

EL JUICIO DE IDENTIDAD Y DE CAPACIDAD DE LOS OTORGANTES COMO UN ÁMBITO DE LA INTERVENCIÓN NOTARIAL PREVENTIVA

ÁNGEL GILBERTO ADAME LÓPEZ *

La función notarial, tal como está concebida de acuerdo a los postulados del Notariado Latino, no se limita únicamente a la elaboración, conservación y dación de fe de un instrumento en que se contengan actos o hechos jurídicos, sino que debe entenderse desde un punto de vista más amplio, que abarque todas aquellas situaciones que, de no resolverse, pueden poner en riesgo el fin último de dicha función, que es el de garantizar la seguridad jurídica del acto consignado en dicho instrumento a los intervinientes y aun a los terceros y que a fin de cuentas marcan la pauta de la actividad notarial como un garante de la paz, el orden público y la legalidad.

Dicha intervención, como ya se dijo, no es exclusiva a la dación de fe, sino que se extiende a supuestos anteriores y posteriores a la realización material de dicha función; de tal suerte, podemos clasificar a dicha intervención desde el punto de vista temporal, de la siguiente manera:

- a) Actuación previa o preventiva.
- b) Actuación concomitante a la elaboración del instrumento o actuación propiamente dicha.
- c) Actuación posterior.

ACTUACIÓN PREVIA O PREVENTIVA

Se refiere a todos aquellos hechos, actos o situaciones de los cuales el notario debe conocer y resolver a fin de garantizar la plena

* Notario 233 del D. F.

seguridad jurídica del próximo instrumento a otorgar. Dentro de estas actuaciones podemos encontrar la identificación y capacidad de los presuntos otorgantes, el cumplimiento de los requisitos legales previos exigidos para el otorgamiento, la verificación de la legalidad de los antecedentes y documentos exhibidos, así como otros que revisten las mismas características.

Actuación concomitante a la elaboración del instrumento o actuación propiamente dicha.

Esta actuación se manifiesta, después de interpretar la voluntad de los otorgantes, en el acto de la dación de fe revestida en el otorgamiento de un instrumento, que el notario redacta y conserva, así como la expedición de los documentos necesarios o que deriven de la realización de dicha actividad.

ACTUACIÓN POSTERIOR

En este momento de la actuación notarial se encuentran comprendidos una serie de actos tales como el cumplimiento de todos aquellos requisitos legales que el fedatario está obligado a llevar a cabo como resultado del otorgamiento de un instrumento, como avisos a dependencias y organismos públicos, entero de contribuciones, registro de documentos, etcétera.

De acuerdo a lo señalado, el objetivo de este trabajo, es el enfocarse al estudio de dos actuaciones previas o preventivas en particular, que van íntimamente ligadas una con la otra, es decir, al juicio de identidad y al juicio de capacidad de los otorgantes.

Para determinar si una persona puede válidamente otorgar un instrumento en el que se consignent derechos y obligaciones que deriven para sí o para terceros, en imprescindible que el notario tenga plena convicción de que el sujeto es quien dice ser y que además, si lo es, tenga la aptitud suficiente para manifestar su voluntad.

Pasemos pues a comentar el primer punto planteado es decir, el juicio de identidad.

Las diversas leyes del notariado que han regulado dicha actividad en el Distrito Federal, han marcado como pauta para que el fedatario esté plenamente convencido de que quien comparece ante él es quien dice ser, es a través de los siguientes medios:

- a) Conocimiento personal.
- b) Identificación a través de un documento oficial.
- c) Identificación por medio de testigos idóneos.

Dichas reglas no presentan mayor problema en su aplicación. Lo importante de este tema es el comentar el gran avance que en la materia presenta la nueva Ley del Notariado para el Distrito Federal, que eliminó el criterio subjetivo para determinar el conocimiento personal respecto del notario con el compareciente, lo que podía generar múltiples omisiones, bastando ahora únicamente que el fedatario sepa el nombre y apellidos de quien ante él acude.

El artículo relativo de dicha ley que regula lo expuesto es el que se transcribe a continuación:

ARTÍCULO 104.—El notario hará constar la identidad de los otorgantes por cualquiera de los medios siguientes:

I. Por la certificación que haga de que los conoce personalmente en términos del artículo 102, fracción XX, inciso *a*), de esta Ley. Para ello bastará que el notario los reconozca en el momento de hacer la escritura y sepa su nombre y apellidos, sin necesidad de saber de ellos cualquier otra circunstancia general;

II. Por certificación de identidad con referencia en términos del artículo citado, con base a algún documento oficial con fotografía, en el que aparezca el nombre y apellidos de la persona de quien se trate o el documento de identidad que llegaren a autorizar las autoridades competentes.

III. Mediante la declaración de dos testigos idóneos, mayores de edad, a su vez identificados por el notario conforme a alguna de las fracciones anteriores, quien deberá expresarlo así en la escritura. Los testigos en cuanto tales están obligados a asegurar la identidad y capacidad de los otorgantes, y de esto serán previamente advertidos por el notario; deberán saber el nombre y apellidos de éstos, que no han observado en ellos manifestaciones patentes de incapacidad natural y que no tienen conocimiento de que están sujetos a incapacidad civil; para lo anterior el notario les informará cuáles son las incapacidades naturales y civiles, salvo que el testigo sea perito en Derecho. Igualmente les informará su carácter de testigos instrumentales y las responsabilidades consiguientes. En substitución del testigo que no supiere o no pudiese firmar, lo hará otra persona que al efecto elija el testigo, imprimiendo éste su huella digital. La certificación y consiguiente fe del notario siempre prevalecerá sobre la de los testigos en caso de duda suscitada posteriormente salvo evidencia debidamente probada que supere toda duda al respecto. En todo caso, el notario hará constar en la escritura el medio por el que identificó a los otorgantes. Tratándose de testigos, si alguno no supiere o no pudiese firmar, imprimirá su huella digital y firmará a su ruego la persona que aquél elija.

Por lo que respecta al segundo punto de este estudio, es decir, el análisis del juicio de capacidad, es conveniente hacer las siguientes consideraciones:

Tal como establece la teoría francesa del acto jurídico, que es la doctrina que adopta el Código Civil federal mexicano, la falta de capacidad del autor del acto o de los otorgantes del mismo, acarrea la nulidad relativa de dicho acto, por lo que el legislador ha considerado que para evitar incurrir en esa ineficacia, con las consecuencias jurídicas que dicha sanción conlleva, en aquellos actos en que el notario intervenga, debe valorar previamente que quien ante él acude tenga el suficiente raciocinio para manifestar claramente su voluntad y entender las consecuencias de la misma, y en caso contrario, impedir el otorgamiento del instrumento por dicha persona.

Para profundizar en lo antes expuesto, es necesario dejar asentados una serie de conceptos, a saber:

PERSONA

Es un concepto que va más allá del campo de lo jurídico, y que tiene connotaciones en todos los ámbitos del quehacer humano. Desde el punto de vista que nos ocupa, siguiendo a Kelsen, la persona debe entenderse como un centro de imputación de derechos y obligaciones.

PERSONALIDAD

Constituye la proyección de la persona en el mundo jurídico, que se traduce en la posibilidad, en abstracto, de ser titular de derechos y obligaciones. En otras palabras, constituye el reconocimiento legal de la persona para actuar en el cúmulo de relaciones jurídicas permitidas por la ley.

CAPACIDAD

Es el atributo de la personalidad, que se conceptualiza como la aptitud, en concreto, de ser titular de derechos y obligaciones, y en su caso, ejercerlos por sí mismo. En este caso, dicha aptitud dependerá de la persona y de la relación jurídica de que se trate. De dicho concepto se desprenden dos figuras:

a) **Capacidad de goce.** Es la aptitud de ser titular de derechos y obligaciones.

b) **Capacidad de ejercicio.** Es la aptitud de poder ejercer personalmente los derechos y obligaciones de que se es titular.

Ahora bien, es importante señalar que la capacidad de goce puede presentarse en ausencia de la capacidad de ejercicio, y no así en el caso contrario, en el que la segunda siempre presupone a la primera.

LEGITIMACIÓN

Es un requisito de eficacia del acto jurídico de carácter legal que consiste en el reconocimiento de que a una determinada persona capaz de contratar, le exige la norma jurídica para celebrar con eficacia dicho acto.

Bajo ese tenor la legitimación puede ser:

a) **Ordinaria o directa.** Es el reconocimiento legal hecho al titular de una esfera jurídica de la posibilidad de celebrar en nombre y por cuenta propia, un contrato (*v.gr.* A vende a B un predio de su propiedad)

b) **Indirecta.** Es el reconocimiento legal de la posibilidad de celebrar, en nombre propio o ajeno, un contrato que afecte la esfera jurídica de otro, como en el caso del albacea o del mandatario.

c) **Extraordinaria.** Es el reconocimiento legal de la posibilidad de celebrar un contrato sobre un esfera jurídica ajena, ya sea en nombre propio aparente, como en el caso del heredero aparente, o en nombre ajeno aparente, como en el caso del mandato revocado sin notificación.

De los conceptos señalados, podemos concluir que para que un sujeto pueda realizar válidamente un acto jurídico, debe estar reconocida su calidad de persona en el ámbito jurídico a través de la personalidad; posteriormente, ser apto para participar en el acontecimiento jurídico en concreto, y por último, en los casos en que la ley así lo indique, tener la habilitación especial requerida, para obligarse u obligar a otro, en el caso de que se trate.

La Ley del Notariado para el Distrito Federal de 28 de marzo de 2000 establece las reglas generales sobre el tema que nos ocupa, en dos artículos que a la letra dicen:

ARTÍCULO 102.—El notario redactará las escrituras en español, sin perjuicio de que pueda asentar palabras en otro idioma, que sean generalmente usadas como términos de ciencia o arte determinado, y observará las reglas siguientes:...

XX. Hará constar bajo su fe:

a) Su conocimiento, en caso de tenerlo o que se aseguró de la identidad de los otorgantes, y que su juicio tienen capacidad;...

ARTÍCULO 105.—Para que el notario haga constar que los otorgantes tienen capacidad bastará que no observe en ellos manifestaciones de incapacidad natural y que no tenga noticias de que estén sujetos a incapacidad civil.

De lo asentado, se desprende que el notario tiene que asegurarse que el sujeto que pretende otorgar un instrumento tenga plena idoneidad para hacerlo, distinguiendo el legislador, según se trate, los medios por virtud del cual el fedatario puede adquirir dicha certeza.

Respecto a la personalidad, en el concepto expresado, la valoración que debe efectuar el notario no reviste ningún problema, ya que toda persona, por el hecho de serlo, goza de plena posibilidad jurídica de actuar en el campo del derecho. Es más, de acuerdo a la legislación común mexicana, el concebido participa de esta naturaleza, de acuerdo a lo establecido por el artículo 22 del Código Civil federal y su correlativo del Código Civil para el Distrito Federal. De esta manera, bastará cerciorarnos que nos encontramos frente a una persona para dar por cumplido este primer requisito.

En el caso de la legitimación, le bastará al notario verificar que la persona de que se trate cuenta con los permisos necesarios o con los poderes correspondientes que le permitan comparecer válidamente al otorgamiento del instrumento.

El problema se encuentra en el segundo supuesto planteado, es decir, en la valoración de la capacidad, tal como se expone a continuación:

Si lo que se pretende es determinar si un sujeto tiene capacidad de goce que le permita otorgar el instrumento correspondiente, el notario deberá tener en cuenta las siguientes circunstancias:

a) El acto jurídico que se pretende otorgar, ya que dependiendo del mismo, el ámbito de actuación del sujeto variará según lo determine el ordenamiento legal respectivo.

b) Las calidades del sujeto que pretende otorgar el acto, es decir, que de acuerdo a la legislación aplicable dicha persona no

tenga restricción en su capacidad de goce que le impida participar en el acto jurídico de que se trate.

La legislación federal mexicana no establece, por regla general, más restricciones a la capacidad de goce de una persona que las que derivan de la edad. A manera de ejemplo podemos citar las siguientes:

a) Los menores de 16 años no pueden otorgar testamento, salvo en el caso del testamento ológrafo que la edad mínima son 18 años.

b) Los hombres menores de 16 años y las mujeres menores de 14 años no pueden contraer matrimonio, salvo que obtengan dispensa.

c) No puede reconocer a un hijo el que no tenga la edad exigida para contraer matrimonio, más la edad del hijo que va a ser reconocido.

d) No puede adoptar el menor de 25 años y cuando no medie una diferencia de edad de 17 años entre el adoptante y el adoptado, salvo en el caso de los cónyuges.

e) No puede designarse tutor dativo el menor de 16 años.

f) El menor de 18 años no puede desempeñar el cargo de albacea.

g) No puede trabajar el menor de 16 años.

Además de los casos señalados, el legislador establece restricciones, en casos concretos, y a manera de sanción, a determinadas personas y en supuestos específicos, que afectan su capacidad de goce, como aquellos que le impiden ejercer cargos u oficios, tales como la tutela, el albaceazgo, la intervención, el comercio, etcétera.

En todos los casos expuestos, el notario se cerciorará de que el sujeto es apto para participar en el acto jurídico en concreto con el examen de su acta de nacimiento, ya que esa es la manera directa de comprobar la fecha en que nació así como de las limitaciones que deriven por una sanción a su capacidad de goce, ello de conformidad al esquema establecido en la legislación civil mexicana.

Cuando se trata de determinar si una persona que tiene para el caso concreto capacidad de goce puede personalmente otorgar dicho instrumento, el notario debe valorar una serie de circunstancias para establecer si dicho sujeto tiene o no plena capacidad de ejercicio.

La legislación común federal mexicana establece el marco legal aplicable para este caso en particular, mismo que se encuentra determinado en los artículos que se transcriben a continuación:

ARTÍCULO 23.—La minoría de edad, el estado de interdicción y a las demás incapacidades establecidas por la ley, son restricciones a la personalidad jurídica que no deben menoscabar la dignidad de la persona ni atentar contra la integridad de la familia; pero los incapaces pueden ejercitar sus derechos o contraer obligaciones por medio de sus representantes.

ARTÍCULO 24.—El mayor de edad tiene la facultad de disponer libremente de su persona y de sus bienes, salvo las limitaciones que establece la ley.

ARTÍCULO 450.—Tienen incapacidad natural y legal:

I. Los menores de edad;

II. Los mayores de edad disminuidos o perturbados en su inteligencia, aunque tengan intervalos lúcidos; y aquellos que padezcan alguna afección originada por enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico, psicológico o sensorial o por la adicción a sustancias tóxicas como el alcohol, los psicotrópicos o los estupefacientes; siempre que debido a la limitación, o la alteración de la inteligencia que esto les provoque no puedan gobernarse y obligarse por sí mismos, o manifestar su voluntad por algún medio.

ARTÍCULO 646.—La mayor edad comienza a los dieciocho años cumplidos.

ARTÍCULO 647.—El mayor de edad dispone libremente de su persona y de sus bienes.

Para continuar en el análisis del tema en que nos encontramos, es necesario dejar establecido a que hace referencia la ley cuando indica los conceptos de incapacidad natural, de incapacidad legal y de incapacidad civil.

Entendemos por incapacidad natural la restricción a la aptitud de poder ejercer personalmente mis derechos y obligaciones por consecuencia de mi poco desarrollo cognositivo derivado de mi mínima edad o por alguna enfermedad o disminución de la inteligencia, de carácter permanente o transitorio, que me impida entender y manifestar mi voluntad. En este caso se encuentran comprendidos los que en el derecho romano eran considerados *infans*, que eran personas que se encontraban en el periodo comprendido desde el nacimiento hasta la edad de siete años, y los *impúberes*, que iban desde los siete años hasta la pubertad, que en Roma era de catorce años para los hombres y de doce años para las mujeres; tam-

bién se encuentran comprendidos los mayores de edad sujetos a una declaración de interdicción o aquellos, que si bien no sufren esa restricción de carácter permanente, se encuentran en un estado transitorio de disfunción que les impide ejercer cabalmente su capacidad.

La incapacidad legal es la restricción a la aptitud del ejercicio pleno de mi capacidad en virtud de que el legislador a considerado, que aun en el caso particular de que el sujeto sea una persona plenamente consiente, establece por regla general y sin excepciones la incapacidad. En este caso se encuentran todos los menores de edad desde la pubertad hasta la mayoría de edad.

Lo que no queda claro es a que se refiere la Ley del Notariado del Distrito Federal por "incapacidad civil", aunque creo que dentro del contexto en que nos ubicamos, desde mi punto de vista, debe entenderse como una figura afín a la incapacidad legal.

Por lo expuesto, el análisis del tema que nos ocupa debe enfocarse desde dos ángulos diferentes, los cuales son:

a) Los menores de edad y los mayores de edad sujetos a estado de interdicción.

Para determinar si un sujeto comprendido en este supuesto tiene restricción a su capacidad de ejercicio que le impide de manera permanente otorgar el acto jurídico de que se trate, le bastará al fedatario constatar la minoría de edad o la interdicción con los documentos correspondientes, que como ya quedó establecido es con el acta de nacimiento, o en su defecto con la sentencia judicial que declare la interdicción. En estos casos, la persona de que se trate no podrá otorgar personalmente dicho acto, y únicamente se podrá otorgar, dependiendo del acto, a través de un representante y en su caso, de habilitación o autorización especial.

Es importante hacer notar que la restricción que establece la ley a la capacidad de ejercicio de los sujetos en cuestión no es absoluta, ya que la ley mexicana establece supuestos en los que un menor de edad o un mayor de edad sujeto a estado de interdicción puede personalmente concurrir ante el fedatario a otorgar un instrumento. A manera de ejemplo indicaremos las siguientes:

I. Los cónyuges menores de edad tienen la administración personal de sus bienes, por consecuencia de la emancipación.

II. El hijo menor de edad tiene la administración de los bienes que adquiriera por su trabajo o de aquellos que expresamente marca la ley.

III. El mayor de dieciséis años puede otorgar testamento, salvo el caso del testamento ológrafo.

IV. El mayor de dieciséis años puede nombrar tutor testamentario a las personas y en los casos que señala la ley.

V. El mayor de dieciséis años puede designarse tutor dativo.

VI. El mayor de edad incapaz que tenga intervalos lúcidos, puede otorgar testamento público abierto, con las modalidades que indica la ley de la materia.

VII. El menor de edad puede ejercer el comercio en las materias en que sea perito, no pudiendo en este caso invocar su estado de minoridad.

VIII. El menor de edad puede promover amparo personalmente en los casos que establece la ley de la materia.

b) Aquellas personas que se encuentran en una situación de carácter transitorio que les impide manifestar y entender claramente su voluntad.

El artículo 450 del Código Civil federal, en su fracción segunda, el cual ya fue transcrito, establece que una persona que se encuentre en un estado de falta de lucidez, derivado de cualquier circunstancia, que le impida manifestar de manera indubitable el sentido de su voluntad, está sujeto a una incapacidad de ejercicio de carácter transitorio.

Aquí es irrelevante la existencia o no de documentos de carácter legal que determinen el estado de interdicción; en este supuesto, la ley mexicana da al fedatario las más amplias facultades de decisión para determinar si una persona es apta o no para otorgar el o los actos jurídicos pretendidos.

De este juicio de capacidad en situaciones concretas y de carácter ya sea transitorio o permanente, el notario debe hacer una valoración respecto a las características extrínsecas del sujeto compareciente, que lo lleven a la convicción de que dicha persona está consciente o no del acto que pretende otorgar ante él.

El problema que en este supuesto se presenta es que, como ya se dijo, la valoración que realiza el fedatario de acuerdo a las facultades que le concede la ley en esta materia, necesariamente es de carácter subjetivo, y el que para una persona puede ser capaz, para otra quizá no lo sea.

No debemos olvidar que el notario es esencialmente un profesional del derecho investido de fe pública por el Estado para intervenir en el otorgamiento de instrumentos donde se consigne lo que

la ley autoriza, no entrando dentro del cúmulo de sus capacidades el de poder hacer una apreciación realmente objetiva y basada en datos concretos, que logre determinar la plena capacidad de ejercicio o la incapacidad en el mismo supuesto.

Cuando la Ley del Notariado para el Distrito Federal establece que el notario goza de las más amplias facultades, basado en la simple observación, para llegar a conclusiones a este respecto, deja abierta una puerta muy amplia que puede llevar al fedatario fácilmente a incurrir en errores u omisiones, con la consecuente causación de daños y perjuicios, por motivo de su actuación o de su no actuación.

Por lo anteriormente expuesto, sería conveniente que las leyes que regulan la materia determinaran criterios de carácter objetivo, basados en consideraciones de tipo médico, de lo cual se repite el fedatario no tiene obligación de ser perito en dicha materia, que eviten el incurrir en lo que ya se ha comentado en los párrafos anteriores.

Dichos criterios deben estar sustentados en la aplicación de diversas reglas derivadas de la observación y del interrogamiento que el notario haga al compareciente, que lo lleven a una convicción cierta de que el sujeto es personalmente capaz de obligarse, y dicha convicción derive de los criterios legales que se sugiere se introduzcan en los textos que regulan la materia.

Sin ser la intención de este estudio el fijar el carácter que deben revestir las reglas que se ha hecho mención son convenientes se introduzcan en la ley del notariado, a continuación se sugieren una serie de cuestiones que el fedatario debe tomar en consideración al momento de efectuar el juicio de capacidad:

I. La pérdida de la conciencia de la situación espacio-tiempo. Desde mi punto de vista el que una persona no pueda claramente determinar el lugar en que se encuentra ni el tiempo en que vive, le impide otorgar personalmente un acto jurídico.

II. La sujeción a un estado de impresión o alteración muy fuerte que le genere ausencia, pérdida de la conciencia, pérdida de la concentración, evasión de la realidad, *shock* nervioso, pérdida de la coordinación de movimientos u otros semejantes que le impidan claramente entender el sentido de su voluntad.

III. La evasión de la realidad ocasionada por intoxicación alcohólica, o por la ingestión de drogas enervantes de cualquier natu-

raleza, que genere que sus acciones difieran notoriamente de las acostumbradas del común de las personas.

IV. La hipertermia, que implica fiebre más alta de treinta y nueve grados, que le genere al sujeto alucinaciones que lo aparten de la realidad.

V. El estado de senilidad, con las consecuencias que ello conlleva. Presumiblemente una persona puede ser considerada senil cuando rebasa los sesenta y cinco años y se detecta principalmente por la falta de memoria, y la incongruencia con sus palabras y sus hechos.

VI. La anemia aguda ocasionada por una pérdida excesiva de sangre que le impida al sujeto recibir información del exterior por la falta de conciencia.

VII. La crisis derivadas de ataques epilépticos o convulsiones que lleven a dicha persona a situaciones de ausencia o inconciencia.

VIII. La presencia de estado vegetativo en el sujeto, derivado de la falta de órdenes en el cerebro.

IX. El estado de locura que impide al sujeto razonar y entender la realidad.

X. El síndrome de Alzheimer, que se manifiesta con un desconocimiento de las personas, del tiempo y del lugar, y llevan, a quien lo padece, a asumir actitudes infantiles.

Los casos antes señalados, que no son todos, pero quizá si los más comunes, pueden servir para normar un criterio absolutamente cierto en todos los casos, e independientemente de quien realice el juicio de valor, para determinar la aptitud o inaptitud que se busca.

Una legislación notarial moderna debe buscar eliminar criterios subjetivos, que necesariamente están expuestos a la falibilidad humana, y sentar bases ciertas y objetivas que lleven en todos los casos a las mismas conclusiones.