministerio Público para que represente a los herederos cuyo paradero se ignore o los que hubieren sido citados no se presenten. Su intervención aunque siempre será de suma importancia, estará limitada al caso concreto.

El artículo 10 del Estatuto de Gobierno, señala que incumbe al Ministerio público la persecución de los delitos de orden común en el Distrito Federal, la representación de los intereses de la sociedad, al igual que el de promover una pronta completa y

debida impartición de justicia, así como ejercer las atribuciones que en materia de seguridad pública le confiere la Ley de Seguridad Pública del Distrito Federal.

Como lo apunta el licenciado Rogelio Martínez Vera, “en su estructura tiene como misión de ejercer la representación de la sociedad, en la recepción de denuncias o querellas, en la persecución de los delitos en la aprehensión de los delincuentes y en el ejercicio de la acción penal, para poner a disposición del juez y erigirse en parte acusadora para conseguir en contra de dichos delincuentes una pena que corresponda al delito por el que fueron acusados.

El Ministerio Público también ejerce la representación del Estado en todo juicio o controversia en que la federación sea parte”⁸⁶.

Por lo antes expresado y en el entendido de que dentro de las atribuciones del Ministerio Público se encuentra la de dar seguridad jurídica y siendo éste un representante de la sociedad, considero que el notario no tiene obligación ni responsabilidad para solicitar su intervención, puesto que su actuar será el de velar por los intereses, que tienen algunos sujetos en la apertura del testamento cerrado y que no se encuentren presentes, o estándolo puedan ser violentados sus derechos, ya sea porque se encuentran en estado de incapacidad para ejercerlos por si mismos, como lo establecido en los artículos, 779 y 877 del Código de Procedimientos Civiles.

“Artículo 779.- En los juicios sucesorios el Ministerio Público representará a los herederos ausentes mientras no se presenten o no acrediten su representante legítimo, a los menores o incapacitados que no tengan representantes legítimos, y al Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia del Distrito Federal cuando no haya herederos legítimos dentro del grado de ley y mientras no se haga reconocimiento o declaración de herederos”.

⁸⁶ MARTÍNEZ VERA Rogelio. Fundamentos de Derecho Público, Edit. Mc Graw Hill, México 1997, pag 133.

“Artículo 877.-Para la apertura del testamento cerrado, los testigos reconocerán separadamente sus firmas y el pliego que las contenga. El representante del Ministerio Público asistirá a la diligencia”.

La intervención del Ministerio Público, en cuando al actuar del notario en la apertura del testamento cerrado, no sería posible, en virtud de que éste último no puede intervenir en la apertura del mismo, si se dan los supuestos establecidos por la Ley del Notariado, la cual establece que el notario no podrá actuar cuando existan menores de edad, mayores de edad que presenten alguna causa de incapacidad, o si existe alguna persona que se presume tiene algún interés en la apertura del testamento y se encuentre ausente, siendo estos los supuestos en que se requiere la intervención del Ministerio público.

PROTOCOLIZACIÓN

Dentro de las facultades que debe observar el notario, se encuentra la de realizar la publicación y la de protocolizarlo, en el entendido de que la protocolización se realizara después de que se haya hecho la apertura del pliego cerrado que contiene el documento escrito por el de cujus.

En esta parte es importante aclarar que la publicación a que se refiere el artículo 1547 del Código Civil, se refiere a la publicidad que se le da al acto de apertura del testamento; es decir, el fin de la publicación ordenada es para dar a conocer a la sociedad o aquellos que crean tener algún interés en la apertura del testamento, que no tengan conocimiento y en su caso hagan valer sus derechos.

Esta publicación es requisito previo para cumplir con las formalidades exigidas para la apertura de un testamento cerrado, y en el entendido de que dicha apertura será previa a la tramitación sucesoria que derive del testamento.

Otra formalidad que resalta, según el artículo 1547, es la protocolización del testamento. Esta forma está prevista tanto en el Código Civil como en el Código de Procedimientos Civiles, en el artículo 879 de éste último, el cual establece que será preferida para la protocolización de todo testamento cerrado, la notaría del lugar en que haya sido abierto.

De lo anterior se destaca la intervención de un notario, aunque se prefiera el del lugar en que se realizó la apertura del testamento, para que la voluntad del testador surta sus efectos. En el entendido que dentro de las facultades del juez no se encuentra la de protocolizar, en caso concreto no puede dar forma a los actos que la requieran; es por esta razón que se requiere la intervención de un notario para realizar la misma.

En el capítulo tercero, expusimos que el juez tiene la obligación de manifestar a los herederos el derecho que tienen para proseguir con el trámite de la sucesión ante notario, y que esta circunstancia podía evitarse si se le otorga al notario la facultad de hacer la apertura de testamento cerrado.

En la protocolización ordenada por el juez, se vuelve a reflejar que la intervención del notario no es ajena a las formalidades que deben de revestir los actos en que no exista controversia alguna, y en virtud de que la protocolización es un acto de forma exigida por la ley y que los jueces están imposibilitados para darla, se requiere la intervención del notario.

Protocolizar se refiere a revestir de forma un documento que contenga algún acto jurídico previsto por la ley, siendo un documento que contenga un acto, en virtud de que la forma siempre deberá constar en forma documental. Ahora bien, la Ley del Notariado para el Distrito Federal, establece que protocolizar es la existencia del documento objeto de la misma, en la fecha de su presentación ante el notario y la de su conservación posterior.

Para efectos del testamento cerrado, la protocolización exigida por la ley no es para acreditar la existencia del documento que obra como testamento, sino para revestir de forma el documento escrito por el autor de la sucesión; a demás de que el juez observó que se cumplieron las formalidades exigidas por la ley para la apertura del testamento cerrado, que culmina con la protocolización ante notario.

Considero que si un notario público se apega estrictamente a las formalidades exigidas por el Código Civil y el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, podría conocer de la apertura del testamento cerrado, cumpliendo con uno de sus principios que lo rigen, y que es el de auxiliar en la administración de justicia.

4.6.- DIFERENCIAS EN LA TRAMITACIÓN DE LAS SUCESIONES ENTRE NOTARIO Y AUTORIDAD JUDICIAL.

En éste apartado haremos la distinción de la tramitación de las sucesiones ante notario y los jueces de lo familiar, con la finalidad de dejar en claro que dichas figuras aunque su actuar y dependencia son de orígenes distintos, el notario tiene su origen y nacimiento en las facultades otorgadas por el Ejecutivo, es designado por el Jefe de Gobierno mediante examen de oposición por su parte, el juez tiene su origen en el poder judicial. Para los casos de sucesiones pueden ser compatibles su ámbito de actuación y facultades, en el entendido de que la finalidad de los procedimientos sucesorios consiste en que los bienes y derechos del autor de la herencia pasen a título universal a sus herederos.

En éste sentido, la finalidad de un procedimiento sucesorio es aplicar a cada heredero lo que le correspondió, desde el momento mismo de la muerte del de cujus.

Conforme a lo que establece el artículo 1649 del Código Civil para el Distrito Federal, se dice que la apertura de una sucesión se da en el momento mismo de la muerte de una persona o en el momento en que se declara la presunción de muerte de un

ausente. A partir de éste momento, tanto el juez como el notario están en igualdad de facultades para conocer de la tramitación.

La diferencia entre tramitar una sucesión ya sea ante notario o una autoridad judicial, puede ser este acto la forma, ya sea judicial o extrajudicial, la primera se da a la tramitación ante un juez de lo familiar y la segunda se tramita ante un notario, en el entendido de que estos no dependen del poder judicial, y que fuera de los jueces son los únicos autorizados para conocer de las sucesiones, ya sean testamentarias o intestamentarias.

En cuanto a la competencia para conocer de estos asuntos, existen reglas inquebrantables que deben observar tanto notarios como jueces, una de ellas es la competencia por territorio, siendo que el artículo 156 fracción V del Código de Procedimientos Civiles, rige la competencia para que los jueces conozcan de estos asuntos; mientras que los artículos 168 y 169 de la Ley del Notariado hace lo propio para los notarios.

En los preceptos mencionados, se da la diferencia que marca el actuar de notarios y jueces. En cuanto a la competencia territorial, los jueces deben observar una sola regla, siendo que el último domicilio del autor de la sucesión se encuentre dentro de la jurisdicción del juez que conozca de la misma, sin hacer distinción si se trata de sucesión testamentaria o intestamentaria. Para los notarios, la ley que los regula, establece que si la sucesión es testamentaria, la tramitación notarial podrá llevarse a cabo, independientemente de cual hubiere sido el último domicilio del autor de la sucesión o el lugar de su fallecimiento. Por lo que respecta a la sucesión intestamentaria, se establece que el notario podrá conocer de la misma si el último domicilio del autor de la sucesión fue el Distrito Federal o si se encuentran ubicados en el Distrito Federal uno o la mayoría de los bienes de éste. Es importante aclarar que la ley se refiere a bienes entendiéndose por estos a los inmuebles.

Las reglas son más estrictas para los notarios, ya que los jueces pueden ser flexibles en su actuar y conocer de los juicios sucesorios, sin importar si existen menores de edad o incapacitados, mientras que los notarios deben de observar y, en su caso, abstenerse de actuar cuando concurren menores de edad o incapaces, viéndose su competencia limitada, en virtud de que este último no tiene facultades para decidir en estos asuntos.

En las sucesiones tramitadas ante autoridad judicial, puede existir que durante el procedimiento se presente alguna controversia y los jueces pueden proseguir con el juicio, pudiendo resolver dicha controversia, sin suspender el mismo, como lo establece el artículo 778 y 797 último párrafo.

Por su parte, los notarios por así disponerlo la ley, no pueden conocer de asuntos en que exista controversia, aplicándose esta misma regla a la tramitación sucesoria, la cual señala el artículo 872 del Código de Procedimientos Civiles, estableciendo que la sucesión podrá tramitarse ante notario cuando exista testamento público, los herederos fueren mayores de edad y no hubiere controversia alguna. A esta misma circunstancia se refiere el artículo 167 de la Ley del Notariado.

Para ello la ley especifica los supuestos en que habrá controversia, y el notario deberá de abstenerse de actuar si se da alguno de estos supuestos y sólo cuando un juez competente se lo haga saber. Tampoco es apto para conocer, un notario, de alguna sucesión cuando los herederos no estén de acuerdo, en acudir ante el fedatario de forma unánime, en virtud de que la ley protege la libre elección de notario.

Siguiendo la regla general establecida en el Código de Procedimientos Civiles, de que el juicio sucesorio consta de cuatro secciones, ya mencionadas, es obligación de los jueces agotar cada una de estas, no pudiendo alterar u omitir alguna. No sucede lo mismo cuando la tramitación se realiza ante notario, quien suprime la etapa

tercera denominada de administración, por la razón de que el notario agota el juicio sucesorio en dos momentos y en dos instrumentos notariales.

En el primer momento en el cual se conforma la etapa de sucesión, se realiza la validez del testamento por los herederos, reconocimiento de los derechos hereditarios a quien le correspondan, y el nombramiento y aceptación del cargo de albacea por quien haya sido nombrado.

Una vez agotada esta etapa, que culmina con dos publicaciones en un periódico de mayor circulación de diez en diez días, se establece el segundo momento, donde el notario puede suprimir la etapa de administración; en éste momento se realiza otra escritura en la cual se hace constar dos etapas: de inventario y de partición, que vendría siendo la adjudicación de los bienes que conforman la masa hereditaria, en la proporción que a cada heredero ya reconocido le corresponda.

Consideramos que la etapa de administración del caudal hereditario, es suprimida, por el corto tiempo en que se tramita una sucesión ante notario; técnicamente estaríamos hablando de que el albacea tubo la administración de los bienes sólo por veinte días naturales, para que surtieran efectos las publicaciones; aunado a esto los herederos aceptan el inventario formulado por el albacea, al no manifestar inconformidad con lo inventariado y valuado por el albacea.

En resumen, el notario realiza dos escrituras en diferentes momentos: la primera denominada iniciación de tramitación de sucesión testamentaria; en los antecedentes de ésta se relaciona el testamento, el acta de defunción del de cujus y los informes del Archivo General de Notarias y del Judicial. En las cláusulas se hace constar la conformidad de los presuntos herederos de llevar la tramitación ante notario, el reconocimiento y validez del testamento; los herederos reconocen entre si sus derechos hereditarios y aceptan la herencia; se da la aceptación del cargo de albacea y la manifestación de éste y de que procederá a formular el inventario y avaluó de los bienes que forman la masa hereditaria.

La segunda escritura se denomina de inventario y adjudicación, donde el notario a solicitud del albacea, protocoliza el inventario formulado por éste y es aceptado por los herederos; en esta misma escritura se adjudican los bienes por el albacea en la forma dispuesta por el testador. Dicha partición hace las veces de adjudicación.

Por lo que respecta a la sucesión intestamentaria, existe una particularidad muy marcada, tanto en el Código de Procedimientos Civiles como en la Ley del Notariado para el Distrito Federal, estableciendo quienes pueden solicitar la tramitación de la sucesión legítima.

La Ley del Notariado en su artículo 169, establece que podrán tramitar esta sucesión, el o la cónyuge, los ascendientes, descendientes y colaterales hasta el cuarto grado haciendo notar que fuera des estos supuestos la tramitación deberá ser por vía judicial.

Podemos deducir que la tramitación de la sucesión legítima de una persona que se encontraba en concubinato, no puede ser solicitada por el concubino o concubina según sea el caso, por vía legítima ante un notario.

Sin embargo, según el artículo 799 del Código de Procedimientos Civiles, establece que: justificara el denunciante el parentesco o lazo si existiere y que lo hubiere unido con el autor de la herencia, o el grado por el que pueda consignarse heredero legítimo. Es entendible que los jueces no tengan impedimento legal para conocer de un juicio intestamentario promovido por quien crea tener derechos.

De la redacción de este artículo, se desprende que la concubina si puede tramitar el juicio ante el juez de lo familiar, siendo que se den las características necesarias para que se le reconozcan estos derechos a la concubina o concubino, o en su caso podría solicitar la tramitación intestamentaria un tataranieto del de cujus, pues no existe límite en el grado cuando se solicita la intervención del juez competente.

Ahora bien por lo que respecta a las que publicaciones, que tienen obligación de dar notarios y autoridad judicial, dependiendo ante quien se tramite la sucesión, existen formas diferentes para realizarlas, pero con el mismo fin, que es, el llamamiento a todo aquel que crea tener derechos en la sucesión y la publicidad de la misma.

La finalidad de las publicaciones es la publicidad. El artículo 175, de la Ley del Notariado da la opción de que estas se realicen no solamente en un periódico de los de mayor circulación en la República, sino en medios electrónicos u otro medio de comunicación masiva como el internet, salvaguardando siempre la debida publicidad y garantía de audiencia de los posibles interesados⁸⁷. Esta misma circunstancia no fue modificada en la ley adjetiva quedando de la misma forma hasta hoy observada.

Podemos concluir que cuando los interesados solicitan que la sucesión sea tramitada ante un notario, ello es una señal inequívoca de que el trámite sucesorio marcha mucho mejor, con mayor rapidez, menos obstáculos y menos trabas burocráticas en la sede de una notaria bien organizada y eficaz, que en la gran mayoría de lo juzgados de lo familiar.

4.7.- SIMILITUDES Y DIFERENCIAS EN EL TESTAMENTO PÚBLICO CERRADO Y EL TESTAMENTO PÚBLICO ABIERTO.

Aunque estos dos testamentos se encuentran en el mismo grado de clasificación que es el de testamentos ordinarios, existen diferencias marcadas por el propio Código Civil para el Distrito Federal, pero que es de interés estudiar para observar que el notario puede intervenir en la tramitación sucesoria de uno o de otro.

En la práctica el testamento público abierto es el más usado, por que algunos autores consideran que es el más seguro para el testador y para quienes se instituyen como herederos, circunstancia que no compartimos por que al igual que el

⁸⁷ Adicionado por Reforma de 25 de enero de 2006, publicada en la Gaceta Oficial del D.F. que entro en vigor 30 días después de su publicación.

testamento público cerrado, si se observan las formalidades exigidas por la ley su eficacia puede ser plena.

En todo testamento la manifestación de la voluntad debe ser expresa y no tacita. No es válido el testamento si el testador manifiesta su voluntad contestando por medio de monosílabos o señas a preguntas que se le hagan. Al respecto citamos la siguiente tesis jurisprudencial:

TESTAMENTO. ES SUFICIENTE PARA SU VALIDEZ QUE EL NOTARIO PÚBLICO DÉ FE DE QUE EL AUTOR DE LA HERENCIA, EN USO DE SUS FACULTADES FÍSICAS Y MENTALES, MANIFESTÓ SU VOLUNTAD DE TRANSMITIR SUS BIENES PARA DESPUÉS DE LA MUERTE, SIN QUE EXISTIERA COACCIÓN ALGUNA. De la interpretación armónica de los artículos 1360 y 1362 del Código Civil del Estado de México y sus correlativos 1512 y 1514 del Código Civil para el Distrito Federal, se desprende que el espíritu de dichos preceptos es en el sentido que el testador externe ante notario público su voluntad de testar, disponiendo de sus bienes y derechos para después de la muerte, lo que no significa que deba dictar de manera directa al fedatario su última voluntad o que lo haga en voz alta, sino que es suficiente que en alguna forma lo exprese y que el notario dé fe de dichas circunstancias, por lo que se debe de estimar que la finalidad que persigue la ley para que el testador transmita sus bienes en virtud del testamento, se satisface cuando el fedatario hace constar la comparecencia de aquel, la de los testigos de conocimiento, y certifica elaborar o redactar el documento, siguiendo las indicaciones de su autor anotando sus declaraciones generales y demás datos necesarios, asentándose en las cláusulas relativas su última voluntad, sin que exista coacción alguna, en tanto se encuentre en uso de sus facultades tanto físicas y mentales para hacer disposición de sus bienes para después de la muerte imprimiendo su huella digital, en caso de estar impedido para firmar, pero haciéndolo a su ruego uno de los testigos en unión de los demás atestiguantes instrumentales y autorizando así el fedatario la escritura correspondiente. (*Novena Época. Sexto Tribunal Colegiado en*

Materia Civil del Primer Circuito. Semanario Judicial de la federación y su Gaceta. Tomo: XVII, enero de 2003. Tesis: I. 6º.C.264C. Pagina:1880).

Los testamentos son abiertos cuando el testador declara en presencia de notario y testigos o simplemente ante estos su voluntad. En algunos casos el testamento abierto puede ser redactado por el notario, por los testigos o por el mismo testador. Según las clases de testamentos abiertos que pueden presentarse, la redacción se podrá ejecutar o no por las personas que intervengan para autorizar el acto. Lo esencial es la declaración de voluntad en presencia de esas personas que conocen y testifican sobre dicha declaración.

En cuanto a los testamento públicos, el artículo 1499, establece que el testamento, en cuanto a forma, es ordinario o especial, y el artículo 1500 establece cuales son los testamentos ordinarios, entre los cuales se encuentran tanto el testamento público cerrado como el testamento público abierto, encontrándose en el mismo rango de importancia, en cuanto a la clasificación hecha por el Código Civil.

Tanto el testamento público abierto como el testamento público cerrado, requieren de la intervención del notario para cumplir con las formalidades exigidas para su otorgamiento.

Quienes pueden hacer estos tipos de testamento son:

Para el testamento abierto la regla es que toda persona que éste en pleno uso de sus facultades físicas y mentales puede realizar dicho testamento, no así para el otorgamiento del testamento cerrado, ya que el artículo 1530 establece que no pueden hacer testamento cerrado los que no saben o no pueden leer, siendo que el sordomudo podrá hacer éste testamento siempre y cuando éste escrito, fechado y firmado de su propia mano y deberá presentarlo ante notario y cinco testigos, para que se cumplan con todas las formalidades; además, deberá escribir en presencia de

cinco testigos y el notario, que en el pliego se encuentra contenida su última voluntad, escrita y firmada por él.

El artículo 1533 del mismo ordenamiento, establece que el que sea sólo sordo o sólo mudo, puede hacer testamento cerrado, el cual esté escrito de su puño y letra, o si ha sido escrito por otro, lo anote así el testador y firme la nota de su puño y letra.

Una de las diferencias más marcadas por estos testamentos, es la intervención de testigos. Para el testamento público abierto no se requiere de testigos, salvo que el testador o el notario lo soliciten, y estos pueden solicitarse cuando el testador declare que no sabe o no puede firmar, que fuera sordo y que no supiera leer, cuando el testador sea ciego o no pueda o no sepa leer, entonces los testigos jugarán un papel importantísimo en el otorgamiento de dicho testamento.

Por lo que se refiere al testamento otorgado por un sordo, existe una pregunta que el legislador no aclaró, al establecer que si el sordo no supiere o no pudiese leer su testamento, designará una persona que lo lea a su nombre; aquí la pregunta es ¿la persona designada debe de saber el lenguaje de los sordomudos, por que de lo contrario, cómo el testador se cerciorara de que en el testamento se encuentra plasmada su voluntad, tal y como desea sea cumplida?.

Por ejemplo, el supuesto que marca el artículo 1517 del Código Civil, al establecer que cuando el testador sea ciego, no pueda o no sepa leer, el testamento deberá leerse dos veces, una por el notario y otra en igual forma por uno de los testigos.

Remarquemos que el testamento público abierto no requiere de la intervención de testigos, salvo los casos ya expuestos, pero si el testador o el notario lo permiten, pueden intervenir aun cuando no se esté en los supuestos previstos en el Código Civil para el Distrito Federal.

En cuanto a la intervención de los testigos en el testamento público cerrado, estos son indispensables, pues para su perfeccionamiento se requiere de los mismos, el artículo 1524, en su parte final, establece que el testador presentará el pliego cerrado que contiene su testamento ante notario y tres testigos.

Observemos que no es facultativo el que se presenten tres testigos, sino que son un requisito sin el cual no estaría perfeccionado el testamento. Al igual que el testamento público abierto, existen casos especiales en los cuales se requiere de la intervención de testigos como es el caso de que el testador al hacer la presentación del testamento no pudiese firmar, ya sea por que se encuentre impedido o por que no sepa hacerlo, y el artículo 1527 establece que si uno de los testigos no supiese firmar, se llamara a otra persona que lo haga en su nombre y en su presencia.

El artículo 1529 establece que sólo en casos de suma urgencia podrá firmar uno de los testigos, ya sea por el que no sepa hacerlo o por el testador, con la obligación de que el notario haga constar esta circunstancia.

Momento del testamento. El testamento abierto debe de realizarse en un sólo acto, que comenzará con la lectura del testamento y concluirá con la firma del testador en la escritura que al efecto realice el notario; es importante hacer notar que el tiempo del testamento comienza a contar desde la lectura, ya sea por el propio testador o el notario, sin tomar en cuenta que el testamento puede ser elaborado antes de que el testador manifieste su conformidad con él, nos referimos a que en la práctica se acude con una previa cita ante notario, el cual escucha y explica al testador sobre la forma del otorgamiento; en esta primera entrevista ante notario se hace un proyecto que contiene las posibles formas de manifestación de voluntad, aclarando que no es el testamento.

Una vez que el testador ha quedado conforme a lo explicado por el notario y aclaradas las respectivas dudas, se fija una nueva entrevista para redactar el testamento abierto, tal y como lo establece el Código Civil, por lo cual las entrevistas

previas y la redacción del testamento no deben realizarse en el mismo acto, ya que el notario deberá apegarse estrictamente a lo establecido por el artículo 1519.

“Artículo 1519. Las formalidades expresadas en éste capítulo se practicarán en un sólo acto que comenzará con la lectura del testamento y el notario dará fe de haberse llenado aquéllas”.

No sucede lo mismo con el testamento cerrado, pues éste es realizado en dos momentos; uno es cuando el testador redacta el mismo y otro cuando es presentado al notario y testigos para que se levante el acta respectiva.

Lo anterior tomando en cuenta la regla de que todo testamento debe de ir fechado, y en relación con la fecha de otorgamiento del testamento público cerrado, la Ley no pide que se feche el documento, excepto en el caso del sordomudo. Considero que el legislador previó acertadamente éste problema, ya que considero que el testamento es otorgado hasta que es presentado ante el notario y testigos, y se cumplan los demás requisitos para éste fin; esto se desprende de la redacción del artículo 1535.

“Artículo 1535. Cerrado y autorizado el testamento, se entregará al testador, y el Notario pondrá razón en el protocolo del lugar, hora, día, mes y año en que el testamento fue autorizado y entregado”.

Responsabilidad del notario en el otorgamiento de estos tipos de testamento. Es de recordar que los notarios, dentro de su función está la de asesorar, redactar e interpretar la voluntad de las personas que acuden ante él, pues partiendo de éste punto y del estudio de estos dos testamentos, el notario es un pilar importante para que los mismos cumplan el fin para el que fueron creados.

Así también, el notario tiene una responsabilidad en observar que se cumplan las formalidades exigidas para el otorgamiento de los actos que son solemnes, en el entendido de que en nuestra legislación sólo hay dos actos solemnes que son: el

matrimonio y el testamento, y es en éste último en donde el actuar del notario debe de ser con estricto apego a lo establecido por la Ley del Notariado y el Código Civil, ambos para el Distrito Federal.

En concreto, el notario tendrá responsabilidad civil en el otorgamiento de un testamento, puesto que no encuadraría en algún otro tipo de responsabilidad establecida para los notarios. Los tipos de responsabilidad en que puede incurrir un notario son:

- Civil . Por la acusación de un daño o perjuicio.
- Administrativa. Por la violación a la Ley del Notariado y a distintas Leyes.
- Penal. Por la comisión de los delitos de fraude, abuso de confianza, falsificación, declaración de falsedad o revelación de secreto profesional.
- Penal-Fiscal. Por la comisión del delito de defraudación fiscal.
- Fiscal. Responsabilidad solidaria por ser un fedatario recaudador de impuestos.
- Gremial. Ante el Colegio de Notarios.

La responsabilidad civil surge del incumplimiento de un deber, con perjuicio de alguien, y con la necesidad de reparar éste. El notario debe cuidar la validez del acto jurídico, no sólo desde el punto de vista de la forma sino también de fondo.

De la responsabilidad civil en que incurren los notarios conocerán los tribunales civiles, a instancia de parte legítima y en los términos de su respectiva competencia; es decir, que tiene que ser decidida por los tribunales y el notario debe ser oído. La responsabilidad civil surge de los artículos 1882 que está en el capítulo de enriquecimiento ilegítimo y del 2104 que está en el capítulo de incumplimiento de las obligaciones, y en muchos otros que están dispersos en el Código Civil. El licenciado Luis Carral y de Teresa, establece tres elementos indispensables para que exista responsabilidad a decir son "que haya violación de un deber legal, por acción u

omisión del notario, que haya culpa o negligencia de parte de éste y que se cause un perjuicio⁸⁸”.

Como fuentes de responsabilidad civil, está el artículo 1520, que aunque dice que el testamento quedará sin efecto, en realidad significa que quedará inexistente, ya que se trata de un acto solemne. El artículo 1534, referente al testamento público cerrado, también es fuente de responsabilidad civil, puesto que los dos hablan de pérdida de oficio, la cual sólo el Gobierno del Distrito Federal puede aplicar.

Tanto en el testamento público abierto como en el testamento público cerrado, tiene responsabilidad el notario en su actuar y puede ser sancionada con pérdida de oficio de la función notarial, como lo establece el artículo 1520, o en suspensión por seis meses como lo establece el artículo 1536, ambos del Código Civil para el Distrito Federal.

Por último, veremos la conservación, guarda y custodia de dichos testamentos. Antes de su guarda y entrega a los testadores de sus respectivos testimonios, que es la transcripción del testamento otorgado, el notario debe dar un aviso al Archivo General de Notarias del lugar en donde se otorgó dicho testamento, en específico si el testamento fue otorgado ante un notario del Distrito Federal y en la demarcación del mismo: es obligación del notario dar aviso conforme lo dispone el artículo 121 de la Ley del Notariado del otorgamiento. Éste precepto no hace distinción entre los tipos de testamento que se haya otorgado, sino estableciendo una obligación general de dar el aviso en el termino de cinco días hábiles siguientes al otorgamiento.

En el testamento público abierto, su guarda y custodia corresponde única y exclusivamente al testador, pudiendo éste entregarlo para su guarda a persona de su confianza; la Ley no establece disposición al respecto para la conservación del

⁸⁸ CARRAL y de TERESA Luis. Derecho Notarial y Derecho Registral. Editorial Porrúa. 16ª. Edición México 2004, pag, 113.

testamento público abierto, en el entendido de que a la muerte del testador, deberán de presentar el testimonio respectivo quienes lo tengan en su poder para iniciar el trámite sucesorio por vía testamentaria.

Lo anterior difiere respecto al testamento público cerrado, puesto que el testador puede elegir tres opciones que le da el Código Civil; podrá conservarlo en su poder, darlo en guarda a una persona de su confianza o depositarlo en el archivo judicial; considero que está última es la correcta, en el sentido de que su eficacia depende en gran parte de su conservación física. Al respecto el mismo Código Civil establece que el depósito ante el Archivo Judicial podrá ser por apoderado, especificando que el poder otorgado para éste acto deberá ser en escritura pública.

Por todo lo expuesto en el presente trabajo y por la capacidad demostrada en su actuación como jurista, los notarios públicos son el órgano jurídico investido de fe pública por el Estado, que tiene la capacidad e infraestructura, tanto material como jurídica, para intervenir en la apertura de un testamento público cerrado y a su vez realizar si así lo desean los herederos, la tramitación del juicio sucesorio que se desprende de la apertura de el testamento público cerrado.

CAPÍTULO TERCERO

SUCESIÓN TESTAMENTARIA.

Al hablar de sucesiones hay que comenzar por definir, que es en sentido gramatical el vocablo suceder se refiere a entrar una persona o cosa en lugar de otra. Jurídicamente significa el derecho, de alguien, ahora es de otro⁴⁰.

Está transmisión del derecho puede ser entre personas vivas o a causa de la muerte de una persona. Entre vivos se da cuando se manifiesta la voluntad de una persona para transmitir sus bienes, derechos u obligaciones a otro, a través de las figuras jurídicas permitidas por el derecho, como puede ser un contrato de compraventa, una donación, un contrato de arrendamiento, o una cesión de derechos, entre otros.

En este apartado trataremos la sucesión por causa de muerte. Hay dos tipos principalmente: la legítima y la testamentaria.

El concepto Suceder nos indica que una persona sustituye a otra en una relación jurídica, siendo la primera el sucesor. El termino suceder se refiere a la transmisión de bienes por causa de muerte, determinándose dicha transmisión como sinónimo de herencia. La sucesión hereditaria comprende todos los derechos y obligaciones del de cuius que no se extinguieron con su muerte, formando una unidad a la que se le llama universalidad de derecho. Así, la transmisión hereditaria se realiza de una persona que muere a una persona que está viva.

Es importante hacer notar la diferencia entre la sucesión entre vivos y la que se da por causa de muerte. La sucesión entre vivos tiene una característica única y es que la transmisión se da a título particular, porque sólo se transmiten ciertos derechos que integran el patrimonio de una persona; en la sucesión por causa de muerte hay

⁴⁰ Enciclopedia Jurídica OMEBA, Edit, Bibliografía Argentina, Buenos Aires, 1968. Tomo XXV, pag, 938.

una transmisión a título universal, porque se transmite todo el conjunto de bienes de la persona que fallece, sin importar que esa transmisión se haya establecido por la persona en vida, a través del testamento o por disposición de la ley, como es el caso de la falta de testamento.

En la sucesión entre vivos se manifiesta la voluntad de quien celebra la transmisión de algún bien o derecho y, en algunos casos, las obligaciones como es el caso de la sustitución del deudor, esto es, que las partes que intervienen manifiestan su aprobación o rechazo, a celebrar dicha sucesión.

En la sucesión por causa de muerte puede no manifestarse la voluntad de la persona, esto es, que no realice testamento, dándose el supuesto de la sucesión intestamentaria.

La sucesión por causa de muerte puede ser singular y universal; en la sucesión universal se sucede a título de heredero, y en la sucesión particular se sucede a título de legatario. El legado no es el único modo de suceder a título particular; algunos autores consideran que la sucesión universal se da de tres modos, testamentaria, contractual e intestada, pero nuestro Código Civil sólo admite dos: por voluntad del hombre a través del testamento y por disposición de la ley, denominándoseles testamentaria y legítima.

Así, para José Arce y Cervantes “la sucesión testamentaria se basa en un negocio por causa de muerte que se llama testamento, en virtud del cual una persona capaz, por su sola voluntad libre, dispone de sus relaciones transmisibles, para después de su muerte⁴¹”.

⁴¹ ARCE y CERVANTES José, De Las Sucesiones, 8ª. Edición, Edit. Porrúa, México 2006, pag, 35.

A decir de Ignacio Galindo Garfias, “la sucesión testamentaria se refiere y tiene por objeto, la transmisión de ese patrimonio, en el estado en que se encuentre en el momento del fallecimiento del titular⁴²”.

Por su parte Antonio Román García establece que “la sucesión testamentaria supondrá o presupondrá un notable grado de civilización, en el que se reconoce la propiedad privada individual, y el derecho del sujeto a disponer mortis causa de ella, mediante testamento⁴³”.

Para Ernesto Gutiérrez y González,: “la herencia o sucesión mortis causa es el régimen jurídico tanto sustantivo como procesal, por medio del cual se regula la transmisión de los bienes, derechos y obligaciones patrimoniales pecuniarios de una persona física llamada causante a otra u otras físicas o morales llamadas causahabientes, así como la declaración o el cumplimiento de deberes manifestados, para después de la muerte del causante⁴⁴”.

Por otro lado la legislación Argentina, definen a la sucesión como “la transmisión de los derechos activos y pasivos que componen la herencia de una persona muerta, a la persona que sobrevive, a la cual la ley o el testador llama para recibirla”.

Cabe señalar que el derecho de sucesión es tan antiguo como la propiedad, siendo que la transmisión de los bienes por causa de muerte, es inseparable de la propiedad privada.

Por otra parte el Código Civil para el Distrito Federal, en su artículo 1281, establece la sucesión como herencia, la cual comprende todos los bienes, derechos y obligaciones del difunto, siendo esto incorrecto, ya que la persona finada deja de ejercer

⁴² GALINDO GARFÍAS Ignacio, Derechos Reales y Sucesiones, 2ª. Edición, Edit. Porrúa, México 2004, pag, 194.

⁴³ ROMÁN GARCÍA Antonio, Derecho de Sucesiones Instituciones de Derecho Civil Español, VII, Edit. Mc Graw Hill, Madrid España 1999, pag, 130.

⁴⁴ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ Ernesto, Derecho Sucesorio Inter. Vivos y Mortis Causa, 6ª. Edición, Edit. Porrúa, México 2006, Pág. 78.

derecho alguno sobre sus bienes o derechos y por consiguiente deja de cumplir obligaciones.

Al respecto Ernesto Gutiérrez y González señala que⁴⁵:

“Los Códigos Civiles del Distrito Federal, dan un concepto en verdad inaceptable de lo que es la herencia.

El artículo 1281 dispone “Herencia es la sucesión de todos los bienes del difunto y en todos sus derechos y obligaciones que no se extinguen por la muerte”.

“Este concepto está muy mal redactado, pues salta a la vista que un difunto no puede tener bienes como se establece en este artículo”.

“El difunto es el muerto, el de cujus o el causante de los herederos o legatarios, y ese que era persona mientras vivió, ya no puede tener bien alguno al fallecer, pues en ese momento se convirtió en cosa, y las cosas en nuestra legislación no pueden ser titulares derecho alguno”.

“En el momento mismo que una persona física muere, deja de ser titular de bienes patrimoniales pecuniarios o morales, ya que los pecuniarios por una ficción de la ley, en el último instante de la vida de esa persona, se transmiten a sus herederos o legatarios, y los morales se extinguen, por lo cual resulta equivocado afirmar que la herencia es la sucesión en todos los bienes del difunto.”

Así, la sucesión responde al deseo humano de perpetuarse, si no también a la necesidad de defender y fortificar la familia. Con frecuencia el patrimonio de una persona no es sólo el resultado del trabajo personal, sino también la colaboración del cónyuge y de los hijos.

⁴⁵ Ibidem.

Este trabajo en común carecería de aliciente, si al morir el padre los bienes fueran a parar a manos del Estado, y aunque no hay una colaboración afectiva en la producción de los bienes, aquellas personas lo estimulan con afecto y lo auxilian en la medida de sus fuerzas. La herencia será la justa recompensa de todo eso, así como un sólido sustento económico.

Así también hay una razón de interés económico social, ya que si el hombre supiera que al morir, todo su trabajo va a quedar anulado, un primario egoísmo lo llevaría a disfrutar lo más posible de sus bienes en vez de productores de riqueza, se convertiría en destructor, en un peso muerto para la sociedad. El hombre trabaja para sí y sus seres queridos, no para la comunidad; a esta consideración habría que agregar, a nadie le gustaría amasar una fortuna para que se pierda luego en las áreas fiscales, siendo una perspectiva que a nadie entusiasma.

La sucesión testamentaria es la certeza jurídica de que todos los bienes de aquellos individuos que hayan otorgado testamento, serán disfrutados por las personas designadas por ellos como herederos en su testamento, y que ese derecho no podrá ser violentado por un tercero con igual o mejor derecho, como sería el caso de el Estado a través de la Beneficencia Pública.

El derecho sucesorio es la parte del derecho que regula la sucesión, por causa de muerte y fundamentalmente el destino, titularidad y relaciones patrimoniales activas y pasivas de una persona para después de su muerte. Es el derecho que trata de llenar la laguna que con el fallecimiento de una persona ha dejado.

La sucesión por causa de muerte existe en todas las legislaciones del mundo, ya que todo sistema jurídico atribuye cierto derecho a los individuos, sobre las cosas materiales, así como anudar facultades entre sí. Estos derechos y relaciones necesitan un destino al fallecimiento de quien es titular; este destino debe ser regulado principalmente por la voluntad de quien en vida era el titular de esos

derechos, para que éste a su vez pueda designar quien será el titular de esos bienes cuando haya muerto.

En todas las civilizaciones se admiten sucesiones por causa de muerte, sustentadas en la heredabilidad de derechos patrimoniales no personalísimos, la intervención del difunto, la designación de su sucesor y el llamamiento a los familiares a disfrutar de los bienes y derechos que conforman la masa hereditaria.

No siempre todos los derechos de una persona, pasan a sus herederos con la muerte, muchos son los que se extinguen con ella y son llamados derechos u obligaciones inherentes a la persona. Como regla general se puede afirmar que los derechos patrimoniales se transmiten a los herederos y por el contrario, los extrapatrimoniales se extinguen con la muerte, aun y cuando estemos frente a la voluntad manifestada, en testamento, aunque también está regla admite excepciones.

Los derechos extrapatrimoniales no pasan a los sucesores. En éste supuesto se encuentra los llamados derechos de personalidad, como son el derecho a la vida, al honor, a la libertad, etcétera; se trata de atributos de la persona, cuya transmisión resulta inconcebible, pero las consecuencias patrimoniales derivadas de una lesión de esos derechos, es decir, la acción de daños y perjuicios, se transmiten a los herederos del difunto.

Se extinguen así mismo los derechos de familia y las consiguientes obligaciones, tales como los que nacen del patrimonio, de la patria potestad, tutela y curatela. A veces la ley establece expresamente la intrasmisibilidad, ya que algunos derechos reales no podrían transmitirse, sin provocar un desmembramiento de la propiedad, como podría ser el usufructo que se extingue con la muerte del titular. La intrasmisibilidad establecida por la ley tiene distintos motivos, como los derechos emanados del mandato, cuando el finado haya sido el mandatario; otros derechos podrían ser el derecho de preferencia en la compraventa, el derecho de renta

vitalicia, la reparación por el agravio moral o el derecho de la reversión de la donación.

La sucesión testamentaria como llamamiento abstracto a los posibles herederos, provienen de lo dispuesto por el causante en el testamento, y el ofrecimiento concreto de la herencia, con posibilidad inmediata de aceptarla es consecuencia así mismo de la disposición testamentaria.

La sucesión testada puede existir con la intestada, cuando en la primera no ha dispuesto el testador de todo su patrimonio. En la sucesión testamentaria se puede dar o disponer la sucesión universal, la particular, o ambas al mismo tiempo. Es decir, se puede nombrar heredero o herederos y ordenar legados; también se puede nombrar heredero a otro mediante la sustitución pupilar o la ejemplar, y por último establecer condiciones, términos o modos. El fundamento de la sucesión testamentaria es el principio de la propiedad privada, en cuanto transmisible mortis causa, siendo expresado el principio de la autonomía de la voluntad a través del testamento.

La sucesión testamentaria tiene su razón de existir en la propiedad privada en la razón de obtener bienes materiales y no materiales como los derechos y obligaciones, que el hombre acumula durante su vida, con el objetivo de disfrutar de ellos con sus familiares, y a su muerte quedan protegidos.

El Licenciado José Arce y Cervantes establece que: “la facultad de disponer mortis causa, tiene a su favor, en primer lugar el consentimiento universal en el tiempo y espacio. Su fundamento está en el concepto de derecho de propiedad, cuya esencia consiste en la facultad de disponer y después en la institución de familia, ósea, esa sociedad natural que impone a los padres el deber de proveer a su existencia, formación y educación de los hijos, no durante la vida de los progenitores, sino hasta donde es posible, aun en caso de fallecimiento.

La sucesión testamentaria encuentra su fundamento sustancial en la necesidad de garantizar al individuo el completo dominio de los propios bienes, no sólo durante la vida, sino después de la muerte para satisfacer sentimientos de afecto, de gratitud, de caridad que no pueden o no deben tener su límite insalvable en la muerte, de donde Toullier ha podido afirmar que, después de la religión, la facultad de testar, es el más dulce consuelo del hombre que muere y que el testamento es el triunfo de la libertad en el derecho civil⁴⁶.”

Tanto la sucesión testamentaria como la sucesión legítima se explican por los deberes del sujeto para con la sociedad en general y para con sus parientes más próximos, en particular.

El derecho vincula la eficacia del testamento a cauces determinados y a formas establecidas en un modo rígido. La declaración solemne y formal de la voluntad del testador, es propio de la sucesión testamentaria, cuyo requisito es la capacidad del testador para disponer de sus bienes.

De ello Ignacio Galindo Garfias en su obra Derechos Reales y Sucesiones, “la sucesión testamentaria se trata entonces de un acto de disposición del acervo hereditario, o mejor de un acto, traslativo del acervo patrimonial del testador. Es decir, es un acto voluntario de disposición de los bienes y de las obligaciones del autor de la herencia que comprende tanto el activo como el pasivo de dicho acervo⁴⁷.”

Así la sucesión testamentaria tiene por objeto la transmisión del patrimonio, en el estado en que se encuentre en el momento del fallecimiento de su titular, siendo que el testamento le atribuye un carácter distributivo y un carácter atributivo. La naturaleza del testamento lo caracteriza como acto declarativo de voluntad, revocable por su autor condicionándolo a la muerte del de cujus.

⁴⁶ ARCE Y CERVANTES José, De Las Sucesiones, Edit. Porrúa, México 2006, pag. 38.

⁴⁷ GALINDO GARFIAS Ignacio, Derechos Reales y Sucesiones, Edit. Porrúa, México, 2004. pag. 193.

Antiguamente, para la designación de un heredero, los romanos tomaban en cuenta dos formas: *la designación del difunto* y la otra de *la ley*. En la ley de las doce tablas otorgaba al padre de familia el derecho de elegir él mismo quién debía continuar con su personalidad. A esta manifestación se le conoce como testamento.

En la designación de heredero por la ley, también contemplada por la ley de las doce tablas, se daba cuando el testador no había otorgado testamento.

A ciencia cierta no se sabe cuál de estas dos sucesiones es la más antigua. Es una cuestión muy discutida, hay quienes creen que los romanos sólo conocían la sucesión *ad intestato*. Lo mismo que los germanos y los griegos, y que la sucesión intestamentaria fue introducida por la ley de las doce tablas. En Roma era un deshonor morir intestado, pero esta circunstancia no era tan grave como la de no dejar heredero alguno, ya que esto significaba un indicio de mala sucesión, aunque esta consideración era solamente una creencia de la población romana, con ella se justificaba la preferencia por la sucesión testamentaria, ya que el que testaba demuestra prevención y deseo grande de conservar intacto su honor, así como que sus seres más cercanos disfrutaran de la riqueza por él acumulada.

3.1. DEFINICIÓN DE TESTAMENTO.

Partiendo de que los romanos consideraban de suma importancia el testar, como forma de mantener su honor intacto, en Roma la forma de realizar los testamentos varió dependiendo de la época y de quien los gobernaba. Diferentes formas fueron admitidas sucesivamente por el Derecho Civil antiguo, por el Derecho Pretorio y por las Constituciones Imperiales. El Testamento ya se comprendía en las XII Tablas y se refería a todos los bienes del testador, *mancipio o nec*, siendo que el Pater familias podía dejar el patrimonio de su *domus* a cualquier extraño.

El testamento romano nació con la ley especial pasando por la fase de contrato y llegó finalmente al concepto moderno de la declaración unilateral de última voluntad.

Así el testamento: (*testamentum*) no es sólo el acto de testar, sino también el documento en que éste acto consta, también llamado *tabulae*.

Para algunos tratadistas el testamento surge cuando nace la propiedad privada o individual; al principio quien tenía hijos no podía hacer testamento, pero con el paso del tiempo surgió la libertad de testar.

El testamento romano es un acto solemne por el cual una persona instituye a su heredero o a sus herederos. Es una manifestación de última voluntad, es decir, un acto esencialmente revocable.

A continuación transcribimos algunas definiciones de Testamento.

- Para MODESTINO: “Es una justa disposición, decisión de nuestra voluntad de aquello que alguien desea que sea hecho después de su muerte⁴⁸”.
- Para ULPIANO: “Una afirmación justa de nuestra mente, hecha en forma solemne para que valga después de la muerte⁴⁹”.
- El Código Napoleón en su artículo 895, define el testamento como: “Un acto irrevocable, por medio del cual el testador dispone, para el tiempo que ya no exista de todos sus bienes o de parte de ellos⁵⁰”.
- Para el licenciado, Emiliano Subiría Maqueo “es el único instrumento mediante el cual se expresa en forma objetivamente válida la voluntad de disponer de los bienes y derechos después de la muerte⁵¹”.

⁴⁸ IBARROLA Antonio, Cosas y Sucesiones, 4ª. Edición, Edit. Porrúa México 1999, pag 683.

⁴⁹ Ibidem.

⁵⁰ IBARROLA Antonio, Op. Cit. Pag, 684.

⁵¹ Revista Mexicana de Derecho, Edit. Mc Graw Hill, México 1999, pag 29.

Para los romanos el testamento constituyó un acto muy importante; por ejemplo, se dice que Catón el Censor, alguna vez expresó que se arrepentía de tres cosas en su vida. De haber compartido un secreto con su mujer, de haber hecho un viaje por barco pudiéndolo hacer por tierra y de haber permanecido intestado un día entero.

En el Derecho Civil antiguo se reconocieron tres formas testamentarias: el Testamento realizado ante los comicios, el realizado frente al ejército y el Testamento Mancipatorio.

Testamento hecho ante los Comicios

Era el testamento que el Pater Familias hacía en tiempos de paz, frente a los comicios curiados, cuando la asamblea se reunían para ese fin, dos veces al año, siempre precedida por el pontífice máximo.⁵²

El jefe de familia declaraba delante de los comicios a quien elegía por heredero, dando los comicios su aprobación a esta elección, lo cual hacía del testamento una verdadera Ley.

Testamento hecho frente al Ejército

Se realizaba en guerra frente al ejército. El jefe de familia soldado, quien quería testar antes de marchar al combate, declaraba su voluntad delante de sus compañeros de armas, que representaban la asamblea del pueblo.

⁵² Los comicios constituían la asamblea político-legislativa, en el periodo de la monarquía. Existían dos tipos de comicios por curias y por centurias.⁵² MORINAEU IDUARTE Martha, IGLESIAS GONZÁLEZ Román, Derecho Romano 4ª. Edición, Edit. Oxford México 2000, pag,7.

Testamento Mancipatorio

Éste testamento surge ante la necesidad de que ninguno de los dos testamentos anteriores podían otorgarse en cualquier momento. Consistía en una venta ficticia efectuada por medio de *mancipatio*, realizada frente a la *libripens* y cinco testigos.

El testador mancipaba sus bienes a un tercero llamado *familiae emptor*, quien era amigo del testador, (comprador del patrimonio) al tiempo que designaba a sus herederos y daba instrucciones al *familiae emptor*, de la forma en que debería de repartir su herencia.

Sin embargo, éste tipo de testamento presentaba muchas imperfecciones. El jefe de familia no podía usarlo en favor del hijo que tenía bajo su autoridad, porque la emancipación no era posible entre ellos; además, la enajenación debería de producir un efecto inmediato y al parecer el testador no tenía ningún medio jurídico de revocarla si volvía de su acuerdo.

En una época, seguramente posterior al perfeccionamiento del testamento mancipatorio, fue admitido en Derecho Civil, el que un ciudadano pudiese testar oralmente, con la ayuda de una simple *nuncupatio*, declarando en voz alta el nombre del heredero y su última voluntad delante de siete testigos.

A esta forma se le llamo *testamento nuncupativo*. Ofrecía menos garantía que el testamento mancipatorio, pero tenía la ventaja de ser más rápido y no hacer ningún escrito.

En esta época aparecieron también los Testamentos Especiales o Extraordinarios, que atendiendo a determinadas circunstancias, aumentaron o disminuyeron en algunos otros, las formalidades requeridas para éste acto.

Así, aumentaron las formalidades en los testamentos otorgados por analfabetos, requiriendo de siete testigos y firmar una persona cuya firma suplía a la del testador;

así mismo los otorgados por ciegos también debían ser acompañados por siete testigos, y dictar su testamento a un oficial público llamado *tabularius*.

Entre los testamentos que disminuyeron sus requisitos, está el realizado en tiempo de peste, para disminuir el peligro de contagio; los testigos podían firmar en visitas sucesivas, de manera que éste testamento no se hacía en un sólo acto, y sólo se requería de cinco testigos.

Otro testamento en que se disminuyeron los requisitos, es el testamento del padre a favor de sus hijos. Podía ser verbal y bastaban dos testigos; en caso de ser escrito, era suficiente una declaración ológrafa sin testigos.

También se dio el testamento militar, y exceptuado al principio de que, nadie puede morir en parte testado y en parte intestado, puesto que si el soldado sólo disponía de una parte de sus bienes, se podía abrir para el resto la sucesión legítima y a su vez la testamentaria.

Otros tipos de testamentos no menos importantes, pero que fueron perdiendo fuerza con el transcurso del tiempo son el testamento hecho en el Campo y que por la dificultad de encontrar ciudadanos libres que pudieran ser testigos, bastaban cinco.

En éste lugar de la lista, en la que aumenta continuamente el rigor formal, hay que colocar el ya mencionado *testamentum tripartitum*.

Por otra parte cuando el testador guardaba su testamento entre sus propios papeles podía suceder que después de su muerte, personas interesadas en la procedencia de la vía legítima en vez de la testamentaria, podrían destruirlo fácilmente, en cuyo caso, aun con testigos de que había existido un testamento, era difícil comprobar que está destrucción no había sido causada por el testador mismo. Por está razón se introdujo la posibilidad de depositar el testamento en poder de alguna autoridad. Así

surge el *testamentum apud acta conditum*, hecho con intervención de una autoridad de fe pública y conservado por ella en sus archivos.

En Roma también existió el denominado Codicilo, documento que comúnmente tenía relación estrecha con el contenido del testamento pero que, no formando parte de éste, podríamos definirlo como una disposición no contemplada en el testamento que interesaba al testador, y no era seguro que fuera cumplida por sus herederos.

Éste acto, menos solemne, pero también utilizado para hacer disposiciones después de la muerte, al igual que el testamento requería de la *testamenti factio* (capacidad para testar). El codicilo se hacía por escrito, en forma de carta su nombre proviene de CODICILLI, que eran las tablillas para escribir cartas.

De ello Lucio Lentulo, en el tiempo de Augusto, fue el primero en hacer uso de éste y habiéndose extendido esta práctica, Augusto convocó a los jurisconsultos para consultarles sobre la cuestión y decidir, si éste uso no sería contrario a los principios del Derecho. Trebatio opinó que debería de aprobarse porque los ciudadanos obligados a emprender grandes viajes y que no pudiesen realizar las formas del testamento, podían al menos hacer codicilos; esta cuestión aun no estaba resuelta cuando Labeon dejó codicilos y entonces ya nadie dudó de su validez⁵³.

El Codicilo es un acto de última voluntad que no cumple ninguna de las formalidades del testamento y se podían dejar varios. Era un medio de añadir ciertas disposiciones a un testamento ya hecho, lo que no se hubiera podido realizar por un nuevo testamento, sin revocar el primero.

El codicilo podía existir anexo a un testamento o sin éste; al primero se le dio el nombre de codicilo confirmado, y podía contener legados, manumisiones, fideicomisos y nombramientos de tutores y curadores; el segundo sólo podía

⁵³ PETIT Eugene, Tratado Elemental de Derecho Romano, Edit. Epoca S.A de C.V., México D.F, pag 583

contener fideicomisos, quedando sujeto a las mismas causas de ruptura del testamento. Ninguno de estos dos codicilos podía contener herederos o consignar desheredaciones.

En la época de Justiniano éstas distinciones perdieron su importancia, puesto que los legados se asimilaron a los fideicomisos y podían, desde entonces, figurar en un codicilo ab intestato pero siempre con esta diferencia; también se estableció que los codicilos sólo siguen la suerte del testamento.

Como podemos observar, el testamento es el instrumento por el cual las personas tratan de seguir protegiendo su patrimonio, estableciendo quienes deben de seguir esa protección, después de su muerte, nombrando así herederos o legatarios que serán quienes tendrán, en su momento, el derecho y, en su caso, obligación de proteger y hacer que persista el patrimonio del autor de la sucesión.

Nuestro Código Civil, en su artículo 1295, establece la definición de lo que es testamento.

“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”.

De lo anterior se desprende que se ordena, por parte del testador, el destino de sus bienes, derechos y posesiones, de orden patrimonial, al establecer que una persona capaz dispone de sus bienes y derechos para después de su muerte.

Así, el testador protege y pretende que sus familiares disfruten de la riqueza que éste acumuló durante su vida, y no así el Estado a través de la Beneficencia Pública, o un tercero.

También existen deudas y obligaciones, mismas que por disposición de la Ley pueden ser transmitidas por causa de muerte; esto se desprende de la última parte de la definición que da el Código Civil, al establecer que el testador también declara o cumple deberes para después de su muerte.

Al referirse que declara estaríamos frente a una obligación o responsabilidad que no era conocida socialmente, como podría ser el reconocimiento de un hijo, permitido por nuestra legislación hacerse en testamento, al hacer esta declaración estamos en el supuesto de que el testador deberá nombrarlo heredero o legatario, dependiendo de las circunstancias en que se de este supuesto, así como el deber de los demás herederos a reconocerle derechos hereditarios.

En el supuesto que el testador cumple deberes para después de su muerte, se refiere a que una persona no puede dejar de cumplir una obligación, aun después de su muerte, como es el caso de suministrar alimentos a un incapaz, en caso contrario se estaría en el supuesto de un testamento inoficioso.

El objetivo del testamento es no dejar sin titularidad el conjunto de bienes y derechos reales, y dejar de cumplir obligaciones contraídas en vida por una persona que traerían un perjuicio para sus herederos o legatarios y un menoscabo en su patrimonio.

Es importante destacar que la finalidad del testamento es de carácter patrimonial; además, éste será válido aun y cuando no se nombre heredero, ya que esta no es una condición necesaria en nuestro ordenamiento jurídico, la institución de heredero, como lo dispone el artículo 1378, del Código Civil.

“El testamento otorgado legalmente será válido, aunque no contenga institución de heredero y aunque el nombrado no acepte la herencia o sea incapaz de heredar”.

Esta circunstancia se confirma de lo dispuesto por el artículo 1379, el cual establece que las disposiciones testamentarias hechas conforme a lo que disponen las leyes deberán ser cumplidas.

En el testamento se pueden dar declaraciones atípicas no comunes, y que no contengan herederos, como podrían ser declaraciones extraordinarias, como disposiciones sobre sufragios y funerales, la correspondencia del testador, sus obras científicas o artísticas, negociaciones o legitimaciones personales.

De esta manera el testamento es la manifestación de voluntad de una persona, en la que expresa qué es lo que quiere que suceda con sus bienes, derechos y obligaciones y, en ocasiones, con su persona.

3.2. CARACTERÍSTICAS DEL TESTAMENTO

Las características del testamento pueden ser simples y ya conocidas por los estudiosos del derecho, pero pueden sufrir mutaciones.

Partiendo del concepto que da el Código Civil en su artículo 1295, podemos identificar cada una de las peculiaridades que tiene el testamento.

a) Acto Jurídico.

El testamento es un acto jurídico, siendo que el hombre por el simple hecho de vivir, desarrolla constantemente una serie de actos de diversa índole, de tal modo que podemos asegurar que la vida del ser humano es una sucesión interrumpida de actos, los cuales por su naturaleza producirán efectos diversos, según la finalidad que su realizador persiga.

De este modo, cuando la voluntad interviene como elemento esencial habrá acto jurídico y cuando hay ausencia de voluntad estamos frente a un hecho jurídico. Por

ello, el testamento es un acto jurídico, ya que estamos frente a una manifestación de voluntad y esa manifestación que trae como consecuencia que se produzcan efectos jurídicos después de la muerte de quien manifestó su voluntad.

Al respecto, el Licenciado Juan Manuel Aspron Pelayo, establece que “ el testamento es un acto jurídico debido a que se requiere de la manifestación de la voluntad para que se llegue a producir las consecuencias de derecho, perfeccionando el testamento desde su otorgamiento, aunque sus efectos traslativos se actualicen hasta el momento de la muerte del autor de la herencia⁵⁴.”

b) Unilateral.

Los actos jurídicos se clasifican en unilaterales, bilaterales y plurilaterales, dependiendo de las voluntades que acudan para la creación de los mismos. El testamento se considera como un acto unilateral, en virtud de que sólo se expresa la voluntad de un individuo, que en éste caso es el testador.

Aunque existen otros individuos que intervienen en el testamento, y se podría considerar que manifiestan también su voluntad, como son los testigos, su voluntad no influye para que la voluntad del testador surta efectos jurídicos, ya que estos sólo manifiestan su voluntad de participar como testigo, para cubrir un requisito de solemnidad.

c) Personalísimo.

Esta característica se refiere que el testamento es un acto personalísimo, ya que contiene la voluntad de una sola persona.

⁵⁴ ASPRON PELAYO Juan Manuel, Sucesiones 2ª. Edición, Edit. Mc Graw Hill, México D.F. 2001., pag 43.

No puede haber dos voluntades en un sólo testamento no puede ser recíproco o a favor de un tercero, como lo señala el artículo 1296 al decir que no pueden testar en un mismo acto dos o más personas, ya en provecho recíproco, ya a favor de un tercero.

Como excepción a este principio, es el, testamento público simplificado.

d) Revocable.

El testamento es revocable, lo cual puede hacerse en cualquier momento hasta antes de la muerte del testador, y puede ser de dos tipos: revocación parcial o revocación total.

La revocación puede ser también expresa o tácita. La facultad de revocar un testamento es irrenunciable, la creación de un nuevo testamento, cualquiera que sea su forma revoca al anterior, salvo disposición expresa en contrario, siendo que la forma más común de revocar un testamento es otorgando uno nuevo.

Lo anterior se desprende de lo preceptuado por el Código Civil para el Distrito Federal, en su artículo 1494, que a la letra dice.

“El testamento anterior queda revocado de pleno derecho por el posterior perfecto, si el testador no expresa en éste su voluntad de que aquel suscita en todo o en parte”.

Anteriormente la revocación de un testamento podía ser de los siguientes modos:

- a) Por un nuevo testamento. Aun en el caso de que éste fuera parcialmente compatible con el testamento anterior, primero quedaba totalmente revocado, a fin de eliminar una fuente de posibles dudas.

- b) Por la destrucción material del documento en cuestión, siempre que ésta fuera intencionada.
- c) Por revocación formal, en un acto solemne (con testigos o delante de alguna autoridad). Éste modo de revocación era el más indicado cuando se quería pasar de la vía testamentaria a la legítima .

e) Libre.

La libertad que tiene toda persona para manifestar sus creencias, ideas e inconformidad, ante situaciones que afectan o trasgreden su esfera jurídica, es una garantía individual, la cual no puede ser prohibida ni alterada en su esencia, ya que es un derecho de la libre manifestación del pensamiento, contemplado en el artículo sexto de nuestra Constitución Política.

En cuanto al testamento, también está protegida la libertad del testador de decidir, quien podrá disfrutar de sus bienes, derechos reales y obligaciones para cuando el deje de existir. El testamento en que no se manifieste autónomamente la voluntad será nulo, por tanto también será nulo el que se otorgue, bajo violencia, fraude, dolo o error.

El artículo 1489 del Código Civil señala que debe expresar su voluntad de modo claro y cumplido; así mismo, el artículo 1485 dispone que es nulo el testamento hecho bajo violencia y, el artículo 1486 establece que una vez que cese la violencia el testador podrá revalidar sus disposiciones con las mismas solemnidades como si otorgara de nuevo su testamento. Aspron Pelayo hace una observación a éste precepto, estableciendo que “el legislador lo que quiso decir es que el testador, revalide su voluntad, y no basta decir que revalide el testamento otorgado⁵⁵”.

⁵⁵ Idem

f) Capacidad.

Los romanos tenían reglas que deberían ser cumplidas, y por ningún motivo podían pasarse por alto, ya que la inobservancia de éstas traía como resultado la nulidad del testamento.

La capacidad para testar y ser instituido en un testamento se llama *testamenti factio*, y sólo la tenían los ciudadanos romanos. Era necesario que fueran capaces el testador de hacer testamento, el heredero de recibir la herencia, el legatario de recibir un legado y los testigos de fungir como tales.

Carecían de capacidad para hacer un testamento (*testamenti factio activa*), las siguientes personas⁵⁶:

- Los peregrinos, salvo los que tuvieran el *ius commercii* por privilegio especial, ni tampoco los *dediticios*. Los *iuniani* tenían el *ius commercii*, pero no en forma completa; les faltaba la *testamenti factio*.
- Los que no podían tener bienes propios como la esposa *in manu*, los hijos no emancipados o los esclavos no podían hacer un testamento.
- Originalmente, la mujer ingenua, (*sui iuris*), no podía hacer un testamento. Sin embargo, Augusto liberó a la mujer ingenua, con tres hijos, de la tutela, y la facultó para hacer un testamento, concesión muy importante en la época anterior al senadoconsulto Orfitiano.
- Determinadas personas perdían la *testamenti factio activa*, como sanción a una conducta considerada antisocial.

⁵⁶PETIT Eugene, Op. Cit. pag 519.

- Dementes, pródigos, infantes e impúberes no tenían la *testamenti factio activa*, y por ser el testamento un acto muy personal, el *curator* o tutor no podía testar en nombre de ellos.
- El ciudadano romano, prisionero de guerra no tenía, durante el cautiverio, la *testamenti factio activa*.
- El testamento hecho por un esclavo continuaba sin validez, aunque el esclavo obtuviera posteriormente la libertad.

Esta característica está regida por la regla de que toda persona es capaz de otorgar testamento, excepto las señaladas por la ley. Al respecto el artículo 1305 del Código Civil para el Distrito Federal, señala que pueden testar todos a quien la ley no prohíbe expresamente el ejercicio de ese derecho.

Las incapacidades establecidas para testar, son distintas de las establecidas en materia de obligaciones; en materia sucesoria si se permite que un menor de edad pueda testar, mientras que en las obligaciones está no es capaz; por otra parte, en materia de obligaciones, una persona que no es capaz de gobernarse así mismo es incapaz, mientras que en materia sucesoria si puede testar, siempre y cuando se encuentre en un intervalo de lucidez y se cumpla con los requisitos que señala la Ley.

g) Objeto.

Todo testamento tiene por objeto el disponer de los bienes y derechos del de cujus para después de su muerte; todo testamento lleva necesariamente una disposición de bienes.

El objeto no necesariamente implica disposición de bienes, puede contener disposiciones para que se adquieran bienes o derechos que al momento de testar no

sean propios del testador y que adquiera después por disposición expresa plasmada en el testamento. Es válido dejar herencia o legado de bienes que el testador adquiera con posterioridad al otorgamiento.

En nuestro derecho por esencia no es una disposición de bienes. El Código admite que el testamento contenga disposiciones patrimoniales y otras que no lo sean, y aun que en el no haya institución de heredero y por consiguiente puede no contener legados.

h) Acto de última voluntad.

Se dice que es un acto de última voluntad con efectos diferidos para cierta época, cronológicamente posterior a su otorgamiento, puesto que el efecto está sujeto a la muerte de quien lo otorga.

Se dice que es última voluntad porque subsiste hasta la muerte, mientras no se revoque. Se presume que la voluntad expresada por el testador, es lo que el hubiera querido en el último momento de su vida. La voluntad testamentaria no caduca ni prescribe con el transcurso del tiempo.

i) Solemne.

Es un acto protocolario que exigen los actos jurídicos

En el matrimonio se exige solemnidad (ad solemnitatem), en el testamento también es requisito para que surta pleno efecto. El Código usa esta expresión al hablar de la forma y establece la nulidad del testamento cuando se otorgue en contravención de a las formas prescritas, en especial del testamento público abierto y del cerrado. José Arce y Cervantes establece que “la solemnidad tiene como finalidad que la manifestación del testador no provoque dudas”⁵⁷.

⁵⁷ ARCE Y CERVANTES José, de las sucesiones , Edit. Porrúa, México 2006, pag 60.

3.3. TESTAMENTOS ORDINARIOS

Estos testamentos se caracterizan porque son los que pueden hacerse en circunstancias normales y por tanto, revisten mayor número de solemnidades. Por ejemplo, los tres primeros que son: testamento público abierto, testamento público cerrado y testamento público simplificado requieren necesariamente del otorgamiento ante notario público, y el ológrafo para cumplir con las formalidades exigidas para los de su clase debe presentarse y depositarse ante el Archivo General de Notarias del Distrito Federal.

Caracterizándose los testamento ordinarios, porque necesariamente requieren de que se les de certeza jurídica y de que es cierto lo manifestado por el testador en el mismo, cumpliéndose esta circunstancia con la fe publica, que se emplea en los tres primeros por un notario y en el ológrafo por la fe que tiene el Director del Archivo General de Notarias del Distrito Federal.

Además, estos testamentos tienen una vigencia indefinida, de manera que hecho el testamento de acuerdo con todas las formalidades establecidas por la ley para el caso concreto de que se trata, surte sus efectos a la muerte del testador sin importar el tiempo que transcurra entre la fecha en que se otorgue y la fecha en que fallezca el testador, contrariamente a lo que sucede con los testamentos especiales.

Un acto volitivo como es la expresión de la voluntad y cualquier otro acto jurídico, no puede conocerse sino se exterioriza, sino toma alguna forma, en nuestra legislación solo existen dos actos que requieren la solemnidad como requisito sin el cual no producen efectos, estos son el matrimonio y el testamento. En estos casos por real que sea el consentimiento como voluntad exteriorizada, jurídicamente se tiene por inexistente si existe ausencia de la solemnidad requerida, y entonces para la ley habrá nulidad.

En el caso del testamento, la solemnidad tiene los siguientes fines: advertir al testador la seriedad del acto, hacer distinguir un simple proyecto de testamento del verdadero; acreditar la identidad, la capacidad, la libertad del testador y la autenticidad de su voluntad, que esta quede fielmente expresada; que se pueda probar, que permanezca conservada sin que exista forma de ser alterada por terceros, hasta donde esto sea posible.

Nuestro Código Civil, divide las formas testamentarias en dos: las del testamento ordinario, que por regla general pueden ser empleadas por todos en cualquier circunstancia y las de los testamentos especiales, que solo pueden ser empleadas en aquellos casos también especiales que fija la ley limitativamente.

Conforme a lo establecido por el artículo 1499 del Código Civil para el Distrito Federal, en cuanto a su forma los testamentos son ordinarios o especiales, y el artículo 1500 del mismo ordenamiento enumera los testamentos ordinarios que son:

- Público abierto.
- Público cerrado.
- Público simplificado, y
- Ológrafo.

Testamento Público Abierto.

Este testamento es el más conocido y usado en nuestra sociedad, es decir es el más común y solamente se realiza en presencia de un notario.

Para licenciado Juan Manuel Aspron Pelayo, este es el único testamento perfecto, ya que para él, no requiere declaración de ser formal ya que esta redactado por un perito en derecho⁵⁸.

“Artículo 1511. Testamento público abierto es el que se otorga ante notario, de conformidad con las disposiciones de este Capítulo”.

En este testamento el testador manifiesta su voluntad ante notario público y éste redacta esa manifestación íntegramente en su protocolo, sujetándose estrictamente al tenor de ella; una vez hecha la redacción, dará lectura al testamento y si el testador da su conformidad, será firmado por éste y el notario, este último deberá de asentar, día, mes, año y hora en que se haya otorgado.

Este testamento debe de otorgarse en un sólo acto, el cual comenzara con la lectura del mismo y terminará con la firma del testador y notario, por lo cual las entrevistas previas a su otorgamiento, no se toman en consideración ya que sólo sirven para, explicar y aclarar las dudas que pueda tener el testador, conforme al otorgamiento del testamento.

“Artículo 1519. Las formalidades expresadas en este capítulo se practicarán en un solo acto que comenzará con la lectura del testamento y el notario dará fe de haberse llenado aquéllas”.

Esta además establecer por que se considera público abierto a este tipo de testamento, esta característica se desprende de su misma naturaleza, lo que considero importante resaltar es la sanción que puede tener un notario si no se apega estrictamente, a las formalidades exigidas por la ley para el otorgamiento, la sanción es la pérdida de oficio para el notario, es decir se le puede revocar la patente de notario para seguir actuando como tal, y a su vez responder de los daños y perjuicios que se ocasionen a los interesados o quienes acrediten tener algún interés, en los efectos que produzca el testamento, puesto que en estricto sentido

⁵⁸ ASPRON PELAYO Juan Manuel, sucesiones, Edit. Mc Graw Hill, México 2001, pag 52.

sino se cumplen las formalidades el testamento será nulo y por consiguiente inexistente.

“Artículo 1520. Faltando alguna de las referidas solemnidades, quedará el testamento sin efecto, y el Notario será responsable de los daños y perjuicios e incurrirá, además, en la pena de pérdida de oficio”.

A partir de la reforma que entro en vigor el 7 de enero de 1994, este testamento ya no requiere testigos, excepto cuando el testador no sepa o no pueda firmar, sea sordo, ciego o no sepa o no pueda leer, y en su caso cuando el testador o el notario lo soliciten, casos en los cuales se requiere la presencia de dos testigos instrumentales, llamados así, porque sin su concurrencia no hay testamento.

Testamento Público Cerrado.

Conforme a la clasificación que hace el artículo 1500, del Código Civil, este es el testamento que mas interesa al presente trabajo, sin embargo en este apartado solo haremos una síntesis de sus características, en razón de que será desarrollado en capítulos posteriores de forma específica, cada una de sus peculiaridades.

Este testamento es público porque se otorga ante notario, en instrumento público, la escritura, y es cerrado porque el contenido del mismo se desconoce, aquí el notario interviene en el otorgamiento mas no en la redacción, del mismo.

Este testamento requiere mayor numero de formalidades, que cualquier otro, de los reconocidos en por nuestra legislación, y por tal motivo considero que es tan seguro como el testamento público abierto, no obstante que para algunos estudiosos del derecho represente inseguridad.

El artículo 1521 del Código Civil, nos da la definición de lo que es el testamento público cerrado, el cual a la letra dice:

“Artículo 1521. El testamento público cerrado, puede ser escrito por el testador o por otra persona a su ruego, y en papel común”.

Como se puede observar este testamento es redactado por el testador en papel común y puede no ser redactado por el testador sino por persona que el autorice, así mismo se puede deducir que no necesariamente tiene que ser escrito de puño y letra del testador, sino que se puede utilizar algún medio mecánico para su redacción.

En este testamento, a diferencia del público abierto y público simplificado u ológrafo, se requieren estrictamente de tres testigos, pues así lo dispone el artículo 1524 de Código Civil.

“Artículo 1524. El papel en que esté escrito el testamento o el que le sirva de cubierta, deberá estar cerrado y sellado, o lo hará cerrar y sellar el testador en el acto del otorgamiento, y lo exhibirá al Notario en presencia de tres testigos”.

Este testamento no lo pueden realizar, conforme a lo que establece el artículo 1530, del mismo ordenamiento, los que no saben o no pueden leer.

“Artículo 1530. Los que no saben o no pueden leer, son inhábiles para hacer testamento cerrado”.

Considerando las características distintivas de este testamento, nos encontramos, con que este testamento puede ser conservado por el testador, por persona de su confianza o en su caso ser depositado en el archivo general de notarias del Distrito Federal.

“Artículo 1537. El testador podrá conservar el testamento en su poder, o darlo en guarda a persona de su confianza, o depositarlo en el archivo judicial”.

En cuanto a la responsabilidad en que puede incurrir el notario, cuando interviene en el otorgamiento de este tipo de testamento, se da sino observa lo establecido en el artículo 1535, el cual establece que una vez cerrado y sellado el testamento, el notario pondrá la razón en el protocolo a su cargo, lugar, hora, día, mes y año en que el testamento fue entregado y autorizado. En caso de que el notario no cumpla con lo dispuesto en este artículo, el testamento no se anula, pero al notario se le sancionará con suspensión por seis meses.

Como se puede observar en todo momento se requiere de la intervención de un notario para el otorgamiento del mismo, dando así seguridad de que en el mismo se cumplieron con todas las formalidades exigidas para los de su clase, siendo tan seguro como el más común de los testamentos.

Testamento Público Simplificado.

Testamento Público Simplificado. (Para el Distrito Federal, en otras entidades puede denominarse de diferente manera), es aquél en el cual en la misma escritura de adquisición de un inmueble destinado o que vaya a destinarse para vivienda, se establece a los legatarios esta disposición se realiza ante Notario Público.

Este tipo de testamento es una innovación del legislador, el 6 de enero de 1994, se publicó en el diario oficial de la federación y entro en vigor al día siguiente de su publicación.

Este testamento, es la excepción a la regla de que el testamento es un acto personalísimo, en virtud de que puede contener más de una voluntad, ya que se otorga en relación a regularizar la titularidad de un inmueble, esto es, se otorga cuando se adquiere un inmueble ya sea porque, se regulariza la titularidad del mismo por así ordenarlo el Estado, o por el simple hecho de adquirirlo de un particular como podría ser la compraventa.

En relación a lo anterior pueden testar dos o mas personas, en este tipo de testamento, porque pueden comprar un inmueble dos o mas personas, como podría ser el matrimonio que se encuentra sujeto a régimen de sociedad conyugal, los testadores tendrán la característica de copropietarios.

En este testamento resalta la figura del legado, en razón de que al realizar la adquisición de un inmueble en escritura publica, en la misma se plasma la voluntad de quien adquiere dicho inmueble, voluntad que establece quien desea que disfrute del mismo, después dela muerte de quien lo adquirió, especificando cosa y persona, características de un legado.

Como lo apunta el licenciado José Arce y Cervantes, este testamento esta limitado a la institución de un legado respecto de un bien inmueble, materia de regulación o destinado, o que vaya a destinarse a vivienda, cuyo valor no exceda de 25 veces el salario mínimo general vigente en el Distrito Federal⁵⁹.

Podemos decir que este testamento siempre será a titulo particular, y nunca de forma universal, aun que en el mismo se pueda instituir herederos universales.

“Artículo 1549 Bis. Testamento público simplificado es aquél 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 del Distrito Federal o cualquier dependencia o entidad de la Administración Pública Federal, o en acto posterior, de conformidad con lo siguiente”:

I.-Que el precio del inmueble o su valor de avalúo no exceda del equivalente a 25 veces el salario mínimo general vigente en el Distrito Federal elevado al año, al momento de la adquisición. En los casos

⁵⁹ ARCE Y CERVANTES José, De Las Sucesiones, Edit. Porrúa, México 2006, pag. 131.

de regularización de inmuebles que lleven a cabo las dependencias y entidades a que se refiere el párrafo anterior, no importará su monto;

II.- El testador instituirá uno o más legatarios con derecho de acrecer, salvo designación de sustitutos. Para el caso de que cuando se llevare a cabo la protocolización notarial de la adquisición en favor de los legatarios, éstos 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;

III.- Si hubiere pluralidad de adquirentes del inmueble cada copropietario podrá instituir uno o más legatarios respecto de su porción. Cuando el testador estuviere casado bajo el régimen de sociedad conyugal, su cónyuge podrá instituir uno o más legatarios en el mismo instrumento, por la porción que le corresponda. En los supuestos a que se refiere este artículo no se aplicará lo dispuesto por el artículo 1296 de este Código;

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

V.- Los legatarios podrán reclamar directamente la entrega del inmueble y no le serán aplicables las disposiciones de los artículos 1713, 1770 y demás relativos de este Código; 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

Testamento Ológrafo.

Es aquel escrito por el testador de su puño y letra, razón por la cual se denomina de tal manera, siempre y cuando aquél sea mayor de edad, y naturalmente, sepa leer y escribir, razón por la que no puede llevarse a cabo por quien no sepa escribir. Como característica especial, este testamento debe otorgarse por duplicado y guardarse en un sobre cerrado cada uno de los ejemplares, debiendo depositarse en el Archivo General de Notarías, manifestando ante éste y ante los testigos, que en ese sobre se contiene el testamento, debiendo comparecer directamente el testador y hacer esa manifestación. Entonces, el Director del Archivo General de Notarías exigirá que se compruebe la identidad del testador y certificará que se encuentra en su cabal juicio y libre de toda coacción. Finalmente, uno de los sobres debe quedar depositado ante tal director, y el restante, en poder del testador, mismo que también podrá depositarlo en el Archivo Judicial.

Artículo 1550. Se llama testamento ológrafo al escrito de puño y letra del testador.

Los testamentos ológrafos no producirán efecto si no están depositados en el Archivo General de Notarías en la forma dispuesta por los artículos 1553 y 1554.

“Artículo 1553. El testador hará por duplicado su testamento ológrafo e imprimirá en cada ejemplar su huella digital. El original dentro de un sobre cerrado y lacrado, será depositado en el Archivo General de Notarías, y el duplicado también cerrado en un sobre lacrado y con la nota en la cubierta a que se refiere el artículo 1555, será devuelto al testador. Este podrá poner en los sobres que contengan los testamentos, los sellos, señales o marcas que estime necesarios para evitar violaciones”.

3.4. TESTAMENTOS ESPECIALES.

Los testamentos especiales tienen la misma eficacia jurídica que los ordinarios, aunque algunos testamentos especiales conservan su vigencia durante un lapso de tiempo, luego de pasado el acontecimiento que permitió al testador el uso de esa forma.

Circunstancias extraordinarias permiten usar medios extraordinarios para testar,. Es posible que existan motivos graves que impidan utilizar las formas ordinarias, por lo que la Ley a previsto algunos casos que merecen algún tratamiento especial, con la idea de facilitar el otorgamiento de esos testamentos.

Testamento Privado.

Con éste testamento el Código Civil comienza la regulación de los testamentos especiales, que sólo se podrán otorgar bajo circunstancias extraordinarias. Este tipo de testamento está permitido, en los siguientes casos:

Artículo 1565. El testamento privado está permitido en los casos siguientes:

- I. Cuando el testador es atacado de una enfermedad tan violenta y grave que no dé tiempo para que concurra Notario a hacer el testamento;
- II. Cuando no haya Notario en la población, o juez que actúe por receptoría;
- III. Cuando aunque haya Notario o juez en la población, sea imposible, o por lo menos muy difícil, que concurran al otorgamiento del testamento;
- IV. Cuando los militares o asimilados del ejército entren en campaña o se encuentren prisioneros de guerra.

Las formalidades para la elaboración del testamento son por emisión, expresa de la Ley, igual que para el testamento público abierto, y sólo surtirá efecto si el testador fallece de enfermedad o por peligro en que se hallaba, dentro del mes siguiente a la desaparición de la causa que lo motivó, y previa declaración de que dicho testamento es formal realizada por un Juez de lo Familiar.

Los efectos del testamento privado están sujetos a la condición resolutoria legal, de que el testador fallezca por la enfermedad o por el peligro en que se encontraba; en ambos caso dentro del mes siguiente de desaparecida la causa que facultó su otorgamiento; por tanto, si el testador no fallece dentro de los supuestos indicados, el testamento no surtirá ningún efecto, es como si no lo hubiese otorgado, y si tenía un testamento anterior, éste no queda revocado por que el testamento privado aunque existió no fue perfecto.

Testamento Militar.

En Roma, a pesar del rigor del Derecho Civil, el soldado podía manifestar su última voluntad al oído de su camarada de armas más cercano. En el Derecho Civil imperial anterior a Justiniano, el testamento militar tenía siempre validez, independientemente de su forma, bastando que fuese manifestada la voluntad y seriedad del testador. Pero Justiniano limita está libertad de formas al tiempo de campaña. Éste testamento caducaba al salir de filas su autor o un año después, siempre que su salida fuera onerosa⁶⁰.

En el derecho romano, extremadamente formalista, en lo que atañe a testamentos, se comprende que no era fácil cumplir con las numerosas y prodigias formalidades legales, cuando una persona se encontraba en activo por lo que los militares fueron totalmente liberados de las formas, bastando la manifestación de la voluntad, debidamente comprobada.

⁶⁰ DE IBARROLA Antonio, Op. Cit. Pag 730.

En nuestro derecho, no basta ser militar para otorgar ese tipo de testamento. Se necesita que se haga en el momento de entrar en acción de guerra o estando herido, en el campo de batalla. Tampoco era necesario ser militar para gozar del privilegio, esto derivaba del artículo cuarto de la Ley de Retiros y Pensiones militares, el cual establecía por militares a los miembros del Ejército, de la Fuerza Aérea y de la Armada de México. Aun no figurando en la lista, basta tan sólo ser asimilado a dichos cuerpos, como sucede en el caso de los rehenes, los corresponsales de prensa, fotógrafos de los noticieros, etcétera. Nótese que no se podrían aplicar a los militares todas las correspondientes ventajas fuera de campaña. Cuando la región de Veracruz era perfectamente insalubre, más de uno de los militares a ella destinados testaron observando las formalidades normales del Derecho Civil, aunque haciendo constar que lo hacían por encontrarse en inminente peligro de muerte.

¿ Se necesita que exista el estado de guerra?. No es necesario. De hecho, el estado de guerra autoriza para conceder los privilegios que se contraen para éste testamento.

Antonio de Ibarrola, comenta que ese testamento nada tiene de especial, en cuanto a su fondo, que la especialidad es en cuanto a su forma.⁶¹

Éste testamento puede ser escrito o verbal y se otorga ante dos testigos. Si es escrito debe otorgarse en pliego cerrado y firmado de puño y letra del testador, aunque no éste escrito por el. Éste testamento extraordinario está sujeto a la condición resolutoria legal, de que el testador fallezca de la causa que facultó el otorgamiento del mismo, o dentro del mes siguiente de desaparecida dicha causa.

El fundamento legal de este testamento lo encontramos en el artículo, 1579 del Código Civil:

⁶¹ DE IBARROLA Antonio, Op. Cit. Pag 731.

“Si el militar o el asimilado del Ejército hace su disposición en el momento de entrar en acción de guerra, o estando herido sobre el campo de batalla, bastará que declare su voluntad ante dos testigos, o que entregue a los mismos el pliego cerrado que contenga su última disposición, firmada de su puño y letra”.

Testamento Marítimo.

Es otorgado por quien se encuentra en alta mar, a bordo de navíos de la Marina Nacional, por escrito en presencia de dos testigos y el capitán del navío, y será leído, dictado y firmado en forma similar al testamento público abierto, debiendo firmar en todo caso el capitán y los dos testigos.

Al efecto los artículos 1583 y 1584, nos dan las características a observar para su otorgamiento:

“ Artículo 1583 Los que se encuentren en alta mar, a bordo de navíos de la Marina Nacional, sea de guerra o mercantes, pueden testar sujetándose a las prescripciones siguientes”.

“ Artículo 1584 El testamento marítimo será escrito en presencia de dos testigos y del Capitán del navío, y será leído, datado y firmado, como se ha dicho en los artículos 1512 al 1519; pero en todo caso deberán firmar el Capitán y los dos testigos”.

Al igual que el privado, no puede ser cerrado o secreto, debe otorgarse por duplicado; cualquiera de los dos será efectivo, a diferencia del ológrafo, en el cual el duplicado sólo valdrá si el original ha sufrido alteraciones.

Testamento Hecho en País Extranjero.

En éste tipo de testamento otorgado ante las autoridades o funcionarios competentes de un país extranjero, o ante los secretarios de Legación, cónsules o vicecónsules mexicanos.

En el primer caso, otorgado ante autoridad o funcionario competente de país extranjero, por lo dispuesto por el artículo 1593 del Código Civil, producirá efecto en el Distrito Federal, cuando haya sido formulado de acuerdo con las leyes del país en que se otorgó.

En el segundo supuesto, otorgado ante secretarios de Legación, cónsules o vicecónsules mexicanos, estos hacen las veces de notarios o receptores de los testamentos ológrafos, cuando la disposición testamentaria deba tener ejecución en el Distrito Federal.

“Artículo 1593. Los testamentos hechos en país extranjero, producirán efecto en el Distrito Federal cuando hayan sido formulados de acuerdo con las leyes del país en que se otorgaron.”

Dicho testamento tiene por objeto permitir a los mexicanos y a quienes tengan bienes en la República Mexicana, que puedan sujetarse a las formalidades de la Ley mexicana al hacer su testamento compareciendo ante los funcionarios consulares que tienen además, atribuciones notariales.

3.5. SUJETOS QUE INTERVIENEN EN LA SUCESIÓN.

Los sujetos que se encuentran dentro del derecho sucesorio son aquellas personas tanto físicas como morales, las cuales intervienen en todas las relaciones posibles que pueden presentarse tanto en la sucesión testamentaria como en la legítima.

3.5.1 Autor de la Sucesión.

A éste elemento estrictamente personal también se le identifica como el de cuius; esta palabra es una abreviatura del latín de cuius successionem agitur, que significa “la persona de cuya herencia se trata⁶²”. Como persona esencial de una sucesión tenemos al autor de la sucesión, el cual designara herederos como su última voluntad y repartirá sus bienes en el caso de que sea una sucesión testamentaria. En la sucesión legítima el autor de la herencia sólo interviene como término de relación para transmisión a título universal, que se lleva a cabo en favor del o los herederos.

La función del autor de la herencia es distinta en ambas sucesiones; en la sucesión legítima es un punto de referencia para que se opere la transmisión a título universal, extinguiéndose su personalidad con motivo de su muerte, sin que sean admisibles las ficciones de continuidad o supervivencia de dicha personalidad en el heredero, o representación jurídica de éste.

En la sucesión testamentaria, el testador si es un sujeto de derecho hereditario, cuya conducta jurídica se encuentra regulada no sólo para dictar válidamente su testamento, sino también para definir hasta dónde alcanzará el poder de su voluntad, por reconocimiento de la norma y en qué aspectos debe subordinarse a disposiciones prohibitivas o imperativas, que lo obligan a disponer en cierta forma de sus bienes, según diversas legislaciones que no admitan o permitan plenamente la libertad de testar, o que los sometan a la necesidad jurídica de asegurar alimentos a ciertas personas, bajo la sanción de que el testamento será inoficioso en caso contrario, reduciéndose en la medida conducente para cumplir con esa obligación.

⁶² ROJINA VILLEGAS Rafael, cita a Valverde, Tratado de Derecho Civil Español, 2ª, Edición, España 1921, pags 17 y 18.

3.5.2 Herederos.

La institución de herederos es la designación del testador hacia persona que ha de suceder a título universal de todos sus bienes, derechos y obligaciones o en parte alícuota de ellos que sean transmisibles por la muerte; los herederos pueden instituirse sin sujetar su designación a modalidades, es decir, condiciones, términos cargas, etc. En éste caso la designación se denomina pura y simple.

Tal institución de herederos no es esencial para la validez del testamento, es decir, el testamento puede existir aun cuando aquella institución no exista. El Código Civil en el Libro Tercero, título Segundo, Capítulo Sexto de la institución de heredero, estipula en su artículo 1378, que el testamento será valido aunque no contenga institución de heredero, y el artículo 1379 confirma lo anterior, estableciendo que serán cumplidas las disposiciones testamentarias que estuvieren hechas conforme a la Ley.

De los artículos anteriores, podemos decir que el heredero no es parte esencial en un testamento, por consiguiente tampoco lo es en la tramitación del juicio sucesorio, ya que estos supuestos serán validos aun cuando no haya sido nombrado heredero o si cuando el nombrado repudie la herencia o no pueda heredar como lo estipula el artículo 1379 del Código Civil.

Puede no haber heredero testamentario por las siguientes causas:

- Se nombre únicamente legados.
- El nombrado repudia la herencia.
- El nombrado muere antes que el testador.
- El nombrado es incapaz de heredar.

En el Código Civil, Libro Tercero, Título Segundo Capítulo Sexto de la institución de heredero, artículos, 1381 al 1390, establecen el modo y forma en que debe de hacerse la institución de heredero.

“Artículo 1381.- Los herederos instituidos sin designación de la parte que a cada uno le corresponda, heredaran por partes iguales”.

Si el heredero se instituyere respecto de cosas o bienes determinados, se deberá de tener como legatario, de acuerdo con el artículo 1382 del Código Civil.

El heredero deberá de ser instituido, designándolo por su nombre y apellido, pero también se permite que se designe heredero sin dar su nombre, siempre y cuando el testador lo identifique de modo de que se sepa quién es; de lo contrario, la institución no producirá efectos. Está designación, omitiendo el nombre del heredero, es confusa, ya que ¿ como se va a saber quién es el heredero que el testador quiso designar como tal, sin poner su nombre?, parece absurdo que el testamento éste rodeado de tantas formalidades y que por otra parte acepte que la forma de beneficiario sea de forma imprecisa.

El error en el nombre, apellido o cualidades del heredero, originaría la ineficacia de la institución, en caso de que no pueda identificarse a través de otros medios o pruebas; así lo estipula el artículo 1388 del Código Civil.

La designación del heredero puede ser de forma individual o colectiva. De manera individual el testador designa nominalmente el heredero. De manera colectiva o como herederos universales, es cuando se hace referencia a un conjunto de personas, siempre y cuando exprese claramente su voluntad de que serán varios individuos, los designados como herederos; la institución de heredero puede ser subcausa, donde el testador declara el motivo que lo indujo a realizar la designación.

Al respecto el licenciado José Higinio Núñez y Bandera, señala que “el contenido principal del testamento es la designación de uno o varios herederos, que serán

las personas a quien el testador desea dejar sus bienes a partir de su fallecimiento”⁶³.

3.5.3 Legatarios.

Legado (legatus), consiste en la transmisión gratuita a título particular hecha por el testador, de un bien determinado o susceptible de determinarse, a favor de una persona y a cargo de la herencia de un heredero o de otro legatario, cuyo dominio y posesión se transmite en el momento de la muerte del testador.

El fundamento de los legados, lo encontramos en los artículos 1391 a 1471. El artículo 1285, nos da la definición de lo que es un legatario.

“El legatario adquiere a título particular y no tiene más cargas que las que expresamente le imponga el testador, sin perjuicio de su responsabilidad subsidiaria con los herederos”.

De éste artículo se desprende la diferencia entre legatario y heredero, ya que el heredero es continuador de los derechos y obligaciones del de cuius, el cual va a recibir todo el patrimonio o una parte alícuota de él; tiene que responder en consecuencia de todas las deudas del autor de la herencia y soportar las cargas de la misma. El legatario no responde de deudas sino excepcionalmente cuando el testador las haya dejado, al legatario.

Cabe recordar que el legado consiste en la transmisión gratuita, a título particular, hecha por el testador, de un bien determinado o susceptible a redeterminarse y puede ser una cosa, un derecho, un servicio a favor de una persona y a cargo de la herencia de un heredero, o de otro legatario, cuyo dominio y posesión se transmite en el momento de la muerte del testador, si se trata de cosas determinadas o hasta que éstas se determinen posteriormente.

⁶³ NÚÑEZ y BANDERA José Higinio, Como Hacer su Testamento y no Morir en el Intento, Edit. Aguilar, México 2004, pag 23.

Existen legados de dar y de hacer, los legados de dar tienen por objeto la transmisión del dominio, uso o goce de una cosa o derecho; los legados de hacer implican una obligación impuesta a un heredero o a otro legatario para cumplir un servicio a favor del legatario instituido.

Los legados de dar suponen tres requisitos: que la cosa debe de existir en la naturaleza; que debe de estar en el comercio y que debe de ser determinado o determinable. Cuando el legado tiene por objeto la prestación de servicios, debe de ser posible tanto física como legalmente y además lícito.

El legatario, en virtud de una disposición a título particular, adquiere un bien determinado o determinable, sin responder de las relaciones pasivas patrimoniales de autor, como acontece con el heredero, quien adquiere activo y pasivo. El legado implica una liberalidad, una transmisión a título gratuito y éste siempre se constituye en testamento; en cambio la del heredero puede ser por testamento o por disposición de la Ley.

3.5.4 Albacea.

“La palabra albacea proviene del árabe aluaci, alvaciya aluazir, que significa ejecutar los fieles deseos del testador”⁶⁴. Los albaceas son las personas designadas por el testador herederos para cumplir las disposiciones testamentarias así como representar a la sucesión y ejecutar todas las acciones, para cumplir las obligaciones como son: administrar, liquidar y dividir la herencia. Debemos hacer notar que en otras legislaciones, la figura del albacea está reservada para la sucesión testamentaria; en cambio, en nuestra legislación es designada tanto en la sucesión testamentaria como en la legítima. El Código Civil en su libro Tercero, Título Quinto, Capítulo Cuarto, disposiciones comunes a las sucesiones testamentaria y legítimas, artículos 1681 y 1682, a la letra dicen.

⁶⁴ Instituto de Investigaciones Jurídicas, Diccionario Jurídico, Edit. UNAM, México 1993, pag 134.

“Artículo 1681.- El testador puede nombrar uno o más albaceas”.

“Artículo 1682.- Cuando el testador no hubiere designado albacea o el nombrado no desempeñare su cargo, los herederos elegirán albacea por mayoría de votos. Por los herederos menores votaran sus legítimos representantes.

Pueden desempeñar el cargo de albacea todos aquellos a quienes la Ley no lo prohíbe, en los artículos 1679 y 1680”.

“Artículo 1679.- No podrán ser albaceas el que no tenga la libre disposición de sus bienes.

La mujer casada, mayor de edad podrá serlo sin la autorización de su esposo”.

“Artículo 1680.- No pueden ser albaceas excepto en el caso de ser heredero único:

I.- los magistrados y jueces que estén ejerciendo jurisdicción en el lugar en que se abre la sucesión.

II.- los que por sentencia hubieran sido removidos otra vez del cargo de albacea.

III.- los que hayan sido condenados por delitos contra la propiedad.

IV.- los que no tengan un modo honesto de vivir”.

Diversas clases de albaceas señala nuestra legislación las cuales son: albaceas universales, especiales, mancomunados, sucesivos, testamentarios, legítimos y dativos.

Albacea Universal. Son aquellos que tienen por objeto cumplir con las disposiciones testamentarias y representar a la sucesión, cuando son designados

por el testador, los herederos o el juez, y sólo tienen la función representativa de la herencia. Los herederos y el juez sólo pueden nombrar albaceas universales.

Albaceas Especiales. Son quienes por disposición expresa del testador, tienen que cumplir cierta manifestación testamentaria.

Albaceas Mancomunados. Son designados por el testador o los herederos, para que obren en común acuerdo.

Albaceas Sucesivos. Son los que el testador designa para que desempeñen el cargo en el orden que se indique en el testamento, bien sea por muerte de alguno de ellos, por renuncia o remoción del cargo.

Albaceas Testamentarios. Son quienes designa el testador y pueden ser universales, especiales, sucesivos o mancomunados.

Albaceas Legítimos. Son a quienes designan los herederos o juez en su caso, a falta de albacea testamentario, o cuando éste renuncia al cargo o fuere removido.

Albaceas Dativos. Se le conoce también como albacea judicial, éste es nombrado por el juez cuando no hay heredero o el nombrado no entre en la herencia.

El cargo de albacea es de tipo oneroso; el testador puede designarle la retribución que quiera, pero si no la designare o no optara por ella el albacea, cobrará el dos por ciento sobre el importe líquido y el cinco por ciento sobre los frutos industriales de los bienes de la herencia, según los artículos 1740 y 1741.

El cargo de albacea es un cargo personalísimo y por consiguiente no puede delegar mandatarios que obren bajo sus órdenes. También es un cargo voluntario, por lo tanto nadie puede ser obligado a aceptar o ejercer dicho cargo.

El albacea tendrá a su cargo las siguientes funciones:

- Formular el inventario de los activos y pasivos del difunto.
- Administrar los bienes de la herencia hasta la entrega a los herederos o legatarios.
- Pagar con cargo a la herencia, las deudas del difunto, y cumplir los encargos que le haya señalado el testador en el testamento.
- Repartir y adjudicar la herencia entre los legatarios y herederos de conformidad con el testamento.
- Defender la herencia y la validez del testamento, así como representar los intereses del testador o herederos, en todo juicio que deba promoverse en su nombre o que se haya promovido en su contra.

El albacea puede ser uno de los herederos o legatarios, u otra persona, y el único requisito es que sea mayor de edad.

El cargo de albacea es temporal; existen otras causas por las cuales éste cargo termina o se da por terminado, al respecto el Código Civil en su artículo 1745 establece lo siguiente:

“Artículo 1745.- Los cargos de albacea e interventor acaban:

I.- por término natural del cargo.

II.- por muerte.

III.- por incapacidad legal declarada en forma.

IV.- por excusa que el juez califique de legítima, con audiencia de los interesados y del Ministerio público, cuando se interesen menores o la Beneficiencia Pública.

V.- por terminar el plazo señalado por ley y las prorrogas concedidas para desempeñar el cargo.

VI.- por revocación de sus nombramientos, hecha por los herederos.

VII.- por remoción”.

3.5.5 Interventor.

El interventor es quien vigilará que el albacea cumpla con su cargo e interviene en la sucesión, lo cual se encuentra fundamentado en los artículos del 1729 al 1734 del Código Civil para el Distrito Federal.

En los procedimientos sucesorios puede haber dos tipos de interventores: el primero y se refiere a la persona designada por los herederos que representan minoría, para que vigile el actuar del albacea que ha sido nombrado en la sucesión. Éste tipo de interventor puede ser convencional o judicial.

El interventor convencional es designado por los herederos de la minoría, y el judicial es designado por el juez cuando los que deben de asignarlo no se ponen de acuerdo. En estos dos casos el interventor cobra a los herederos de la minoría en términos del artículo 1734 del Código Civil.

El segundo tipo de interventor, conocido como provisional, es designado por el juzgador cuando, pasados diez días del fallecimiento de una persona, no compárese nadie al juzgado a reclamar derechos hereditarios, supuesto previsto en el artículo 771 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, que indica los requisitos que éste debe de reunir y que son:

- Ser mayor de edad;
- De notoria buena conducta;
- Estar domiciliado en el lugar del juicio; y
- Otorgar fianza judicial para responder de su manejo, misma que deberá exhibir al juzgado dentro del plazo de diez días so pena de remoción

Consideramos que este articulo, está fuera de la realidad social, ya que es obsoleto y no tiene ninguna aplicación en nuestra legislación, ya que de todos los incontables

juicios sucesorios, excepcionalmente habrá quien se presuma heredero del autor de la sucesión. Consecuentemente ni el notario público, ni el juez de lo familiar a quienes se turna el juicio sucesorio actúan de oficio, sino a rogación de parte, por razones lógicas ninguno de los dos desechara el juicio sucesorio a quienes hicieron la denuncia del mismo, por no haberlo iniciado dentro del término que señala el precepto legal indicado. Existen juicios sucesorios que se inician con algunos meses posteriores al fallecimiento del autor y en muchísimas ocasiones, con años después del deceso de dicho autor de la sucesión, Este artículo no tiene razón de ser en nuestra legislación.

Éste tipo de interventor únicamente se nombra para ser depositario de los bienes del de cuius, los cuales que recibirá debidamente inventariados, según lo dispuesto por el artículo 772 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal. También es interventor provisional el designado por el juez, en términos del artículo 836 del mismo Código.

La muerte del albacea, en ningún caso genera que se designe interventor, ya que no se requiere de dicha figura sino de la designación de un nuevo albacea designado por los herederos.

El artículo 1729 del Código Civil establece las funciones del interventor, que a la letra dice:

“Las funciones del interventor se limitaran a vigilar el exacto cumplimiento del cargo de albacea”.

3.5.6 Tutor.

Es el sujeto encargado del cuidado y protección de la persona y bienes de quines no están sujetos a patria potestad, y/o tienen incapacidad natural y legal, para gobernarse por sí mismos. El tutor es aquella persona, la cual ejercerá la tutela. La

palabra tutela proviene del latín tutela, que a su vez deriva del verbo tutor que significa preservar, sostener o socorrer.

La tutela es un cargo que la ley impone a las personas jurídicamente capaces para protección de los menores de edad o incapacitados; es un cargo civil de interés público y de ejercicio obligatorio, según lo dispuesto por el artículo 452 del Código Civil.

El artículo 450, del mismo ordenamiento, nos estipula quienes tienen incapacidad natural y legal, ya que el tutor tiene una razón de ser en los juicios sucesorios.

El objeto de la tutela es la guarda de la persona y bienes quines no estando sujetos a patria potestad tienen incapacidad natural y legal, o solamente incapacidad legal para gobernarse a si mismo; a demás puede también ser la representación interina en los casos especiales que señale la ley. En la tutela se cuida preferentemente de los incapacitados y su ejercicio queda sujeto a la guarda y educación de los menores.⁶⁵La tutela será desempeñada por el tutor con intervención del curador, del juez de lo familiar y del consejo local de tutelas, así lo estipula el artículo 454 del Código Civil.

Clases de Tutela.

Nuestra legislación contempla cuatro tipos de tutela, enumeradas en el artículo 461 del Código Civil, publicado el 15 de mayo de 2007, en la Gaceta Oficial del Distrito Federal señalando el decreto por el que se reforma y adiciona el Código Civil para el Distrito Federal, se reforma el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, se reforma y adiciona la Ley de Notariado para el Distrito Federal y, se reforma y adiciona el Código Financiero para el Distrito Federal., para quedar como sigue:

⁶⁵ La tutela es una manera de dar protección social a los débiles que por su misma condición en la que se encuentran no pueden ejercitar sus derechos ante tercero.

Artículo 461.- La tutela es cautelar, testamentaria, legítima y dativa.

Tutela Cautelar.

Éste tipo de tutela cualquier persona, en su cabal juicio, puede acudir ante notario público, a otorgar un instrumento en que conste quién desea que desempeñe el cargo de tutor respecto de sus bienes y persona, previniendo que quien otorga la tutela cautelar, pueda caer en estado de incapacidad.

Esta figura, otorgada por una persona capaz, debe comprobar que se encuentra en pleno goce de sus facultades ante el notario, quien deberá cerciorarse, mediante certificado médico expedido por un perito en psiquiatría, el cual se agregará al apéndice de la escritura en el que se haga constar dicho acto.

Esta tutela sólo tendrá razón de ser si se cumple la condición de que quien la otorga, se encuentre en estado de incapacidad, previsto por la Ley. Al respecto el artículo 469- bis señala lo siguiente:

“Toda persona capaz de otorgar testamento puede nombrar al tutor o tutores, y a sus sustitutos que deberán encargarse de su persona y, en su caso de su patrimonio en previsión en caso de encontrarse en los supuestos del artículo 450. Dichos nombramientos excluyen a las personas que pudiere corresponderles el ejercicio de la tutela, de acuerdo a lo establecido en éste código”.

Por otra parte, el mismo código establece la forma en que debe otorgarse esta tutela, y destaca que es en escritura pública; así las únicas personas que pueden hacer constar el otorgamiento de tutela cautelar son los notarios públicos, porque son los únicos que realizan escritura pública.

Así mismo el artículo 469 ter, dice que:

“Los nombramientos mencionados en el artículo anterior, sólo podrán otorgar ante notario público y se harán constar en escritura publica, debiendo el notario agregar un certificado medico expedido por perito en materia de psiquiatría en los que se haga constar que el otorgante se encuentra en pleno goce de sus facultades mentales y en plena capacidad de auto gobernarse, siendo revocable éste acto en cualquier tiempo y momento con la misma formalidad”.

Tutela Testamentaria.

Es aquella en que el testador nombra tutor en su testamento, ya sea para un menor de edad o incapacitado. También tiene lugar cuando el ascendiente que sobreviva de los dos, que en cada grado deben de ejercer la patria potestad, al que fuere menor, nombra tutor en dicho testamento y aquella sobre quienes la ejerza, incluyendo al hijo póstumo.⁶⁶

Esta clase de tutela se encuentra reglamentada en los artículos 470 al 481 del Código Civil.

Tutela Legítima.

Este tipo de tutela tiene lugar cuando no hay quien ejerza la patria potestad, ni tutor testamentario y cuando deba nombrarse tutor en caso de divorcio. Es conferida por la ley a falta de designación por testamento y recae en parientes del menor a los que no les corresponde ejercer la patria potestad y en los parientes del mayor incapacitado, ya que ha salido de la patria potestad. Lo anterior se encuentra estipulado en el artículo 482 del Código Civil, que a la letra dice:

⁶⁶ VALVERDE Y VALVERDE, Calixto. Tratado De Derecho Civil Español. Cuarta Edición Edit. Valladolid. España. 1938, tomo IV, pag 535.

“Ha lugar a tutela legítima:

I .- Cuando no hay quien ejerza la patria potestad ni tutor testamentario.

II.- Cuando deba nombrarse tutor por causa de divorcio”

Del artículo antes citado se desprende que la tutela legítima no exclusiva de un juicio sucesorio testamentario o in testamentario, en virtud de que puede establecerse la tutela en un conflicto de intereses entre los cónyuges, que por razón de su separación existe controversia de quien de los dos estará al cuidado y protección de los menores de edad o incapacitados. El artículo 483 del Código Civil nos establece quienes ejercerán la tutela legítima.

“La tutela Legítima corresponde:

I.- A los hermanos, prefiriéndose a los que lo sean por ambas líneas.

II.- Por falta o incapacidad de los hermanos a los demás colaterales, dentro del cuarto grado inclusive”.

El juez, en resolución motivada, podrá alterar el orden anterior entendiendo al interés superior del menor sujeto a tutela.

Tutela Dativa.- Es aquella que se establece por disposición del juez a falta de las dos anteriores. La tutela dativa tiene lugar cuando no hay tutor testamentario ni persona a quién, conforme a la ley corresponde la tutela legítima, o cuando el tutor testamentario está impedido temporalmente de ejercer su cargo y no hay ningún pariente de los designados, como lo señala el artículo 483 del Código Civil.

En el testamento puede hacer el nombramiento de tutores: los padres que tengan la patria potestad de sus hijos menores de edad, pueden nombrar en su testamento

uno o más tutores para que a la muerte de ambos padres, los tutores tengan el cuidado y guarda de la persona y bienes de dichos menores; en los casos en que la patria potestad la ejerzan los abuelos, estos tendrán el mismo derecho.

De igual manera, quienes ejerzan la patria potestad o tutela de algún discapacitado mayor de edad, que no pueda gobernarse por sí mismo, podrán designarle tutor a su pupilo en caso de la muerte del ascendiente.

La persona que en su testamento deje bienes por legado o por herencia, a un incapaz que no esté bajo la patria potestad de nadie, puede nombrarle tutor solamente para la administración de los bienes que deja.

Existen otros sujetos que, aunque no tengan relación o lazos familiares con el autor de la sucesión, pueden tener interés jurídico en la tramitación y declaración de los herederos; estos pueden ser acreedores o deudores, que antes lo fueron del de cuius y que hoy tendrán relación con los nombrados herederos o legatarios.

3.5.7 Acreedores.

En una herencia, los acreedores son sujetos privilegiados del derecho hereditario, dados los fines específicos que persigue el mismo. Al respecto Rojina Villegas nos dice que “todo el activo hereditario queda destinado preferentemente a cubrir el pasivo de la sucesión, de tal manera que los herederos deberán pagar a beneficio de inventario el importe de las obligaciones a cargo de la herencia. Si el activo transmitido a los herederos fuera insuficiente o hubiere legatarios, en los casos de sucesión testamentaria, estos responderán subsidiariamente con los herederos y hasta el límite de sus legados. En consecuencia ni aun los legatarios preferentes podrían eludir dicha responsabilidad subsidiaria”.⁶⁷

⁶⁷ ROJINA VILLEGAS, Rafael. Cita a: Valverde. Tratado de Derecho Civil, 2ª. Edición Edit. Español. España 1921, pag 347.

3.5.8 Deudores.

Son quines quedan obligados a realizar el pago de sus obligaciones al albacea, sin que puedan perjudicar a los acreedores hereditario haciendo un pago a los acreedores personales de dichos derechos. Los deudores de la herencia, son responsables de valores que están destinados con partes del activo hereditario, al pago del pasivo sucesorio para satisfacer preferentemente a los acreedores de la herencia.

3.6. CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

El primer Código Civil de México, de aplicación en todo el territorio nacional, es el Código Civil para el Distrito Federal y Baja California, promulgado el 13 de diciembre de 1870, que entro en vigor el 1º. de marzo de 1871. Este Código tenía como base el proyecto de 1859, de Don Justo Sierra, mismo que nunca entro en vigor⁶⁸.

Su contenido es de corte individualista, debido a la influencia del derecho romano, derecho español y Código de Napoleón. El Código de 1870 está compuesto por un título preliminar denominado, “De la Ley, y de sus efectos, con las reglas generales de su aplicación” y de cuatro libros: “De las Personas”, “De los Bienes, la Propiedad y sus modificaciones”, “De los Contratos” y “De las Sucesiones”.

El segundo Código Civil fue elaborado por una comisión designada para revisar el Código de 1870, con base en los lineamientos generales contenidos en su antecesor. Dicho proyecto fue promulgado el 31 de marzo de 1884 y entró en vigor el 1º. de junio del mismo año; éste Código recibe el nombre de Código Civil para el Distrito Federal y territorio de Baja California. Como novedad importante, introdujo la libertad de testar, que el Código Civil anterior desconoció absolutamente. La vigencia de éste Código duró hasta el 30 de septiembre de 1932.

⁶⁸ TAPIA RAMÍREZ Javier, Introducción al Derecho Civil, Edit. Mc Graw Hill, México 2002, pag 22.

El Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la Republica en Materia Federal, fue promulgado el 30 de agosto de 1928 y entró en vigor el 1º de octubre de 1932. Este Código está compuesto por un apartado denominado “Disposiciones preliminares”, cuatro libros, 3074 artículos y nueve transitorios. El libro tercero versa acerca de la sucesión testamentaria e intestamentaria o legítima y la forma de los testamentos.

De conformidad con el decreto publicado en le diario Oficial de la Federación el 29 de mayo de 2000, se le denomina Código Civil Federal, y sus disposiciones rigen en asuntos del orden federal, siendo también aplicables al Distrito Federal en materia común, como lo prescribe el artículo primero del mencionado decreto.

Igualmente, el artículo primero del decreto de reformas al Código Civil para el Distrito Federal, publicado el 25 de mayo del año 2000 en la Gaceta Oficial del Gobierno del Distrito Federal, estableció que el Código para el Distrito Federal vigente, con sus reformas a que se refiere éste decreto, en el ámbito de aplicación del fuero común, se denominara Código Civil para el Distrito Federal.

De está manera actualmente existe un Código Civil Federal y un Código Civil para el Distrito Federal.

El Libro Tercero, como ya lo comentamos, se refiere a las Sucesiones, en el Título Primero Disposiciones Preliminares. A partir de éste punto, el legislador pretendió regular todo lo concerniente a la transmisión de la propiedad por causa de muerte.

En el artículo 1281, como ya lo mencionamos considero que está redactado de forma errónea por el legislador, al establecer que la herencia es la sucesión en todos los bienes del difunto y en todos sus derechos y obligaciones que no se extinguen con la muerte. La connotación difunto da una percepción de posibilidad de que un muerto tenga bienes y más aun derechos, porque los difuntos no son sino sólo cosas para el derecho, las cosas no pueden ser titulares ni tener derechos.

Por ello consideramos que la redacción debió ser: herencia es la sucesión en todos los bienes, derechos reales y obligaciones de una persona, que no se extinguen con la muerte.

Lo anterior lo confirmo con lo estipulado en el artículo 1282, que establece que la herencia se difiere por voluntad del testador o por disposición de la ley, en éste precepto se da forma a la figura del testador, desprendiéndose que es una persona viva que manifiesta su voluntad y no un persona carente de signos vitales.

También en relación al artículo 1282, considero que es incorrecto al establecer que cuando hay testamento se dará lugar a la sucesión testamentaria, y a falta de éste se dará lugar a la sucesión legítima. La pregunta sería ¿cual de las dos sucesiones es ilegítima?. Las dos son legítimas, sólo que en una existe la certeza de cual fue la manifestación de voluntad en vida de una persona y que esa manifestación de voluntad quedo plasmada en un documento llamado Testamento.

Por lo que se refiere a la sucesión legítima contemplada así por el Código Civil, no es que cumpla con la validez para ser tomada en cuenta por nuestras leyes, sino que al no poder comprobar cual fue la voluntad de una persona para disponer de sus bienes, derechos y obligaciones, nuestra legislación establece reglas que, apegadas a la lógica jurídica, deben de aplicarse para no transgredir los derechos de quienes hubieran sido tomados en cuenta por el testador en su momento.

La connotación correcta para este tipo de sucesión debería de ser sucesión sin testamento, porque con testamento o sin él, los dos procedimientos gozan de legitimidad para crea transferir y en su caso extinguir derechos y obligaciones.

Nuestra codificación Civil, en su Título Segundo de la Sucesión por Testamento, Capítulo Primero, contempla lo concerniente a la sucesión testamentaria, (artículos del 1295 al 1304) que más que regular el procedimiento sucesorio regula al testamento como fuente de la sucesión testamentaria.

Estamos en el entendido de que la razón de existir de la sucesión testamentaria en nuestra legislación, es por que las personas manifiestan su voluntad y deseo de protección hacia sus familiares o personas más allegadas, protección que plasman en un instrumento jurídico denominado testamento, que de no existir, siempre estaríamos en presencia de una incertidumbre, de cual seria la forma de protección que hubiera deseado una persona para sus seres amados. Esto se puede corroborar con lo dispuesto en el artículo 1300, del Código Civil, que a la letra dice:

“La disposición hecha en términos vagos en favor de los parientes del testador, se entenderá que se refiere a los parientes más próximos, según el orden de la sucesión legítima”.

El Código Civil también establece las reglas para poder testar, reglas que de no observar no podría existir con posterioridad sucesión testamentaria. El artículo 1305 establece quien puede hacer testamento.

“Pueden testar todos aquellos a quienes la ley no prohíbe expresamente el ejercicio de ese derecho”.

En general, cualquier persona que goce de pleno uso de sus facultades mentales y físicas puede hacer testamento, y con ciertas características, aquellos que no gocen de plena capacidad legal, como los que sufren alguna enfermedad mental. De ello los artículos 1306, 1307 y 1308 señalan lo siguiente.

“Artículo 1306. Están incapacitados para testar:

- I.- Los menores que no han cumplido dieciséis años de edad, ya sean hombres o mujeres; y
- II.- Los que habitual o accidentalmente no disfrutan de su cabal juicio”.

“Artículo 1307. Es válido el testamento hecho por un demente en un intervalo de lucidez, con tal de que al efecto se observen las prescripciones siguientes”.

“Artículo 1308. Siempre que un demente pretenda hacer testamento en un intervalo de lucidez, el tutor y en defecto de éste, la familia de aquél, presentará por escrito una solicitud al Juez que corresponda. El Juez nombrará dos médicos, de preferencia especialistas en la materia, para que examinen al enfermo y dictaminen acerca de su estado mental. El Juez tiene obligación de asistir al examen del enfermo, y podrá hacerle cuantas preguntas estime convenientes, a fin de cerciorarse de su capacidad para testa”.

Finalmente la existencia de la sucesión testamentaria se debe a la manifestación de voluntad de las personas, ante una autoridad o notario, que quedará plasmada en un instrumento jurídico denominado testamento. Y que en éste se deberán cumplir las formalidades exigidas por la Ley, para producir efectos después de la muerte de quien lo otorga, y así iniciar un juicio sucesorio testamentario.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- En Roma existían las mismas reglas para heredar, con la salvedad de que sólo se tomaba en cuenta a herederos del sexo masculino y fue hasta la época del Derecho Justiniano que a la mujer se le otorgaron derechos para heredar.

SEGUNDA.- En el Derecho Azteca no se contemplaba el género de familia como un grupo determinado que derivara de la nobleza, como en su momento lo establecieron los europeos; para los Aztecas todos los miembros conformaban una sola comunidad, aunque utilizaban los términos más característicos de la familia como son padre, hijo, primo y tío para efectos del Derecho Sucesorio.

TERCERA.- El Código Civil de 1870 trae como consecuencia la unificación en materia civil y por consiguiente en materia sucesoria. Se aparta del Derecho Francés y Español, creándose el beneficio de inventario de los bienes, derechos y obligaciones para quienes heredaban.

CUARTA.- Con el Código Civil de 1884 se da la libertad de testar y se reconoce este derecho a la mujer; además, el testador puede establecer las condiciones que quiera en su testamento y ser cumplidas por quien quisiera disponer de la herencia.

QUINTA.- Concluyo que la actividad del notario no sólo es la de dar seguridad y certeza jurídica de los actos y hechos en que interviene, sino también tiene una función creadora que se adecua a la realidad social, aplicando las normas legales y dando dinamismo al mundo jurídico que regula a toda sociedad.

SEXTA.- Existe una diferencia entre la sucesión entre vivos y la sucesión por causa de muerte. La primera se da a título particular, es decir, se transmiten ciertos bienes y

derechos de forma específica. La segunda puede ser a título particular, constituyéndose un legado o a título universal, por la transmisión de todos los bienes, derechos y obligaciones que pertenecían al autor de la sucesión.

SÉPTIMA.- El derecho sucesorio regula la forma en que se debe cumplir la voluntad de las personas para después de su muerte y, fundamentalmente la titularidad de sus bienes, derechos y obligaciones que no se extinguen con la misma.

OCTAVA.- En la sucesión testamentaria el testador es un sujeto del derecho cuya conducta se encuentra regulada para dictar su última voluntad y también para definir el alcance que ésta debe de tener.

NOVENA.- De lo analizado se desprende que la caducidad en los testamentos sólo opera en las disposiciones que contiene, no el testamento mismo.

DÉCIMA.- En los testamentos públicos cerrados el notario no hace constar el otorgamiento de dicho acto, solo da fe de la declaración que realiza el testador de que en ese pliego se encuentra contenido su testamento, de la presentación del mismo ante él y que se cumplieron todos los requisitos que se exigen para su otorgamiento.

DÉCIMA PRIMERA.- La función notarial no sólo es la redacción de escrituras y actas que dicho fedatario autoriza, sino la función la crea él a través de plasmar en estos instrumentos su firma y sello como lo público de su función y facultad fedataria, que se otorga a los actos y hechos en que interviene.

DÉCIMA SEGUNDA.- El notario no radica sino inicia la sucesión en virtud de que la radicación no está dentro de las facultades del notario, sino que se encuentra en las facultades del juez de lo familiar.

DÉCIMA TERCERA.- Considero que un testamento que no contiene institución de heredero no tiene razón de existir, ya que si el testamento solo contiene disposiciones declarativas o disposiciones de hacer, a nadie interesaría tramitar la sucesión testamentaria, porque no existiría beneficio alguno para quien la iniciare.

DÉCIMA CUARTA.- La figura de interventor provisional no debe existir, ya que no tiene ninguna aplicación en nuestra legislación, siendo que en todos los juicios sucesorios hay quien presume tener derechos como herederos, y que regularmente son quienes inician el trámite sucesorio; por consiguiente, tanto el juez como el notario actúan a rogación de parte.

DÉCIMA QUINTA.- Considero que debe de ser reformado el artículo 1281, del Código Civil para el Distrito Federal, siendo que de su redacción se desprende que un difunto puede ser titular de derechos y obligaciones, lo cual no es posible, porque el difunto es considerado para el derecho como cosa y es imposible que las cosas puedan ser titulares de derechos y obligaciones.

DÉCIMA SEXTA.- El testamento público cerrado sólo será nulo cuando se encuentre roto, abierto, y borradas o enmendadas las firmas que contiene la cubierta mas no por falta de capacidad del testador al momento de su otorgamiento o porque no se hayan cumplido las formalidades exigidas para los de su clase.

DÉCIMA SÉPTIMA.- Si se tramita la apertura del testamento público cerrado ante notario, traería como consecuencia la reducción en tiempo y dinero, tanto para los órganos jurisdiccionales como para los que tengan interés en la apertura del mismo.

DÉCIMA OCTAVA.- Considero que el procedimiento sucesorio derivado de un testamento público cerrado, debería de constar de cinco etapas y no de cuatro como es el procedimiento normal, porque para iniciar un procedimiento sucesorio que derive de un testamento público cerrado, primero se tiene que realizar la apertura

seguida de la protocolización del mismo y la primer etapa se llamaría “apertura y protocolización de testamento público cerrado”.

DÉCIMA NOVENA.- El notario basándose en la fe derivada, puede hacer la apertura del testamento público cerrado, aun cuando no comparezcan quienes tienen que hacerlo, comparándose a la declaración testimonial que realizan los jueces de lo familiar, cuando se da el supuesto del artículo 1545 del Código Civil para el Distrito Federal.

VIGÉSIMA.- El notario puede hacer la apertura del testamento público cerrado, cuando en la misma no intervengan menores de edad, menores emancipados, personas mayores de edad con alguna discapacidad para poder ejercitar sus derechos por si solos o intervengan personas jurídicas.

VIGÉSIMA PRIMERA.- El fin de la publicación, establecida en el artículo 1547 del Código Civil para el Distrito Federal, y decretada por el juez de lo familiar, es solamente para dar publicidad al acto de apertura del testamento cerrado, y no con el fin de llamar a quienes crean tener derecho en la sucesión, ya que ésta aun no se inicia.

VIGÉSIMA SEGUNDA.- Considero que la iniciación de una sucesión derivada de un testamento público cerrado, si puede ser solicitada por el concubino o la concubina ante notario, y no así la iniciación por vía legítima, como lo establece el artículo 169 de la Ley del Notariado para el Distrito Federal.

VIGÉSIMA TERCERA.- Cuando los interesados en la tramitación de una sucesión, sea legítima o testamentaria, acuden ante un notario para su tramitación, es una señal inequívoca de que el trámite sucesorio marcha mucho mejor, mas rápido, con menos obstáculos y menos trabas burocráticas en la sede de una notaria bien organizada y eficaz, que en un juzgado de lo familiar.

VIGÉSIMA CUARTA.- Se concluye que el Notario Público, por sus conocimientos jurídicos, profesionalismo, ética, saber prudencial y confianza depositada por el Estado a través de la fe pública, es el ente jurídico apto para poder realizar la apertura de un Testamento Público Cerrado, trayendo como consecuencia la impartición de la justicia de forma imparcial, pronta y expedita que todo individuo debe de gozar.

BIBLIOGRAFÍA

ARCE Y CERVANTES JOSÉ, De Las Sucesiones, 8ª. Edición, editorial Porrúa, México 2006..

ARAUJO VALDIVIA LUIS, Derecho de las Cosas y Derecho de las Sucesiones, editorial Porrúa, México. 1985.

ASPRON PELAYO JUAN MANUEL, Sucesiones, 2ª. Edición, editorial Mc Graw-Hill México 200.

BAQUEIRO Y BUENROSTRO, Derecho de Familia y Sucesiones, editorial Harla, México 1994.

CARRAL Y DE TERESA LUIS, Derecho Notarial y Derecho Registral, editorial Porrúa, México 2004.

EUGENE PETIT, Tratado Elemental De Derecho Romano, editorial Época S.A. de C.V.

FLORIS MARGADANT S. GUILLERMO, El Derecho Privado Romano, 21ª. Edición, editorial Esfinge, Naucalpan Estado de México 1995.

FLORIS MARGADANT S. GUILLERMO, Introducción a la Historia del Derecho Mexicano, primera edición, editorial Esfinge, Naucalpan Estado de México 1999.

GÓMEZ LARA CIPRIANO, Derecho Procesal Civil Banco de Preguntas, editorial Oxford, México 2006.

GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ ERNESTO, Derecho Sucesorio, editorial Porrúa, 1990.

GALINDO GARFÍAS IGNACIO Derechos Reales y Sucesiones, 2ª. Edición, editorial Porrúa, México 2004.

GONZÁLEZ J. A, Elementos e Derecho Civil, editorial Ediciones Galaxia, México 1963.

HIGINIO NÚÑEZ y BANDERA, Como Hacer su Testamento y no Morir en el Intento, editorial Aguilar, México 2005

IBARROLA ANTONIO, Cosas y Sucesiones, editorial Porrúa, México 1986.

MARTÍNEZ VERA ROGELIO, Fundamentos de Derecho Público, 2ª. Edición, editorial Mc Graw-Hill, México 1997.

MORINEAU IDUARTE MARTA, IGLESIAS GONZÁLEZ ROMAN, Derecho Romano, editorial Oxford, México 2001.

PADILLA SAHAGUN GUMESINDO, Derecho Romano I, 2ª. Edición, editorial Mc Graw-Hill, 1998.

PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO BERNARDO, Derecho Notarial, editorial Porrúa, México 2002.

PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO BERNARDO, Ética Notarial, editorial Porrúa, México 1996.

REVISTA MEXICANA DE DERECHO, editorial Mc Graw-Hill, México 1999.

ROMÁN GARCIA ANTONIO, Instituciones de Derecho Civil Español VII, editorial Mc Graw-Hill, Madrid 1999.

RÍOS HELLIG JORGE, La Practica del Derecho Notarial, 5ª Edición, editorial Mc Graw-Hill, México 2001.

ROJINA VILLEGAS RAFAEL, Compendio de Derecho Civil II, Bienes Derechos Reales y Sucesiones, Porrúa México 2005.

SEPÚLVEDA SANDOVAL CARLOS, La Fe Pública, editorial Porrúa México 2006.

TAPIA RAMÍREZ JAVIER, Introducción al Derecho Civil, editorial Mc Graw-Hill, México 2002.

VALVERDE Y VALVERDE CALIXTO, Tratado de Derecho Civil Español, Valladolid España, Tomo IV, 4ª. Edición, 1938.

VENTURA SILVA SABINO, Derecho Romano, editorial Porrúa, México 9ª, Edición, 1988.

Diccionarios y enciclopedias Consultadas

Enciclopedia Jurídica OMEBA, Bibliografía Argentina, Buenos Aires, 1968, Tomo XXV.

Instituto de Investigaciones Jurídicas, Diccionario Jurídico, UNAM, México 1993.

Diccionario de Derecho Civil, editorial Oxford, México 2006.

IGLESIAS REDONDO JUAN, Diccionario de Definiciones y Reglas de Derecho Romano, editorial Ariel, Barcelona España 2005.

Legislación Consultada

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos 1917.

Código Civil Federal.

Código Civil para el Distrito Federal.

Código de procedimientos Civiles Para el Distrito Federal.

Código Civil para el Estado de México.

Ley del Notariado Para el Distrito Federal 1980.

Ley del Notariado Para el Distrito Federal 1999.

Ley Sobre el Escudo, la Bandera y el Himno Nacionales de 1984.