



ES
CRI
VA

Revista del Colegio de Notarios del Estado de México
Primavera de 2014

ES
CRI
VA

ÍNDICE

CARTA DEL EDITOR

Fernando Trueba Buenfil

[10]

DOXA

Argumentación y lógica
en la actividad notarial

José Antonio Armendáriz Munguía

[18]

De la ética
a la deontología notarial

Fernando Trueba Buenfil

[60]

LEX

La importancia de la mediación
en el ámbito notarial

Martha Camargo Sánchez

[84]

Ley para uso de medios electrónicos
en el Estado de México
Carlos Otero Rodríguez [102]

El documento electrónico
notarial
Mónica Pastorini y Rosa López Salazar [128]

Seguridad del mercado inmobiliario:
la necesidad de instrumentos
de regulación
Enrique Brancós Núñez [146]

REGESTA

Bases para la ley general que armonice
y homologue la organización y el
funcionamiento de los registros
públicos inmobiliarios y los catastros
Antonio Gutiérrez Ysita [212]

CRÉDITOS [248]

CAR

TA

Carta del editor

Fernando Trueba Buenfil

EL NEGRO DE LAS LETRAS TIENE UN PODER INDISCUTIBLE Y ABRE paso a una paradoja de gran calado: al adentrarnos en las páginas de *Escriva* entablamos diálogos silentes con los autores vivos, convocamos a los muertos y nos encontramos con los distantes. Es cierto, en este momento estás a punto de conversar con autores de otras latitudes, de encontrar referencias a escritores que fallecieron hace tiempo y, sobre todo, has iniciado una plática en silencio. Estos hechos, que en apariencia no tendrían ninguna consecuencia, son fundamentales para lo humano: cada línea que leemos pone a prueba nuestras creencias, nuestros argumentos y nos obliga a entablar una lucha con los autores que leemos, un combate donde las chispas que producen las espadas que chocan son la revelación de la sabiduría.

Así, en este número de *Escriva*, podrás encontrar una serie de ensayos sobre temas clásicos y de gran actualidad, todos ellos unidos por la reflexión sobre el notariado: disertaciones dedicadas a la lógica y la argumentación, reflexiones sobre la deontología, discusiones sobre la mediación, el uso de

medios electrónicos y acerca de la seguridad que requiere el mercado inmobiliario tras los efectos de la crisis económica que aún marca al mundo con sus estragos. Incluso, en ella se ofrece —como ya es costumbre— una reflexión sobre el ámbito registral.

Los temas son variados y también es variada la procedencia de los autores que nos acompañan: además de mexiquenses y mexicanos, *Escriva* se nutre de los trabajos escritos por notarios de España y Sudamérica. Lo cual, sin duda alguna, nos coloca en el centro de las discusiones sobre nuestro quehacer.

Pero este número de *Escriva* no sólo es importante por sus temas y los autores convocados. Esta entrega es la primera que, además de presentarse en soporte papel, formará parte de la página web de nuestro Colegio. Ahora, con un *click*, cualquiera podrá acceder a su contenido. Sin duda alguna, la versión digital de *Escriva* es importante: llegará a cualquier lugar del mundo y estará al alcance de todos los interesados en nuestro quehacer. Sin embargo, no debemos caer en manos del sueño de la tecnología: el papel ha probado ser mucho más resistente que cualquier otro medio para conservar la memoria. Miles de años nos separan de los papiros egipcios que aún podemos leer, mientras que muchas páginas digitales han desaparecido cuando alguien, quizá por error, presionó la tecla *delete*. Así pues, avancemos en el terreno digital, pero no olvidemos que los notarios somos los guardianes de la memoria y la tradición.

DO

XIA

Argumentación y lógica en la actividad notarial

José Antonio Armendáriz Munguía

JOSÉ ANTONIO ARMENDÁRIZ
MUNGUÍA, notario interino
número 60 del Estado
de México.

Evolución de la actividad notarial

La actividad notarial como la conocemos hoy en día es el resultado de una lenta transformación que, conforme a la doctrina notarial, podemos dividir en tres grandes etapas:

- ☞ Etapa remota
- ☞ Etapa romana - medieval
- ☞ Etapa moderna

La primera etapa, denominada remota, se ubica antes de Roma y está compuesta por el Egipto faraónico, el antiguo pueblo de Israel y la civilización griega.

En esta etapa el notario adopta las primeras de sus características propias: ser un especialista en el arte de la escritura y la redacción (Egipto), ser una autoridad que actuaba de forma imparcial entre las partes que acuden a él (Israel) y conservar los documentos de los particulares de forma lógica y ordenada para ser usados en caso de futuras controversias (Grecia).

En la segunda etapa, la romana - medieval, la actividad notarial da el gran salto para convertirse de un especialista

en el arte de la redacción a un profesional del derecho con fe pública que redacta los actos de los particulares primero con base en fórmulas sacramentales y después conforme a derecho.

La tercera etapa, llamada moderna, es aquella donde el derecho notarial de tipo latino nace y se desarrolla como una rama autónoma dentro de la ciencia jurídica, con cátedras dentro de la facultad de derecho en las universidades, con doctrina propia y una intensa actividad académica.

Esta actividad académica consta de dos momentos definitorios: primero, se enfoca en la naturaleza de la actividad notarial frente al poder del Estado, ofreciendo en respuesta teorías como la *funcionalista*, la *profesionalista*, la *eclectica* o la *autónoma*; en un segundo momento, la discusión se centra en examinar la utilidad social del notariado, lo que permitió la ampliación de su función; pues ahora el notariado moderno se ve como un auxiliar de la justicia en diversos actos de la esfera de lo particular, sean o no contenciosos.

Por lo que hace a la evolución de sus herramientas materiales, hoy es imposible concebir que un notario no haga uso de las tecnologías de la información, como una manera común de aumentar la eficiencia en su actuación y cumplir con las obligaciones impuestas en materia recaudatoria y fiscales.

Asimismo se discute en diversos foros académicos y legislativos la pertinencia y utilidad de las escrituras electrónicas, la firma notarial digital y sus múltiples aplicaciones.

Esta evolución institucional es posible gracias a que el notariado ha abrazado su función como un ministerio social donde los códigos de ética y la colegiación obligatoria han sido piezas fundamentales.

Elementos básicos de la actividad notarial

El primer elemento de la actuación notarial es, lógicamente, el personal: el notario mexiquense, en tanto notario de tipo latino, es reconocido como un profesional del derecho investido de fe pública por parte del gobernador del Estado de México para ejercer las funciones propias del notariado.

Con base en esta definición podemos decir que el elemento indispensable en la función notarial, materializada en el notario, es el ejercicio jurídico, siempre acompañado de la fe pública.

La fe es un concepto difícil de definir, pues pertenece originalmente al campo filosófico-teológico, de donde se traslada al ámbito jurídico; por lo tanto es un concepto que requiere ser delimitado por comparación con la fe teológica.

Así, la fe pública es siempre resultado de un acto legislativo que se materializa en una ley vigente, siempre comprende una actuación concreta, por medio de un fedatario específico, en un ámbito jurídico contemplado por la ley; este acto será válido siempre y cuando no se declare expresamente su invalidez o inexistencia por medio de una sentencia.

En el caso de la fe pública notarial, además de estas características, está que siempre será ejecutada por un notario en ejercicio de su función, en su ámbito de competencia y dentro de sus esferas temporal y territorial.

La actividad notarial se ejerce mediante los elementos materiales de su profesión: el protocolo, el sello, la firma y los testimonios.

Todo esto implica que la fe notarial es inexistente si no se ejerce conforme lo dicta la norma o si así lo declara una sentencia judicial.

El siguiente elemento básico es el proceso notarial, que sólo por propósitos académicos se divide en dos grandes ámbitos: el jurídico-deontológico y el instrumental.

El notario, como auxiliar de la justicia, cumple con su razón de ser incluso cuando no permite la materialización de actos jurídicos que puedan vulnerar el patrimonio de las personas y puedan resultar contrarias a la sociedad. A la actuación que no culmina en un instrumento público notarial le denominamos actuación jurídica-deontológica no instrumental.

Ahora bien al proceso notarial instrumental es aquel que resulta de la aplicación de toda las actividades jurídicas como prácticas.

Como lo ilustra el doctor Bernardo Pérez Fernández del Castillo en su libro *Derecho notarial*,¹ el quehacer notarial está compuesto por una serie de etapas dentro de las cuales, para los fines de este artículo, resaltan las actividades de escuchar e interpretar.

Por otro lado el maestro español Jose María Sanahuja y Soler, en su obra *Tratado de derecho notarial*², dice que la actividad notarial está compuesta por una serie de actividades que en su obra analiza de manera profunda; en este artículo sólo se abordará la calificación y configuración jurídica, por ser los elementos más sensibles de la actuación notarial y

¹ En todas estas etapas de la actividad del notario, o sea, escuchar, interpretar y aconsejar a las partes, preparar, redactar, certificar, autorizar y reproducir el instrumento... *Vid.* Bernardo Pérez Fernández del Castillo. *Derecho notarial*. México, Porrúa, 2000, p. 165.

² Los diferentes aspectos de la función notarial poseen una cierta independencia, y su estudio sería muy deficiente si no se tratarán separadamente como otras tantas ideas fundamentales del derecho notarial. En los capítulos sucesivos se desarrollarán los conceptos de autenticación, legalización, legitimación, configuración jurídica, ejecutoriedad, exteriorización del derecho en la normalidad y forma jurídica. *Vid.* José María Sanahuja y Soler. *Tratado de derecho notarial*. Barcelona, Bosch, sf, p. 23.

donde la lógica y la argumentación jurídica son de especial relevancia.

El tercer elemento básico es el instrumento notarial, que afecta la esfera jurídica, primero, la de los que intervienen y, después, la de aquellos que pueden verse afectados por el mismo.

Un claro ejemplo de esto es el menor preterido en un testamento porque el testador simplemente no conocía de su existencia al momento de dictar su voluntad testamentaria.

El instrumento notarial puede tener diversos ámbitos de validez, de los cuales solamente anunciaremos para efectos de este artículo el de *prueba plena* que señala el *Código de procedimientos civiles del Estado de México*.

El instrumento notarial no es un documento inatacable o incontrovertible, pues la misma *Ley del notariado del Estado de México* señala las causales por las cuales el instrumento notarial puede ser considerado nulo e, incluso, el notario puede incurrir en responsabilidad administrativa, civil y hasta penal. De ahí la relevancia de que el instrumento notarial sea construido con argumentos sólidos por parte del notario.

Teorías de la argumentación jurídica

La Real Academia de la Lengua define el verbo argumentar de la siguiente manera:

ARGUMENTAR.

(Del lat. *argumentare*).

1.tr. p. us. argüir (sacar en claro).

2.tr. p. us. argüir (descubrir, probar).

3.intr. Aducir, alegar, poner argumentos. U. t. c. tr. y menos c. prnl.

4. intr. Disputar, discutir, impugnar una opinión ajena. U. t. c. prnl.

En su libro *Argumentación jurídica*,³ el doctor José Luis Vallarta Marron la define así, siguiendo a Aristóteles:

[...] si aplicamos las reglas de Aristóteles debemos encontrar primero el género próximo y luego la diferencia específica. La argumentación es un razonamiento. Ese razonamiento será el género próximo de la definición buscada, pero como no todo razonamiento es argumentación, debemos encontrar la diferencia específica, es decir, los elementos que distinguen a la argumentación de otros razonamientos. Para ello recurrimos a un criterio teleológico, o sea el fin. Así tendremos una definición: argumentación es un razonamiento (género próximo) que tiene por fin convencer a otra persona acerca de la veracidad o corrección de una tesis (diferencia específica).

Por otro lado el doctor Víctor Manuel Rojas Amandi en su libro *Argumentación jurídica*⁴ nos da las definiciones de tres autores clásicos: Christian Plantin, Cicerón y Santo Tomás de Aquino.

Un argumento es una regla empleada para fundamentar la verdad o falsedad de una afirmación que aparece dudosa, a la que conocemos como tesis. Al respecto, dice Christian Plantin:

El argumento tiene el estatus de una creencia compartida, de un dato fáctico (presentado como) incontestable. Evidentemente el destinatario de la argumentación puede rechazar ese dato, pero entonces tiene que justificar el rechazo: la carga de la prueba será responsabilidad suya.

³ Porrúa, México, 2011, p. 2-3.

⁴ Oxford, México, 2010, pp. 15-16.

Cicerón había señalado que los argumentos eran como “razones que hacen fe de una cosa dudosa”.

En un sentido amplio, el argumento es cualquier medio lingüístico que sirva para persuadir o convencer a alguien de una posición que se sostiene, no obstante que los fundamentos expuestos de manera lógica resulten insostenibles. De esta forma, los argumentos sirven para convencer a cierto auditorio de la corrección o el defecto de una tesis. Por lo mismo, ellos se convierten en una herramienta esencial en la ciencia, el derecho, la crítica y en cualquier tipo de discurso o diálogo. Así, un argumento se distingue de una simple información debido a que el rétor utiliza la información en forma de conclusión fundamentada en argumentos que la justifican.

Según Tomás de Aquino, el argumento “es lo que convence a la mente a asentir cualquier cosa”.

La argumentación, en un sentido amplio, es un tipo de razonamiento por el cual se quiere convencer a un interlocutor respecto a la validez de sus consideraciones, expresadas en forma de un discurso oral o escrito.

Ahora bien, cuando se habla de argumentación jurídica nos referimos a grandes rasgos al razonamiento específico por el cual los profesionales del derecho proponen como válida una hipótesis de tipo jurídico.

El doctor y filósofo del derecho español Manuel Atienza en su libro *Las razones del derecho*⁵ señala el ámbito de la argumentación jurídica:

La teoría o las teorías de la argumentación jurídica tiene como objeto de reflexión, obviamente, las argumentaciones que tienen lugar en contextos jurídicos. En principio, pueden dis-

⁵ Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2005, pp. 1-2.

tinguirse tres distintos campos de lo jurídico en que se efectúan argumentaciones. El primero de ellos es el de la producción o establecimiento de normas jurídicas.

[...] Un segundo campo en que se efectúan argumentos jurídicos es el de aplicación de normas jurídicas a la resolución de casos, bien sea esta una actividad que llevan a cabo jueces en sentido estricto, órganos administrativos en el más amplio sentido de la expresión o simples particulares.

[...] El tercer ámbito en que tiene lugar argumentos jurídicos es el de la dogmática jurídica. La dogmática es, desde luego, una actividad compleja en la que cabe distinguir esencialmente tres funciones: 1) suministrar criterios para la producción del derecho en las diversas instancias en que ello tiene lugar; 2) suministrar criterios para la aplicación del derecho, 3) ordenar y sistematizar un sector del ordenamiento jurídico. Las teorías usuales de la argumentación jurídica se ocupan de las argumentaciones que desarrolla la dogmática en cumplimiento de la segunda de estas funciones.

La argumentación que realiza el notario público se encuentra principalmente en el segundo campo anotado por el doctor Atienza.

Teorías de la lógica jurídica al desarrollo de la argumentación jurídica

Manuel Atienza en *El derecho como argumentación*⁶ señala tres puntos de inflexión en el estudio de la argumentación jurídica: 1) la lógica, 2) la lógica deóntica y la nueva retórica y 3) la teoría estándar de la argumentación jurídica. El primero se da dentro del razonamiento jurídico y la lógica jurídica:

⁶ Fontamara, México, 2003, p. 71.

El estudio de las formas lógicas de los argumentos utilizados por los juristas (“a pari”, “a fortiori”, “a contrario”...) , se remontan por lo menos al derecho romano. El *ars inveniendi*, la tópica, habría sido, según Viehweg, el estilo característico de la jurisprudencia en la época clásica del derecho romano y habría durado en Europa por lo menos hasta la llegada del racionalismo. Y el origen mismo de la retórica (en Sicilia, en el siglo v a.C.) no es otro que el derecho: el considerado como primer tratado de retórica —el Corax— surge de la necesidad de persuadir a los jueces con determinadas disputas sobre la propiedad.

El doctor Atienza anota que el aspecto donde la argumentación jurídica es abordada desde el punto de vista de la lógica jurídica (formal) fue retomado en 1951 por Ulrich Klug en su libro *Juristische Logik*, que es considerada la obra pionera en la corrección de los argumentos jurídicos formales a partir de la validez o invalidez de los argumentos.

En este primer punto de inflexión es donde se estudia a profundidad conceptos como el silogismo jurídico, las falacias, los sofismas y los argumentos de la lógica formal.

Lógica jurídica

Una de las primeras cuestiones es delimitar el campo de estudio de la lógica jurídica, pues su campo de estudio es más amplio que el de la argumentación jurídica.

Se desarrolla a partir del estudio de la aplicación de la lógica formal al orden jurídico en general; también tiene como campo de estudio la corrección de los argumentos jurídicos.

El gran maestro mexicano Eduardo García Maynes estudia la aplicación de los principios de la lógica formal al

orden jurídico en su libro *Introducción a la lógica jurídica*⁷. Respecto al principio de identidad dice:

En este sector habría que enunciarlo con las siguientes palabras: “todo objeto del conocimiento jurídico es idéntico a sí mismo”. Dada la amplitud, vale no sólo para las normas del derecho, sino para los conceptos jurídicos y, en general, para las distintas formas de la conducta jurídicamente regulada.

Su aplicación, al campo jurídico, conduciría, por tanto, a juicios de este tipo: “lo que está jurídicamente prohibido está jurídicamente prohibido”; “lo que está jurídicamente permitido está jurídicamente permitido”.

Pero como el problema en esta clase de estudios no es el de la utilidad de los principios, sino el de su verdad, los interrogantes que hemos planteado se justifican plenamente, aun cuando parezca difícil, a primera vista.

Ahora bien: si existe un principio lógico-jurídico de identidad, independiente del anteriormente estudiado, es obvio que sólo podrá referirse a normas de derecho, y que tendrá que expresar algo acerca de su validez.

Ahonda respecto al principio de identidad por lo que hace a su validez y propone lo siguiente:

Las proyecciones de aquel principio, en el campo de la ontología jurídica, fueron expresadas por nosotros de esta manera:

Lo que está jurídicamente prohibido está jurídicamente prohibido.

Lo que está jurídicamente permitido está jurídicamente permitido.

Lo que no está jurídicamente prohibido está jurídicamente permitido.

Lo que no está jurídicamente permitido está jurídicamente prohibido.

A estos enunciados corresponden los siguientes lógico-jurídicos:

La norma que prohíbe lo que está jurídicamente prohibido es necesariamente válida.

La norma que permite lo que está jurídicamente permitido es necesariamente válida.

La norma que permite lo que no está jurídicamente prohibido es necesariamente válida.

La norma que prohíbe lo que no está jurídicamente permitido es necesariamente válida.

Por lo que hace al principio de tercero excluido nos ilustra su aplicación en el ámbito jurídico:

El principio jurídico de tercero excluido formúlase así: “Cuando dos normas de derecho se contradicen, no pueden ambas carecer de validez”. Por tanto, una de ellas tiene que ser válida. En otros términos: si una de las dos carece de validez, la otra será necesariamente válida. Y como para que haya oposición contradictoria es preciso que uno de los preceptos prohíba lo que el otro permite, podemos decir también: cuando, en condiciones iguales de espacio y tiempo, una norma prohíbe a un sujeto la misma conducta que otra le permite, una de las dos carece *a fortiori* de validez. Pero el principio de tercero excluido no dice cuál es válida, ni da la pauta para la solución de este problema.⁸

Como una continuación del principio de tercero excluido, el principio especial de contradicción nos dice:

Mientras aquél indica que dos normas contradictoriamente opuestas no pueden ser válidas ambas, éste dice que toda norma jurídica de contenido contradictorio carece *a fortiori* de validez.

La norma que prohíbe y permite a la vez un mismo acto expresa un contrasentido, y carece, por tanto, de fuerza de obligar. Lo propio debe decirse del precepto que prohíbe y ordena, al mismo tiempo, un mismo proceder, porque, según dijimos arriba, lo jurídicamente ordenado está jurídicamente permitido.

Con toda contradicción normativa proviene de la antítesis entre una prohibición y un facultamiento, podríamos decir: si una norma jurídica prohíbe y permite a la vez un mismo acto, esa norma es contradictoria y, por ende, inválida.⁹

Respecto al principio lógico de razón suficiente el maestro concluye que se requieren elementos ajenos al argumento para poder valorarlo como una “buena razón”.

El principio lógico de razón suficiente no es por completo un principio lógico: se refiere demasiado concretamente a la verdad del juicio para que lo sea, el problema de la verdad es gnoseológico y no lógico. Nótese cómo difiere de los otros tres principios, que constituyen un grupo perfectamente unitario, mientras que el de razón queda aparte. Aquellos tres principios estatuyen algo sobre la verdad del juicio, pero constantemente según relaciones puramente lógicas: nunca aluden a los objetos a que los juicios se refieren. En el principio de razón suficiente entra en juego la correspondencia entre el juicio y la situación a que el juicio se refiere, y si lo aceptamos, de acuerdo con la opinión más generalizada, entre los principios lógicos, no es sin advertir que sólo pisa los linderos de la lógica.

Cosa semejante habría que decir del principio jurídico de razón suficiente. Tampoco es por completo un principio lógico, porque

⁹ *Ibid.*

se refiere “demasiado concretamente” a la validez de las normas, y este problema es jurídico y no lógico. Los principios lógico-jurídicos de identidad, contradicción y tercero excluido forman, a semejanza de los correspondientes de la lógica pura, un grupo “perfectamente unitario”, mientras que el de razón “queda aparte”. Los tres primeros expresan algo sobre la validez de los preceptos jurídicos, pero según relaciones puramente lógicas; aluden a la regulación jurídica de la conducta, nunca a la conducta jurídicamente regulada. El de razón suficiente, en cambio, no se refiere simplemente a las normas que en la órbita del derecho ordenan el comportamiento humano, sino que las pone en conexión con algo que está fuera de ellas, y condiciona su fuerza obligatoria.¹⁰

El silogismo

Para resumir el concepto de silogismo empezaremos citando a la doctora María del Carmen Pacheco en su libro *Filosofía del derecho, lógica jurídica*:¹¹

De acuerdo con la lógica aristotélica, el silogismo es la expresión del raciocinio, se compone de proposiciones llamadas premisas, y la conclusión. El procedimiento de obtener conclusiones partiendo de premisas se llama demostración o prueba. El silogismo se compone de tres preposiciones en total: premisa mayor, premisa menor y conclusión.

Para que el silogismo sea válido formalmente debe estar correctamente construido conforme a las reglas la lógica y no debe de tener ninguna falacia ni sofisma.

¹⁰ Eduardo García Maynes. *Introducción a la lógica jurídica*. México, Colofón, 2006.

¹¹ Porrúa, México, 2007 pp. 96-97.

Falacia es una palabra en latín que significa engaño, error oculto. Existen dos clases de falacias: los sofismas y los paralogismos, los primeros se caracterizan por ser intencionalmente engañosos, los segundos, involuntariamente.¹²

Falacias y sofismas

La doctora María del Carmen Pacheco nos ilustra respecto a los tipos de falacias y sofismas.

Tenemos los sofismas de palabras, que son aquellos que resultan cuando un término acepta más de un significado. Así tenemos los siguientes sofismas: equívoco, anfibología, metáfora, confusión del sentido compuesto, confusión del sentido dividido.

Los sofismas de ideas son aquellos que tienen errores de lógica en su construcción y se dividen en dos tipos: 1) sofismas de deducción: petición de principio, círculo vicioso, ignorancia del asunto, falacia del consecuente y 2) los de inducción que son: enumeración imperfecta, sofisma de accidente, ignorancia de la causa, falsa analogía.

Falacias de atinencia son aquellas que inducen al error pues parten de premisas no pertinentes (atingentes) y que no tienen una conexión lógica con la conclusión; éstas son: apelación a la fuerza (*ad baculum*), apelación a la persona (*ad hominem*), llamado a la piedad (*ad misericordiam*) o a lo que el pueblo dice (*ad populum*).

Silogismo jurídico

Respecto a la aplicación del silogismo en materia judicial se

¹² *Ibid.* p. 110.

considera que la premisa mayor es la norma jurídicamente válida, la premisa menor es la conducta desplegada y la conclusión es la subunción de la primera con la segunda.

Nuevamente cito al Maestro Eduardo García Maynes, ahora de su libro *Introducción al estudio del derecho*, donde expone el silogismo jurídico.

El razonamiento de aplicación de los preceptos del derecho es de tipo silogístico. La premisa mayor está constituida por la norma genérica; la menor por el juicio que declara realizado el supuesto de aquella, y la conclusión por el que imputa a los sujetos implicados en el caso las consecuencias de derecho.

PREMISA MAYOR: al que cometa el delito de falsificación de moneda se le aplicarán de seis meses a cinco años de prisión, y multa de cien a tres mil pesos

PREMISA MENOR: X ha cometido el delito de falsificación de moneda; luego,

CONCLUSIÓN: debe aplicarse a X de seis meses a cinco años de prisión y multa de cien a tres mil pesos.

SEGUNDO EJEMPLO:

PREMISA MAYOR: El que siembre, plante o edifique en finca propia, con semillas, plantas o materiales ajenos, adquiere la propiedad de una y otros, pero con la obligación de pagarlos en todo caso y resarcir daños y perjuicios si ha procedido de mala fe.

PREMISA MENOR: Z ha sembrado en su finca, con semillas de Y, pero sin proceder de mala fe; luego,

CONCLUSIÓN: Z tiene la obligación de pagar a Y el importe de sus semillas, sin que éste pueda exigirle indemnización por los daños sufridos.¹³

Una vez descrito el silogismo jurídico, el estudio lógico formal se enfoca en el estudio de la formación de argumen-

¹³ *Op. cit.* p. 321.

tos lógico jurídicos, que son el razonamiento por analogía (o *a similitudine*), el razonamiento *e contrario*, argumentos *a fortiori*, *a maiore ad minus*, *a minore ad maius*, argumento *ad absurdum* y los argumentos interpretativos.

Lógica deóntica y la nueva retórica

El segundo punto de inflexión se da cuando se desarrolla la lógica deóntica, o lógica de las normas, a partir del estudio realizado por George H. von Wright en 1951, que parte de la premisa de que el silogismo no puede ser aplicado en estricto sentido al sistema jurídico, simplemente porque la construcción de la norma no puede ser considerada como válida o inválida tomando en cuenta únicamente la lógica formal.

Un enunciado jurídico normativo no es válido o inválido en sí mismo, por lo tanto es necesario otro tipo de modalidad o de lógica especial.

Manuel Atienza menciona que Von Wright desarrolla una lógica especial, elaborada a partir de las modalidades deónticas o de obligación, prohibición y permisón. Ejemplifica esto mediante el estudio de Kalinowski.

Kalinowski considera como razonamientos jurídicos aquellos que vienen exigidos por la vida jurídica, y presenta de ellos una doble clasificación. Por un lado, distingue entre razonamientos de coacción intelectual (lógicos), de persuasión (retóricos) y propiamente jurídicos (los que se basan en presunciones, prescripciones, ficciones etc., establecidas por la ley). Por otro lado, separa los razonamientos normativos (cuando al menos una de las premisas y la conclusión son normas) de los no normativos (que sólo serían jurídicos por accidente). Los razonamientos normativos, por su lado, pueden tener lugar en el plano de la elaboración, de la interpretación o de la aplicación

del derecho. En concreto en el plano de la interpretación del derecho se utilizan argumentos extralógicos, que se basan en medios puramente jurídicos (por ejemplo, el argumento *a rubrica*, *pro subjecta materia*, etc.) y argumentos lógicos, que se basan en la lógica formal propiamente dicha (por ejemplo, argumentos *a fortiori*, *a maiori*, *a pari*, y a es contrario) Los argumentos estrictamente lógicos están regidos, sin embargo, tanto por las reglas extralógicas, esto es, por reglas jurídicas de interpretación del derecho. Además Kalinowsky considera que el primer tipo de reglas están subordinadas a las segundas, lo que podría entenderse en el sentido de que la justificación interna depende de la justificación externa o es un momento lógicamente posterior al de esta.¹⁴

Trabajos como *La nueva retórica* de Perelman y la *Lógica informal* de Toulmin hacen su aparición para revolucionar el concepto de argumentación jurídica, al separarla de la lógica formal al grado que Manuel Atienza nos dice:

Por eso, cuando hoy se habla de argumentación jurídica (o de teoría de la argumentación jurídica) se hace referencia a un tipo de investigación que no se limita al uso de la lógica formal (el análisis lógico-formal sería sólo una parte de la misma) e incluso a veces a un tipo de investigación que se contrapone al de la lógica (al de la lógica formal).¹⁵

Hagamos un brevísimo resumen de los postulados del filósofo del derecho Chaim Perelman, citado nuevamente por Atienza:

Perelman parte [...] de la distinción básica de origen aristotélico

¹⁴ *Op. cit.*, p. 23.

¹⁵ *Ibidem*.

co entre razonamientos analíticos o lógico-formales, por un lado, y razonamientos dialecticos o retóricos, por el otro, y sitúa a su teoría de la argumentación en este segundo apartado. Su objetivo fundamental es el de ampliar las ciencias deductivas y de las ciencias inductivas o empíricas, para poder dar cuenta también de los razonamientos que se presentan en las ciencias humanas, en el derecho y en la filosofía.¹⁶

La obra de Perelman amplía la mirada formalista aristotélica hasta un nuevo campo de investigación donde el argumento no debe ser forzosamente lógico-deductivo, sino simplemente plausible para el auditorio al que debe persuadir.

Si Perelman elige para designar su teoría el nombre de retórica antes que el de dialéctica, ello se debe precisamente a la importancia que concede a la noción de auditorio, que, ciertamente es la noción central de la teoría.

En su libro, el filósofo español expone que la nueva retórica se divide en tres partes, que son: los presupuestos, o límites de la argumentación; los puntos, o tesis de partida y las técnicas argumentativas, o argumentos.

Respecto a los presupuestos, o límites de la argumentación en la *Nueva retórica* de Perelman el doctor Atienza nos expone:

En la argumentación se puede distinguir tres elementos: el discurso, el orador, y el auditorio, pero este último tiene un papel preponderante [...] Perelman pone de manifiesto cómo la distinción clásica entre géneros oratorios: el deliberativo (ante la asamblea), el judicial (ante los jueces) y el epidíctico (ante espectadores que no tienen que pronunciarse) [...] Sin embargo

¹⁶ *Ibid.*

la clasificación más importante de tipos de argumentación que tiene lugar ante el auditorio universal, la argumentación ante un único oyente, y la deliberación con uno mismo.

En la argumentación se tiene un objetivo: convencer al auditorio por medio del lenguaje, sin que exista violencia física o moral por parte de ninguno de los oradores.

Por lo que hace al punto de partida de la argumentación, ésta siempre parte de las premisas que hace cada uno de los oradores, en las que él filósofo distingue tres aspectos: el acuerdo, la elección y la presentación de las premisas.

Los objetos de acuerdo pueden ser relativos a lo real (hechos, verdades o presunciones), o bien relativos a lo preferible (valores, jerarquías y lugares de lo preferible)

Para que una argumentación sea posible, es necesario presuponer una infinidad de objetos de acuerdo. Como es imposible presentar la totalidad de esos elementos, la argumentación será necesariamente selectiva, y en dos sentidos, pues hay que elegir tanto los elementos como la forma de presentarlos. La selección cumple, por otro lado, un efecto de atribuir presencia a esos elementos, lo que constituye un factor esencial en la argumentación.¹⁷

La presentación de la premisas es donde se usan las formas verbales y las figuras retóricas; a las primeras las describe como afirmaciones, negaciones, aserciones, interrogaciones y prescripciones, entre otras. Las figuras argumentativas aparecen clasificadas en tres grupos, o figuras: de elección, de presencia y de comunión.

Por último, en su libro *La nueva retórica*, Chaim Perel-

¹⁷ Manuel Atienza. *Las razones del derecho*. México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2005, p. 50.

man clasifica las técnicas argumentativas en dos grandes grupos, que son de enlace, o asociación, y su contraparte, de disociación.

[...] los procedimientos de enlace (unen elementos distintos y permiten establecer entre estos elementos una solidaridad que pretenda, bien estructurarlos, bien valorarlos positiva o negativamente) o de disociación (su objetivo es “disociar, separar, desolidarizar, elementos considerados componentes de un todo o, al menos, de un conjunto solidario en el seno de un mismo sistema de pensamiento). A su vez, los primeros se clasifican en: argumentos cuasilógicos, cuya fuerza deriva de su proximidad —pero no identificación— con argumentos puramente lógicos o matemáticos; argumentos basados sobre la estructura de lo real, bien se trate de enlaces de sucesión o bien enlaces de coexistencia; y argumentos que fundan la estructura de lo real tomando como fundamento bien el caso particular o bien la semejanza de estructuras existentes entre elementos pertenecientes a dominios distintos (analogía).¹⁸

El doctor Atienza critica la teoría de Chaim Perelman:

Perelman no ofrece ningún esquema que permita un análisis adecuado de los argumentos jurídicos —de los diversos tipos de argumentos jurídicos— ni del proceso de la argumentación, aunque desde luego, en su obra aparecen sugerencias de indudable interés [...]. Por otro lado, la concepción del derecho y de la sociedad que maneja Perelman es de cuño netamente conservador, y su teoría de la argumentación parece diseñada para satisfacer las necesidades de quien se aproxima al derecho y a la sociedad desde esta perspectiva, pero no para el que parte de una concepción crítica o conflictualista de estos

¹⁸ *Ibid.*

fenómenos. Si se acepta la tesis de que la sociedad genera, en ocasiones, conflictos que plantean intereses irreconciliables y que las instancias jurídicas no pueden resolver simplemente con un criterio de imparcialidad, sin plantearse la modificación del propio orden jurídico, entonces probablemente haya que pensar también que, en relación con los mismo, la retórica —al menos como la entiende Perelman— cumple ante todo una función ideológica de justificación del derecho positivo: precisamente presentando como imparciales y aceptables decisiones que, en realidad, no lo son.¹⁹

La nueva retórica es, como ya se ha dicho, un punto de partida y, a pesar de las críticas de Manuel Atienza, consideramos que representan un replanteamiento del estudio de la argumentación jurídica, donde se pone especial atención al auditorio y en la insuficiencia del uso del silogismo jurídico como la única forma de pensar el derecho.

Ahora toca el turno de resumir, también de la mano del doctor Manuel Atienza, el libro *Uses of Argument*, del doctor Stephen Toulmin, quien plantea que la lógica formal no puede ser trasladada a otros campos del conocimiento, con excepción del campo matemático.

La intención de Toulmin —como él mismo indica— es “radical” y consiste en oponerse a una tradición que arranca de Aristóteles y que pretende hacer de la lógica una ciencia formal comparable a la geometría. Toulmin, por el contrario, se propone desplazar el centro de atención de la teoría lógica a la práctica lógica; no le interesa una “lógica idealizada”, sino una lógica operativa o aplicada (*working logic*); y para efectuar esa operación elige como modelo, no la geometría, sino a la jurisprudencia.²⁰

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ *Ibid.*

Para el doctor Toulmin un buen argumento, que esté bien fundado, es aquel que resiste la crítica, algo que, como veremos más adelante, es fundamental para este artículo.

Un buen argumento, un argumento bien fundado, es aquel que resiste a la crítica y a favor del cual puede presentarse un caso que satisfaga los criterios requeridos para un veredicto favorable.²¹

Para Stephen Toulmin un argumento está compuesto por cuatro elementos: la pretensión, las razones, la garantía y el respaldo.

La pretensión es la idea que sostiene uno de los participantes en la argumentación, a los que Toulmin llama proponente y oponente. “La pretensión (*claim*), significa tanto el punto de partida como el punto de destino de nuestro proceder en la argumentación”.²²

En caso de que el oponente no acepte como válida la pretensión, el proponente tendrá que dar razones (*ground*) que validen su pretensión inicial.

Las razones no son, pues, teorías generales, sino los hechos específicos del caso, cuya naturaleza varía de acuerdo con el tipo de argumentación de que se trate, en una argumentación jurídica típica, por ejemplo, serán los hechos que integran el supuesto de hecho de la norma aplicable al caso discutido. El oponente podrá ahora discutir de nuevo los hechos, pero incluso en caso de que los acepte puede exigir al proponente que justifique el paso de las razones a la pretensión. Los enunciados generales que autorizan dicho paso constituyen la garantía (*warrant*) del argumento.²³

²¹ *Ibid.*

²² *Ibid.*

²³ *Ibid.*

Las garantías (*warrant*) son hechos o principios que sustentan las razones del argumento; en el caso de una argumentación de tipo jurídico, se trata del fundamento jurídico.

[...] las garantías no son enunciados que descifran hechos, sino reglas que permiten autorizar el paso de unos enunciados a otros. Podría decirse que mientras los hechos o razones son como los ingredientes de un pastel, la garantía es la receta general, que permite obtener el resultado combinado de los ingredientes.²⁴

Por lo que hace al tipo de argumentos el mismo autor modifica su clasificación de analíticos y substanciales a formales y no formales.

En los argumentos formales se analiza la corrección del argumento, en el sentido de la lógica formal; en los no formales, por el contrario, importa en menor grado la corrección del argumento, en el sentido de la lógica formal, y más su validez con respecto a la relevancia externa.

El doctor Toulmin, al plantear la cuestión de la corrección de un argumento, dice que se debe plantear aquellos ejemplos de estructuras no correctas, o falacias, que él clasifica en las siguientes categorías: 1) falta de razones, 2) de razones irrelevantes, 3) de razones defectuosas 4) de suposiciones garantizadas 5) de ambigüedades.

Teoría estándar de la argumentación jurídica

Por último, el tercer punto de inflexión que menciona el doctor Manuel Atienza surge a finales de los setenta cuando nace la llamada “teoría estándar de la argumentación jurídica”.

²⁴ *Ibid.*

[...] cuando se elabora el núcleo conceptual de lo que puede considerarse como la “teoría estándar de la argumentación jurídica”, que aparece expuesta en diversos trabajos de Wróblewski, Alexy, MacCormick, Peczenik y Aarnio; aunque poniendo el acento en otros aspectos de la argumentación jurídica (lo que luego llamaré su dimensión “material”). Por esa época se publican también una serie de trabajos de Dworkin, Summers y Raz que han influido decisivamente en la manera de entender el discurso justificativo (de carácter judicial).²⁵

El propio Atienza señala que los trabajos fundamentales de la teoría estándar de la argumentación son los realizados por los filósofos de la argumentación Robert Alexy y Neil MacCormick, por lo que de una manera muy resumida serán abordados a continuación.

Para el filósofo de la argumentación Robert Alexy, la argumentación de tipo jurídico es la especialización de una argumentación práctica que requiere de reglas, que son clasificadas como reglas fundamentales, reglas de la razón y reglas sobre la carga de la argumentación y las reglas de transición.

Por lo que la argumentación jurídica, a su vez, requiere de una serie de reglas propias.

El procedimiento del discurso jurídico se define, pues, por un lado, por las reglas y formas del discurso práctico general y, por otro lado, por las reglas y formas específicas del discurso jurídico que, sintéticamente, expresan la sujeción a la ley, a los precedentes judiciales y a la dogmática. A su vez, Alexy distingue dos aspectos en la justificación de las decisiones jurídicas, la justificación interna y la justificación externa, de manera que existen también dos tipos de reglas y formas del discurso.

²⁵ Manuel Atienza. *El derecho como argumentación*. México, Fontamara, 2005, p. 72.

La justificación interna de las decisiones se puede dar de forma simple y de una forma más general. La forma simple consiste en la aplicación del silogismo jurídico; la forma más general requiere construir más de dos silogismos.

Sobre la justificación interna simple expuesta por Robert Alexy, el doctor Atienza dice:

Para la fundamentación de una decisión jurídica debe aducirse por lo menos una norma universal.

La decisión jurídica debe seguirse lógicamente al menos de una norma universal.

De la forma general señala:

Siempre que exista duda sobre si a (el sujeto) es un τ (predicado normativo) o un m (otro predicado distinto a τ), hay que aducir una regla que decida la cuestión.

Son necesarios los pasos de desarrollo que permitan formular expresiones cuya aplicación al caso en cuestión no sea ya discutible.

Hay que articular el mayor número posible de pasos de desarrollo.

La justificación externa en la teoría de Robert Alexy se refiere a una justificación externa de las premisas.

Estas últimas, para Alexy, pueden ser de tres tipos: reglas de derecho positivo (cuya justificación consiste en mostrar su validez de acuerdo con los criterios del sistema); enunciados empíricos (que se justifican de acuerdo, con los métodos de las ciencias empíricas, las máximas de la presunción racional y las reglas procesales de la carga de la prueba) y un tercer tipo de enunciados (que serían básicamente reformulaciones de normas), para cuya fundamentación hay que acudir a la

argumentación jurídica; en concreto, a las formas y reglas de la justificación externa.

Alexy distingue seis grupos de reglas y formas de la justificación externa, según que las mismas se refieran: a la interpretación, a la argumentación dogmática, al uso de los precedentes, a la argumentación práctica general, a la empírica o a las formas especiales de argumentos jurídicos.

Por último, el doctor Jaime Cárdenas García²⁶ resume la teoría de Robert Alexy de la siguiente manera:

Es una teoría procedimental de la argumentación.

Las reglas del discurso jurídico óptimo se basan en las reglas del procedimiento moral.

Las principales reglas del procedimiento discursivo descansan la imparcialidad, libertad y simetría de los participantes.

Un enunciado normativo es correcto, si y sólo si, puede ser el resultado de un procedimiento que observe las reglas de imparcialidad, simetría y libertad.

La argumentación es un procedimiento discursivo correcto.

Los principales problemas de toda teoría de la argumentación son el problema del conocimiento y el problema del cumplimiento.

En toda argumentación jurídica debe distinguirse entre justificación interna y externa. La interna trabaja con reglas; la externa con principios y otros materiales normativos y sirve para resolver casos difíciles.

Todos los métodos argumentativos pueden usarse (regla de saturación).

No se garantiza una única respuesta correcta.

No se admite una teoría fuerte de principios.

²⁶ *La argumentación como derecho*. México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2005, p. 84.

El principio de proporcionalidad es la base para la solución de conflictos de principios.

El sistema se integra por procedimientos argumentativos y normas.

Por otro lado, la teoría de Neil MacCormick parte del sentido que va de la argumentación jurídica a una argumentación más general.

La base de sus estudios consistió en analizar las sentencias dictadas por los jueces, para luego aplicar esos mismos principios a una teoría general de la argumentación.

Las tesis fundamentales de la concepción de MacCormick se encuentran expuestas en una obra, *Legal Reasoning and Legal Theory*, de 1978 (que es precisamente el mismo año en que se publica la obra fundamental de Alexy sobre la materia, *Theorie der juristischen Argumentation*), y luego han sido desarrolladas (y una pequeña medida también corregidas) en una serie de artículos escritos a lo largo de la última década.

Se trata de una teoría que exhibe una elegante sencillez y claridad —que en absoluto hay que confundir con superficialidad— y que se destaca, sobre todo, por su afán integrador. MacCormick trata, en cierto modo, de armonizar la razón práctica kantiana con el escepticismo humano; de mostrar que una teoría de la razón práctica debe completarse con una teoría de las pasiones; de construir una teoría que sea tanto descriptiva como normativa, que dé cuenta tanto de los aspectos deductivos de la argumentación jurídica, como de los no deductivos, de los aspectos formales y de los materiales; y que se sitúe, en definitiva, a mitad de camino —y son términos utilizados por el propio MacCormick— entre una teoría del derecho ultra racionalista (como la de Dworkin, con su tesis de la existencia de una única respuesta correcta para cada caso) y una irracionalista (como la de Ross: las decisiones jurídicas son esencial-

mente arbitrarias, esto es son un producto de la voluntad no de la razón).²⁷

En su teoría, Neil MacCormick dice que el fin de la argumentación y de la argumentación jurídica es persuadir mediante premisas que estén justificadas, y que en la argumentación sólo pueden justificarse estas premisas si están de acuerdo con los hechos y las normas que tipifican la conducta.

Ahora bien, el razonamiento lógico deductivo tiene sus límites, a los que el autor llama casos fáciles y casos difíciles.

De los casos difíciles dice el doctor MacCormick, en palabras de don Manuel Atienza, que se dan cuando el problema jurídico presenta problemas de interpretación, de relevancia, de prueba o de calificación.

Los problemas de interpretación y de relevancia afectan la premisa normativa y los problemas de prueba y de calificación, la premisa fáctica.

Existe un problema de interpretación cuando no hay duda sobre cuál sea la norma aplicable (es decir una norma de la forma $p > q$), pero la norma en cuestión admite más de una lectura.

Los problemas de relevancia plantean en cierto modo una cuestión previa a la interpretación, esto es, no cómo ha de interpretarse determinada norma, sino si existe una tal norma ($p > q$) aplicable al caso.

Los problemas de prueba se refieren al establecimiento de la premisa menor (p). Probar significa establecer proposiciones verdaderas sobre el presente y, a partir de ellas, inferir proposiciones sobre el pasado.

Los problemas de calificación o de hechos secundarios se plantean cuando no existen dudas sobre la existencia de deter-

minados hechos primarios (que se consideran probados), pero lo que se discute es si los mismos integran o no un caso que pueda subsumirse en el supuesto de hecho de la norma.

La solución de un caso difícil requiere de elementos distintos a la lógica del silogismo ($p > q$), por lo que se requiere la aplicación de doctrina, principios generales y precedentes, con la idea de que a un caso x siempre se le aplique el criterio y, es decir, el principio de universalidad que al mismo tiempo sea coherente con todo el orden legal.

Dicho en forma concisa: su tesis consiste en afirmar que justificar una decisión en un caso difícil significa, en primer lugar, cumplir con el requisito de universalidad y, en segundo lugar, que la decisión en cuestión tenga sentido en relación con el sistema (lo que significa, que cumpla con los requisitos de consistencia y de coherencia) y en relación con el mundo (lo que significa, que el argumento decisivo, dentro de los límites marcados por los anteriores criterios, es un argumento consecuencialista).²⁸

El proceso notarial instrumental como un proceso de argumentación jurídica

La labor del notario, como la conocemos actualmente, es el resultado de una lenta evolución que se ha caracterizado por el alto grado de especialización y complejidad que cada una de las épocas le han impuesto, además de apegarse a una conducta ética que hace que la sociedad confíe en la institución.

El notario actual se define como un profesional del derecho que tiene como misión dar fe y certeza a los hechos y actos de los particulares, además de colaborar como un

²⁷ Manuel Atienza. *Las razones del derecho*. ed. cit. p. 107, 113 y 115.

²⁸ *Ibidem*.

auxiliar de la justicia en los procesos en que así lo permita el orden jurídico.

Para lograr lo anterior, y como el profesional del derecho que es, el notario debe contar con todas las herramientas doctrinarias que le da la lógica jurídica y la argumentación jurídica; pues como lo define el gran jurista Cicerón argumentar es “dar razones que hacen fe de una cosa dudosa”.

Para que el notario pueda plasmar su fe en un documento que, conforme a nuestro derecho, sea prueba plena requiere hacer uso de la lógica jurídica y de la argumentación jurídica; pues, desde el punto de vista de la argumentación jurídica, el proceso notarial no es otra cosa que un proceso que busca la verdad de los argumentos generales, para que el notario los transforme en argumentos jurídicos debidamente sustentados y listos para ser sometidos a una verificación por parte de las autoridades, ya sean administrativas o judiciales.

El proceso notarial en su parte práctica (etapa previa al instrumento) inicia con la primera comparecencia, donde el notario escucha activamente a los comparecientes.

Esta primera comparecencia puede ser vista, conforme a la teoría de Perelman, de la siguiente manera: los comparecientes son los oradores, las razones de cada uno de ellos son los argumentos, y el notario es un auditorio de tipo judicial especializado, al que los comparecientes deben de persuadir respecto a la lógica y veracidad de sus argumentos.

El notario busca que se configure una sana relación argumentativa, como lo expone la teoría argumentativa de Robert Alexy, donde los oradores tengan libertad de expresarse, el auditorio (notario) es imparcial y las razones que se den sean simétricas y coherentes dentro del ámbito argumentativo (hecho o acto jurídico).

Un requisito primordial en la configuración de la relación notarial (y argumentativa) es que el notario comprenda a profundidad el lenguaje y el idiolecto de ambos com-

parecientes, para que pueda deconstruir los argumentos o razones que le ofrecen. Por lo anterior el notario debe ser cercano a la comunidad a la que sirve, para poder comprender sus valores y las modalidades propias del lenguaje de la región donde está ubicada su notaría.

El notario debe, mediante un proceso de deducción, establecer la identidad de las personas que comparecen por vez primera ante él, y delimitar precisamente la relación que tienen con el acto, o hecho jurídico, que solicitan se pase ante su fe.

Es posible que quien se está apersonando ante el notario lo haga en su calidad de otorgante, o su legítimo representante, testigo o concurrente, o que simplemente busque ser asesorado en materia legal.

La escucha activa del notario busca establecer los objetos de acuerdo con los oradores que, conforme la *Nueva retórica*, son los elementos que los oradores asumen como ciertos y reales, como son los hechos, las verdades y las presunciones.

El notario debe poder clasificar estos objetos, para después someterlos a un análisis del discurso e intentar eliminar las falacias o posibles sofismas, ya sea de términos (equivoco, anfibología, metáfora, confusión del sentido) o sofismas de ideas (falsas deducción o inducción) y evitar que su actuación sea guiada por falacias de atinencia, que se refieren a las cualidades personales de los oradores, como son los llamados a la piedad o al sentimiento popular.

La línea es muy delgada en las falacias de atinencia y por su compromiso social, el notario debe recordar siempre que, si accede a ejercer su función llamado por estos engaños, acabará haciendo un daño mayor a la sociedad a la que debe servir, así como a la institución a la que pertenece.

Ya que el notario ha escuchado, interpretado y establecido la relación notarial, debe desplegar su conocimiento

jurídico mediante la calificación y configuración jurídica, donde determina que la conducta (p) corresponde a un presupuesto comprendido dentro de la función notarial y es competente porque la conducta se materializa en el tiempo y espacio establecidos por la norma (q), por lo que puede configurar un silogismo jurídico simple al subsumir la conducta a la norma ($p > q$).

Pongamos un ejemplo: El representante de una empresa, ubicada en el municipio de Ecatepec, solicita al notario que dé fe de que las piezas y componentes de la maquinaria x han llegado a la planta de su representada.

La relación notarial es simple, un solo otorgante actuando por medio de su legítimo representante, en uno de los supuestos comprendidos por la función notarial en el ámbito temporal y espacial de su competencia.

No obstante, el proceso notarial impone que el representante legal valide sus pretensiones y nos asegure las mismas conforme lo estable la teoría de la argumentación de Toulmin; por lo que el notario solicitará: el poder del representante, la legal constitución de la empresa, el domicilio de la empresa, la legítima adquisición de la maquina x y de las piezas y componentes, el consentimiento expreso del representante para poder acceder a la planta y la declaración de un perito respecto de que, en efecto, se trata tanto de la máquina x, así como de sus piezas y componentes correspondientes.

Aun así, el silogismo jurídico fue válido pues a la conducta (p) correspondió la norma (q), pero el notario en su proceso confirmo el argumento del orador o compareciente.

Ahora veamos un ejemplo donde el silogismo jurídico no es suficiente para resolver un caso. Un representante quiere iniciar una campaña de publicidad en todos los medios de comunicación que diga que el acto de levitación de la asistente del Mago Maravilloso ha sido “certificado ante no-

tario”, por lo que le solicita al notario que acuda a la función del Mago, que se presenta en el municipio de Coacalco, donde el notario podrá dar fe de la levitación de la asistente del Mago.

La relación notarial es simple, un solo otorgante actuando por medio de su legítimo representante en uno de los supuestos comprendidos por la función notarial en el ámbito temporal y espacial de su competencia

El silogismo jurídico se configura de la siguiente manera:

La conducta (p) es la levitación de la asistente del mago.

La norma (q) establece que el notario dará fe de los hechos percibidos por sus sentidos.

Por lo tanto, si solamente se aplicara el subsunción de la conducta a la norma ($p > q$) el notario daría fe de que observó a la asistente del Mago levitar.

Ahora, si ampliamos la argumentación con los requisitos de competencia y temporalidad el silogismo concluye que: El notario da fe de que en la función de las w horas, en el municipio de Coacalco, Estado de México, la señorita z declaró que es la asistente de el llamado Mago Maravilloso y que ante su presencia levitó, por medio de la intervención del dicho Mago, medio metro sobre el suelo del templete instalado.

Como podemos ver el proceso notarial aplicado al silogismo jurídico donde la conducta se subsume a la norma, sin que ésta sea debidamente interpretada y validada en sus premisas, aún aplicado otros silogismo jurídicos, como son la competencia y temporalidad, concluirían en que el notario da por cierto el hecho presenciado por sus sentidos y que, si lo sometemos a una validación lógica de sus premisas, llegaríamos a la conclusión de que se trata de una ilusión creada por el Mago Maravilloso.

Veamos cómo el proceso de validación de los argumen-

tos propuestos por Toulmin nos conduciría a que existe un error en la lógica formal, pues no se estableció la validez de la pretensión (la levitación de la asistente), ni se dio una garantía válida a la pretensión (la asistente levita por arte de la magia del Mago Maravilloso).

Este mismo caso, visto por la Teoría argumentativa de Mac Cormick, nos llevaría a concluir que existe una problema de prueba, pues no quedó debidamente acreditada la conducta (p), la levitación de la asistente causada por la magia del Mago. Por lo anterior, si el notario aceptara dar fe del acto de levitación de la asistente del Mago Maravilloso, no podría establecer simplemente que la asistente levitó medio metro sobre el templete del teatro.

Tendría que solicitar que se le comprobara la validez de la pretensión (la levitación) y se le garantizara la misma, es decir que la levitación es debida a un fenómeno físico objetivo y comprobable.

En esas condiciones el acta notarial debería de decir que el notario κ se apersonó en el teatro s ubicado en Coacalco, Estado de México, a ruego del legítimo representante del señor c , conocido como El Mago Maravilloso, quien solicitó se diera fe de *la aparente* levitación de su asistente.

Ahora pongamos el caso de que, en efecto, el Mago Maravilloso da validez y garantía a la conducta (p) al señalar al notario los elementos físicos, objetivos y comprobables por los cuales su asistente aparenta levitar, pues requiere demandar al Mago Increíble por haber utilizado tecnología considerada como secreto industrial, que le fue revelada sin consentimiento del primero. En este último caso el notario debe buscar que su acta esté redactada de una manera precisa, coherente, y que cumpla con los principios de la lógica formal, como lo veremos a continuación, donde veremos el instrumento notarial como un argumento plasmado en un discurso escrito.

El proceso notarial, en su parte instrumental, se da una vez que el notario ha escuchado e interpretado a los comparecientes, además ya ha obtenido los diversos documentos públicos que le llevaron a confirmar su calificación y configuración jurídica, lo que, conforme con la teoría de Toulmin, significa que los argumentos de los comparecientes han sido validados y garantizados por el escrutinio de un tercero imparcial.

El instrumento notarial, visto desde la perspectiva de la argumentación jurídica, es un discurso en forma escrita que tiene como finalidad generar certeza a los actos y hechos, pues es el resultado de la comprobación hecha por el notario de los argumentos que le fueron expuestos por los otorgantes.

No obstante que el notario haya validado los argumentos de los comparecientes, estos pueden ser sometidos a una nueva comprobación por parte de la autoridad judicial o administrativa.

El resultado de esta comprobación puede derivar en la confirmación de la firmeza del instrumento o, en el peor de los casos, en su nulidad, con responsabilidad para el notario si es que hubiera cometido alguna conducta antijurídica.

La materia prima del notario en la redacción de sus escrituras y las actas notariales es el lenguaje jurídico, ya que es la interpretación legal de la voluntad de el compareciente, o los comparecientes, por lo que la redacción debe ser clara y precisa para que no deje lugar, dentro de lo posible, a ninguna interpretación distinta a la voluntad de los otorgantes o a los hechos presenciados. Es, por tanto, que el notario debe usar lógica jurídica de tipo formal al redactar su instrumento; pues el acto o hecho jurídico (a / h) se subsume a la forma notarial (fn) de una forma análoga a lo que sucede con el silogismo jurídico.

El silogismo jurídico notarial se configura de la siguiente manera:

Todo acto jurídico dentro de la competencia del notario puede ser elevado a escritura pública (fn).

El acto de los señores x es un acto jurídico donde el notario es competente (a / h).

El acto de los señores x es puede ser elevado a escritura pública (a/h > fn).

Vale resaltar que esto se puede dar porque el notario ya comprobó la veracidad de las premisas (argumentos) de los otorgantes en los pasos previos del proceso notarial.

Ahora bien, al redactar el instrumento el notario debe formular su discurso argumentativo respetando los principios formales de la lógica, a esto se le llama lógica jurídica instrumental.

Así, el notario establece la identidad de los comparecientes y el carácter que tienen en el acto (acreedor, deudor, vendedor, comprador) y por lo tanto, conforme al principio de no contradicción y tercero excluyente, no puede actuar la misma persona en el mismo acto, al mismo tiempo en el mismo sentido, pues además de ser una falacia se configura la confusión como una forma de extinción de las obligaciones.

El notario en cada uno de sus argumentos debe cumplir con el principio lógico de razón suficiente, o lo que Toulmin llama verificación de los argumentos, pero al no tratarse de un acto de autoridad que deba estar debidamente motivado; el notario no fundamenta sus argumentos en lo que sería la garantía conforme a la teoría argumentativa de Toulmin.

No obstante, como lo mencionamos, el silogismo no es suficiente cuando se trata de casos difíciles, por lo que el notario deberá tener especial cuidado en poder sustentar y garantizar cada uno de los argumentos contenidos en el documento notarial.

Conclusión

A manera de conclusión debo señalar que el notario ha evolucionado por su capacidad de adaptarse a las necesidades sociales; hoy en día la realidad es más compleja que nunca antes, por lo tanto el notario debe reconocer esta situación y nuevamente evolucionar.

El notario moderno debe concebirse hoy como un operador jurídico, que tiene un conocimiento pleno de la lógica y la argumentación jurídica, pues en ellas encuentra las herramientas intelectuales que le permiten plasmar en su protocolo la verdad jurídica de manera certera y profunda.

La integración de la lógica y la argumentación jurídica a la función notarial como herramientas intelectuales son mucho más importante que cualquier cambio tecnológico que se pueda presentar, pues las ideas son y serán la base de la institución notarial.

Bibliografía

Derecho notarial

ÁVILA ÁLVAREZ, Pedro. *Estudios de derecho notarial*. sl, Montecorvo, 1973.

BAÑUELOS SÁNCHEZ, Froylan. *Derecho notarial*. México, Cárdenas Editor y Distribuidor, 1984.

_____. *Fundamentos del derecho notarial*. México, Sista, 1992.

CARRAL Y DE TERESA, Luis. *Derecho notarial y derecho registral*. México, Porrúa, 1997.

_____. “La protección de la apariencia jurídica”. Con-

- ferencia dictada el 3 de junio de 1964 en el Ilustre y Nacional Colegio de Abogados de México.
- CASTÁN TOBEÑAS, José. *La función notarial y elaboración notarial del derecho*. sl. Instituto Editorial Reus, 1946.
- GAETE GONZÁLEZ, Eugenio Alberto. *Instrumento público electrónico*. sl, Bosch, 2000.
- GARCÍA AMOR, Juan Antonio Cuauhtémoc. *Historia del derecho notarial*. México, Trillas, 2000.
- GOMÁ SALCEDO, José Enrique. *Derecho notarial*. sl. Dykinson, 1992.
- GÓMEZ-MARTINHO FAERNA, Agosto. *La función del notario en la Unión Europea*. Madrid, Colegios Notariales de España, 1999.
- GONZÁLEZ, Carlos Emérito. *Teoría general del instrumento público*. sl, Ediar, 1953.
- IBARRA SÁNCHEZ, Ninfa Hilda. *La función notarial en el derecho mexicano*. México, Óptima, 1996.
- LARRAUD, Rufino. *Curso de derecho notarial*. sl. Depalma, 1966.
- MARTÍNEZ SEGOVIA, Francisco. *Función notarial*. sl. Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961.
- MENGUAL MENGUAL, José María. *Elementos de derecho notarial*. sl, Librería Bosch, sf.
- MORALES ALCOCER, Pascual. *El notario en su función*. sl, spi, 2002.
- MORALES, FRANCISCO DE P. *El notario, su evolución y principios rectores*. México, Asociación Nacional del Notariado Mexicano, 1994.
- _____. *Derecho notarial mexicano*. México, Asociación Nacional del Notariado Mexicano, 2000.
- PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Bernardo. *Derecho notarial*. México, Porrúa, 1997.
- _____. *Iconografía notarial mexicana*. México, Universidad Anáhuac, 1998.
- _____. *Ética notarial*. México, Porrúa, 1996.

- RÍOS HELIG, Jorge, *La práctica del derecho notarial*. México, McGraw Hill, 1997.
- SAVRANSKY, Moisés Jorge. *Función y responsabilidad notarial*. sl, Abeledo-Perrot, 1962.
- ZINNY, Mario Antonio, *El acto notarial*. sl, De Palma, 1990.

Ética, deontología, lógica y argumentación jurídica

- ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica, la teoría del discurso racional*. sl, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.
- AGUIRRE ANGUIANO, Jose Luis. *Ética y deontología notarial*. México, Suprema Corte de Justicia, 2011.
- ATIENZA, Manuel. *Las razones del derecho*. México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2005.
- CÁRDENAS GARCÍA, Jaime Fernando. *La argumentación como derecho*. México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2005.
- CARRASCO FERNÁNDEZ, Felipe Miguel. *Argumentación, estudios entorno a*. México, Popocatepetl, 2009.
- GARCÍA MAYNES, Eduardo. *Introducción a la lógica jurídica*. México, Colofón, 2006.
- HERNÁNDEZ FRANCO, Juan Abelardo. *Argumentación jurídica*. México, Oxford, 2010.
- _____. *Dialéctica y racionalidad jurídica*. México, Porrúa, 2006.
- JANEZ BARRIOS, Tarsicio. *Lógica jurídica, argumentación e interpretación*. Santiago, Universidad Católica Andrés Bello, 2008.
- MORESO I MATEOS, Joan Joseph. *Lógica, argumentación e interpretación*. sl, El Derecho, 2006.
- OTERO PRAGA, Milagros. *Cuestiones de argumentación jurídica*. México, Porrúa, 2006.

- PLATAS PACHECO, María del Carmen. *Filosofía del derecho. Análisis de proporcionalidad*. México, Porrúa, 2007.
- PLATTS, Mark. *La ética a través de su historia*. México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1988.
- PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Bernardo. *Ética del notario y del aspirante*. México, Porrúa, 2008.
- PÉREZ VALERA, Víctor Manuel. *Deontología jurídica*. México, Oxford, 2011.
- _____. *Argumentación jurídica*. México, Oxford, 2011.
- PUY MUÑOZ, Francisco y Portela, Jorge Guillermo. *La argumentación jurídica, problemas de concepto, método y aplicación*. Madrid, Universidad de Santiago de Compostela, 2004.
- RIBEIRO TORAL, Gerardo. *Teoría de la argumentación jurídica*. México, Plaza y Valdés, 2003.
- ROJAS AMANDI, Víctor Manuel. *Argumentación jurídica*. México, Oxford, 2011.
- SUÁREZ ROMERO, Miguel Angel. *Argumentación jurídica*. México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2009.
- TRUEBA BUENFIL, Fernando. *Deontología*. México, Colegio de Notarios del Estado de México, 2012.
- VÁZQUEZ SÁNCHEZ, Omar. *Teoría de la argumentación jurídica, sobre la justificación de las decisiones judiciales*. México, Universidad Autónoma de Tlaxcala, 2008.
- TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando. *Razonamiento y argumentación jurídica*. México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2007.

De la ética a la deontología notarial

Fernando Trueba Buenfil

FERNANDO TRUEBA BUENFIL,
notario público del Estado de
México.

LA DEONTOLOGÍA PODRÍA PENSARSE COMO UNA CUESTIÓN DE carácter estrictamente filosófico, una cuestión poco práctica que sólo requiere una atención desde el punto de vista académico; sin embargo, necesariamente tenemos que considerar a la deontología como el tema central, como el tema más importante dentro de la actividad notarial.

La deontología, sin duda alguna, es tan importante que representa la médula de nuestra actividad. ¿Cómo podría actuar un notario sin ella?, ¿cómo podría llevar a cabo cualquiera de los actos jurídicos que realiza en la notaría sin considerarla como esencial para su labor? Y lo mismo ocurre con cualquiera de los consejos que da. El notario no podría actuar si no estuviera impregnado por el contenido ético de su actuar. Por esta razón es fundamental que tenga presentes estos conceptos, así como la evolución y la transformación de la deontología y la ética.

Es importantísimo recordar conceptos y asumir la idea de que la deontología se tiene que estudiar a profundidad.

En medida que la médula son precisamente la ética y la deontología, tenemos que propiciar que se conozcan sus principios fundamentales, que se conozca de dónde vienen y qué se pretende a partir de ellas.

Hoy encontramos que, en esta sociedad cambiante que vivimos, existe una serie de normas, de necesidades que su dinámica ha retomado y que nosotros dentro de nuestra profesión —que es una profesión viva, en constante relación con la sociedad y que permanentemente observa los cambios de lo que se hace— tenemos que adaptar nuestro comportamiento a las exigencias sociales.

Resulta muy importante que analicemos los principios fundamentales, que los debatamos, que los reflexionemos, que los dialoguemos, que exista un intercambio de ideas, porque si bien es cierto que los notarios se preparan y se capacitan en temas científicos, su actuación tiene un gran contenido ético.

En primer término debemos asumir que el notario cumple con la normatividad que le imponen la propia *Ley del notariado* y las demás leyes que utiliza para llevar a cabo su función, pero también existen momentos en los que, por alguna circunstancia, ocurre el error, el error que no debiera de suceder, el error que no debiera de haber pasado y que, sin embargo, sucede.

Si nosotros estamos compenetrados en la deontología, con todos sus principios y valores fundamentales, la institución notarial se vuelve mucho más juiciosa y permite que esos errores no ocurran. Gracias a ellos es más fácil satisfacer nuestro importantísimo trabajo de dar seguridad y certeza jurídica —que son tendientes a lograr esa justicia preventiva— que se pretende con nuestra función.

Si nosotros logramos dar seguridad y certeza jurídica, pero no de una manera aislada y estrictamente formal, sino con la finalidad de buscar el perseguir el fin último del derecho, la justicia, estaremos cumpliendo con la labor preventiva que es fundamental en la actividad notarial para dar un nuevo brillo a la seguridad y la certeza jurídica que son fundamentales para el derecho.

Recordemos que, como bien dice Hans Kelsen, el derecho surge por una necesidad de seguridad y certeza jurídica. Y con ese valor, con ese principio, camina para lograr su fin último: la justicia. Por esta razón, la deontología preocupa al Colegio Nacional, a los Colegios de Notarios Estatales y, también, por supuesto, a la Unión Internacional del Notariado, el organismo internacional que ya tiene más de 60 años y que, dentro de sus tareas principales, se ocupa de la deontología.

Decía Ortolán, el jurista historiador, que para conocer y comprender las instituciones es necesario analizarlas en su devenir histórico: para conocer una institución jurídica debe irse a sus orígenes para comprenderla. Cuando hablamos de la deontología también tenemos que referirnos a sus antecedentes. Si bien es cierto que, de acuerdo con el tiempo que tenemos y a la capacidad de quien está haciendo uso de la voz, no es suficiente en este lapso, podemos recorrer “a vuelo de pájaro” algunos hitos de la ética y la deontología.

Hoy utilizamos un término: la ética aplicada que se refiere a las profesiones. Esto es nuevo, esto es lo moderno, lo actual, lo contemporáneo. ¿Pero qué sucede si nos remontamos 25 siglos atrás?, encontramos en Grecia, cinco siglos antes de Nuestro Señor Jesucristo, que ya existía un tratamiento al respecto. Recordemos el juramento que hace el médico cuando se titula, el juramento hipocrático. Ahí estamos viendo la importancia que tiene desde los tiempos remotos el contar con este tipo de señalamientos que deben mirarse como una piedra de toque. En ese juramento encontramos algo que pudiera ser muy sencillo, pero que tiene un gran fondo filosófico, real, práctico, pues es todo cuando se le indica al médico: no harás daño. Ese no hacer daño es un muy importante principio ético.

La filosofía griega resulta tan importante para la filosofía

occidental que existen autores, como Bernard Williams, quien afirma que todo lo que se ha hecho en la filosofía europea de los últimos años sólo es una nota a pie de página del legado de Grecia desde la teoría de Platón hasta la teoría de Aristóteles, los filósofos griegos han tenido una presencia constante en el desarrollo de la tradición filosófica occidental. Asimismo, otros autores señalan que la aportación de la teoría filosófica de los griegos es todo el concepto de filosofía. Quizás podamos considerar que esto no es tan absoluto, pero lo que sí es innegable es que tenemos que remontarnos en el pasado para percibir algunos hitos fundamentales dentro de ese quehacer.

Si recordamos a Sócrates, ese filósofo importantísimo de Grecia, pronto descubriremos que él tiene un método, la mayéutica, gracias al cual —a partir de preguntas y respuesta— separa la fuerza de la razón: el hombre —nos dice— no es más que lo que hace. Por ello no se deben discutir las cuestiones casuales, sino la manera cómo uno debería vivir. Recordemos a Sócrates cuando reconocía que no sabía nada. Se examinaba a sí mismo y a los demás. Su filosofía era más práctica que teórica y el valor moral estaba en el centro de su pensamiento; no escribió nada, todo lo platicó, pues todas sus ideas las recoge Platón y es así como lo vemos aparecer en sus *Diálogos*.

También en Platón vemos a un pensador que crea una teoría filosófica: él es el primero que habla de la ética como tal y que —con una gran técnica— aborda todos sus temas creando una doctrina de ideas. En sus libros, seguramente son los más amplios nos han legado de los filósofos antiguos, escribió sobre el conocimiento, la política, la ética, el arte, y ahí aparece una idea fundamental que debemos apuntar: el mundo de las ideas. Existen el hombre en sí, la justicia en sí y el bien en sí, esto es: una esfera de entidades ideales que están más allá de nuestro mundo.

Después Aristóteles aparece en escena. Él es discípulo de Platón y toma nota de todo lo que le platica, pero —al cabo de un tiempo— ambos inician una controversia, pues el Estagirita va en busca de otra idea, de otra doctrina. Él describe en su obra las virtudes humanas esenciales y afirma que el hombre es bueno cuando actúa conforme a las exigencias de la recta razón.

Existe un fresco en el museo del Vaticano que muchos conocen: la *Escuela de Atenas* de Rafael Sanzio, donde Platón y Aristóteles están representados en el centro de ese magnífico fresco. Se ve al viejo maestro Platón que viene caminando —a quien por cierto representa como si fuera Leonardo da Vinci— y él se encuentra a su todavía joven alumno: Aristóteles. Se ven de frente, su mirada es retardora, no están de acuerdo; y se ve a Platón con la mano en alto dirigida al Cielo, el mundo de las ideas, mientras que Aristóteles con la mano hacia abajo señala la tierra que es el mundo de la razón. La confrontación de dos pensamientos, de esos dos filósofos tan trascendentes, nos obliga a recordar el problema que tenemos actualmente con la deontología: nosotros tenemos que tomar del mundo de las ideas y tenemos que tomar del mundo de la razón para que nos lleven a un solo camino: lograr la realización de los principios éticos, y lograr alcanzar, la justicia y el bien común.

Así con esta representación de esa pintura maravillosa del gran pintor renacentista, vemos claramente la confrontación de esos dos pensamientos. El platonismo que representa un interés místico que se contrapone al aristotelismo que, con un enfoque cauto, observa la naturaleza y el ser humano, aunque el sentido ético del derecho de la verdad y de la moralidad es, en el fondo, de la mejor tradición platónica.

Demos un gran brinco en la historia y lleguemos a otra época donde se discute un punto fundamental para la ética,

me refiero a Kant, a quien muchos autores consideran como el filósofo más grande de la edad moderna. Recordarán ustedes que él basa sus ideas en el deber moral, en el imperativo categórico. Esta idea se sustenta en que el hombre debe de actuar, pero que su voluntad debe estar acorde con una ley natural, una ley universal, una ley que sea aceptada por todos sin ninguna duda. Ese imperativo categórico, esa razón práctica lo lleva a trascender. Quizá su mayor mérito sea lo logrado en el terreno de la ética con su *Crítica de la razón práctica*.

Poco después nació otro filósofo que tengo interés en mostrar brevemente: Bentham. Ustedes recordarán que él es el fundador del utilitarismo, y que formuló su principio de utilidad afirmando que hay que aumentar el bien o, lo que es lo mismo, disminuir el sufrimiento y que este es el fin de la moral. Se refiere a la intencionalidad de la acción. Mucha importancia tuvo en su momento y después se fue tratando de ver a sus ideas como una posición casi sin trascendencia. Sin embargo, a través del tiempo se ha ido rescatando el pensamiento de Bentham: la ética.

Autores de la talla de Recaséns Siches lo recogen y nos muestran cuánta razón tenía Bentham cuando señalaba que una ley, que una norma jurídica, al momento en que se aplica, tiene que tener un resultado propicio para el bien común, para el mayor de la gente. Ese utilitarismo se fue nutriendo con una serie de experiencias. Bentham recobra su importancia con el tiempo, y el utilitarismo ya no sólo será visto como la búsqueda de la felicidad para todos, sino con más trascendencia, con el fin que busca la norma jurídica, con el fin que busca la actuación de la persona al tratar de que el resultado de la acción traiga el bien común para el mayor número de personas.

Quizá sea Max Weber quien más éxito ha tenido en el análisis de la propuesta de Bentham: en 1919, en una con-

ferencia de gran trascendencia, señaló, como punto medular, al hablar de la política y el bien común, que existe una división en la ética. Sostiene Weber que existen dos tipos de cuestiones éticas: la ética a la manera de Kant, una ética de la convicción que no hace juicios y toma una determinación, pues asume el imperativo categórico y lo aplica sin discusión, sin preocuparse a dónde va, sin hacer juicios a priori, pues es de una aplicación absoluta. Por otra parte, Weber también nos dice que existe una ética que pudiéramos considerar: una ética de la responsabilidad. ¿Qué es a lo que nos lleva a esa ética de la responsabilidad? La ética de la responsabilidad es recobrar lo que decían Bentham y algunos otros autores, y llevarlo a un extremo: el ser humano en su actitud, en su actuar, en su conducta, debe de estar consciente de qué va a lograr, de cuál es el resultado que tendrá la acción que va a llevar a cabo. Weber afirma que es necesario estar consciente de buscar una ética de la responsabilidad. Su intuición ha sido exitosísima, y es muy celebrada la diferencia que estableció y seguimos manteniendo entre la ética de la convicción y la ética de la responsabilidad.

Sin duda, la actividad notarial tiene que tomar una decisión a este respecto pues, como hemos dicho, siempre está impregnado hasta la médula todo el actuar del notario, siempre está subyacente la cuestión ética en todo lo que realiza el notario. ¿Tomaremos una ética de la convicción al estilo de Kant que nos puede llevar a pensamientos casi totalitarios sobre una cierta cosa y permaneceremos inmóviles e imperturbables? o ¿buscaremos la manera más práctica de la ética gracias a la convicción que que cada día tiene más fuerza?

Yo pienso que no se debe de ser tan tajante y decir: “no a la primera y sí a la segunda”. Definitivamente es más importante y más práctico buscar la ética de la responsabilidad, comprender qué es el acto notarial y cuáles son

sus consecuencias, que analicemos su conducta y a través de ese medio de actuación, comprendamos cuáles son sus resultados y la finalidad que se alcanza.

Indiscutiblemente creo que es superior la posición de la ética de la responsabilidad. Sin embargo, pienso que el notariado debe tener una posición ecléctica, pues gracias a ella también se cuidarán los principios, lo que podemos considerar como imperativos categóricos y los tendremos presentes y no necesariamente los haremos a un lado en nuestro actuar como notarios, pues tenemos que contemplarlos para nos ayuden en la toma de decisiones. Es decir: podemos asumir la ética de la responsabilidad, pues nos importan las consecuencias y los resultados de nuestras acciones.

Creo que debemos actuar sin ser estrictamente tajantes y decir: no observemos la ética al estilo de Kant, vayamos a la ética de la responsabilidad, como nos dice Max Weber, pero siempre considerando los valores que considera por Kant como imperativos categóricos, como leyes de validez universal.

A mediados del siglo xx ocurre una nueva transformación en la ética: el pensamiento de Jean-Paul Sartre, a quienes muchos conocen más como literato que como filósofo, pero él es uno de los filósofos del existencialismo más conocidos. El existencialismo cobra gran importancia en la década de 1940: el mismo Sartre, después de la Segunda Guerra Mundial, vuelve la vida académica, a la vida filosófica, cultural, y empieza a promover una serie de pláticas donde defiende sus tesis existencialistas. Existe una muy importante: *El existencialismo es un humanismo* y en ella —que posteriormente se convirtió en un libro importante— define dos tipos de existencialismo: el existencialismo de quienes son católicos y los existencialistas que son los ateos. En los primeros encontramos a gente muy conocida, como Jasper, y en los segundos están Camus y él mismo. Es muy interesante pensar cómo, independientemente de la con-

cepción religiosa que ustedes tengan, pensamos que el ser humano viene al mundo y para unos tiene un destino, mientras que otros señalan que se tiene que crear su destino.

Sartre señala que, cuando se trata de alguna cuestión que no sea el ser humano —por ejemplo, de tallar una piedra, de hacer una mesa o de crear cualquier cosa— la persona ya sabe cuál es el fin que persigue. Si a un ebanista le encargan hacer una mesa, él toma la madera, la trabaja, la hace y la construye sabiendo que esa mesa va a servir con un fin especial. Cuando se habla del ser humano pensando que su destino es ser notario, doctor, albañil o escultor: él existe y después de existir el existencialismo existe y se va formando, labrando lo que va a ser y se convierte en alguien diferente a cualquier otro ser humano y, por lo tanto, tiene un destino diferente.

Es muy importante hablar del destino del ser humano, de ese destino que lo forja y le abre muchas maneras de ser. El ser humano no necesariamente tiene que ser bueno, pues hay de todo; pero lo importante es que pensemos que dentro de esa existencia, se empieza a ser y se empieza a buscar algo que deberá ser un fin supremo: buscar el bien común, buscar la justicia, etcétera. Esto es importante porque así es el notario, el hombre, como dice Ortega y Gasset, es él y su circunstancia, el ser humano cuando está en un momento tiene que buscar a su alrededor, tiene que analizar cuál es la circunstancia. Por esta razón es pertinente analizar cuál era la circunstancia en el mundo de los griegos y cuál es la circunstancia en nuestros días.

En su época, Sócrates tuvo un gran adelanto en su pensamiento ¿y saben por qué fue un gran adelanto?, porque decía: la justicia debe de aplicarse de manera igualitaria, porque en aquella época lo normal era que se distinguiera a enemigos y gente inferior como los esclavos y, en consecuencia, la justicia no se aplicaba indiscriminadamente, sino que era una forma

discriminada para los enemigos, para los esclavos y para los otros, los diferentes.

Como notarios, actualmente estamos rodeados por una circunstancia que necesariamente tenemos que ver y aprovechar. La ética tiene principios fundamentales que no varían, pues siempre han permanecido: hacer el bien común; sin embargo, en la manera de lograrlo, de buscarlo, de realizarlo es donde tenemos analizar el carácter deontológico. Tenemos que analizar nuestra circunstancia, no sólo para comprenderla, sino para que se transforme en un punto de apoyo, en una orientación para que ocurra la falla que nunca debió ocurrir, pues de lo que se trata es justamente de lo contrario: siempre que se tenga un punto de apoyo, una piedra de toque que sirva para la toma de decisiones, que le ilustre, que ayude en esa circunstancia, los resultados serán mejores.

En este panorama rapidísimo que hemos recorrido existe algo que debe destacarse: después de mediados del siglo pasado, en los años setenta, se retoma la ética de una manera que le da nuevos bríos y provoca una renovación. Esto es lo que se logra con lo que actualmente llaman las éticas aplicadas. La ética aplicada tiene principios generales que son de validez universal —es decir, profundamente kantianos y que valen lo mismo en México que en cualquier otro país del mundo—. Sin embargo, también existe en las éticas aplicadas una aplicación precisa para las actividades profesionales.

Así encontramos —casi como una continuidad histórica con el juramento que hacen los médicos desde hace 25 siglos— los códigos y los anhelos que todas las profesiones persiguen aunque sus finalidades concretas sean diferentes; no podemos hablar de los mismos estudios deontológicos si hablamos nosotros de la ética en un grupo de periodistas o entre los médicos, quienes fueron de los primeros que analizaron la ética aplicada.

Todo esto lo tendremos que analizar en cada una de las

profesiones, pues no podemos aplicar de la misma manera esos principios éticos, aunque no sean principios diferentes. En nuestro caso, algo que forma la esencia, la sustancia de la actividad, es la ética en todo nuestro quehacer, en nuestra búsqueda de la seguridad y la certeza jurídica. Pretendemos lograr la realización natural del derecho y eso está impregnado de ética. Gracias a la ética y los principios fundamentales puedo pensar que existen tres grandes grupos de abogados: el juez, el litigante y el notario, ellos muestran tres actividades jurídicas de gran trascendencia e importancia; sin embargo, pueden estar inspiradas por principios diferentes. Al momento de buscar la realización del derecho, un juez aplica el derecho en autonomía; cuando un abogado recibe un asunto lo enfrenta con parcialidad, pues tendrá que buscar, encaminar y defender a su cliente. ¿Y qué sucede con la actividad notarial? Nosotros vivimos una serie de principios que nos inspiran para que nosotros cambiemos para seguir siendo los mismos y, gracias a esto, mantener nuestra imparcialidad.

Por esta razón surge el interés que se tiene en cada una de las profesiones para lograr el mejoramiento del gremio, por esta causa se hacen estudios para conocer cuál es la finalidad que persigue la profesión, y lo mismo ocurre al estudiar y analizar la conducta del profesionista para que se dé en la mejor de las formas y se logre el bien común.

¿Qué consecuencia ha tenido esta renovación en la ética?, se ha generado otra manera de comprender la conducta de los profesionistas, pero una de las cosas que es necesario considerar es el empuje para que se realicen los códigos de ética, pues antes no existían y sólo se consideraban algunos principios sin un estudio sistemático y mucho menos se codificaban.

A partir de la especialización de las éticas aplicadas nacen los códigos de ética. En el sector público ya encontramos una ética pública y todas las actividades que realiza

se encuentran reglamentadas en sus códigos de ética. Por ejemplo: existe un código de ética para los funcionarios judiciales, para los jueces, para los funcionarios del Registro Público de la Propiedad.

A pesar de esta posible homogeneidad, el análisis de la ética aplicada, en concreto de la ética de la deontología notarial, tiene una serie de peculiaridades: no son los mismos retos los que enfrenta un funcionario en su comportamiento con la sociedad, que los que enfrentamos nosotros. Tenemos diferentes situaciones, existen diferentes objetivos, nosotros no tenemos una dependencia como la tiene el funcionario, en fin, una serie de circunstancias que cambian.

Esto nos lleva a buscar que estos códigos de ética sean trascendentes, importantes, que nos ayuden a conducirnos con eticidad. La Unión Internacional del Notariado ha buscado crear una teoría, una doctrina que tenga validez universal, internacional. Y, dentro de los temas que ha buscado, uno de los fundamentales es precisamente el de la deontología notarial. De hecho ya se preparó un código de ética que está pronto a salir para que sea una ley modelo que sirva de base a los notariados de todo el mundo.

Quisiera reflexionar —si no bien en todos los principios fundamentales que rigen a la actividad notarial—, sí en algunos. Recuerdo al maestro García Máynez quien nos dice cuáles son los principios fundamentales: yo pienso que tiene razón, él —quizá siguiendo el pensamiento del maestro Recaséns Siches— llegó a la conclusión de que existen tres principios fundamentales: la justicia, la seguridad jurídica y el bien común. A partir de esos tres principios fundamentales podemos fundamentar y proponer un código deontológico.

En los códigos de ética se tratan una serie de los principios fundamentales y que todos ustedes conocen muy bien, pero quiero referirme —aunque sea brevemente— a tres: el secreto profesional que es fundamental en nuestra

actividad, pues da la confianza plena para acudir con un notario y platicar todos los problemas porque sabemos que él no lo va a publicar y va a mantener esa idea del secreto profesional.

El secreto profesional también ha evolucionado. Algunos piensan que el secreto profesional debe ser absoluto, otros afirman que es relativo y hay otros más que pensamos que realmente debe de ser calificado. ¿Y calificado por quién?, calificado por el notario, no porque seamos los depositarios de la moral, sino porque somos los que sabemos y tenemos la capacidad para verlo y descubrir de qué forma lo hacemos es trascendente para el bien común.

Estoy convencido de que el secreto profesional no sólo es un deber del notario, sino que es un deber y un derecho que tiene el notario.

Estos puntos los comento porque cada día tienen más importancia: hoy vivimos cosas que antes no se vivían como, por ejemplo, el terrorismo. ¿Qué pasa con el tema del terrorismo? En este caso ninguna persona sensata pensará que se tiene que observar el secreto profesional de manera absoluta, justo como sucede en los países sajones que son más prácticos para este tipo de cosas y han establecido sus normas y su jurisprudencia en el sentido de que cualquier profesionista tiene obligación de dar cuenta de los problemas de terrorismo o de otros asuntos como el lavado de dinero. Estamos viendo que se ataca la idea del secreto profesional absoluto, pero cada día son menos los doctrinarios que siguen pensando a la vieja usanza, pues la mayoría coincide en que debe ser relativo.

Veamos cómo lo que sucede en la sociedad afecta directamente a todas las actividades y la nuestra no es excepción. Hace unos diez años ocurrió un caso sonadísimo Enron, ¿se acuerdan esa empresa multinacional, millonaria, gigantesca, que defraudó a todo mundo? ¿Qué fue lo que sucedió? En

Estados Unidos ya se publicó una ley que obliga a cualquier abogado o contador que tenga conocimiento de un movimiento que pueda contener una falsedad o afectar a la información que se tiene en la bolsa de valores, a comentarlo con la autoridad.

Y esto obliga a la transformación del secreto profesional. Hoy tenemos entre las leyes nuevas, leyes como la *Ley de protección de datos personales en posesión de particulares*. Ésta es una ley de una gran trascendencia, aunque nos llegó muy tarde, pues en Europa y prácticamente en todo el mundo ya estaba en vigencia. Pero llegó y adquirió tal fuerza tal que se transformó en un derecho fundamental del individuo.

El secreto profesional entre los notarios está regulado por la Constitución, las leyes penales, las leyes civiles y las leyes como las que nos rigen directamente, como la ley del notariado. Tenemos una serie de leyes y también tenemos principios deontológicos para la observancia del secreto profesional.

Es necesario asumir que el secreto profesional tiene una manifestación moderna, contemporánea, no frívola, una forma que le permite al notario tener la capacidad de calificar sin observar de manera absoluta el secreto profesional. Por supuesto que en este ámbito existen posturas extremas: algunos señalan que el único acto en el cual notario debe de mantener en secreto es el testamento o en el reconocimiento de los hijos. Yo creo yo que esta postura es extrema, pues debemos estar conscientes de la realidad y no debemos asumir un secreto profesional a ultranza.

¿Qué sucede?, les pregunto: si a ustedes llega un cliente, les platica alguna cuestión —no un delito, sino alguna cuestión íntima, de negocios, familiar o de cualquier índole—, posteriormente, esta plática se transforma en una escritura y después se le llama al notario a testificar en un juicio y el juez le pregunta sobre ese documento. ¿Hasta dónde

debe llegar el notario?, el notario —desde mi perspectiva— tiene el derecho a responder hasta lo que él considere razonable, por eso hablo del secreto profesional como una cuestión que califica el notario. De esta manera, si el juez le pregunta sobre la escritura, el notario necesariamente deberá responder, pero no revelar lo que le platicó su cliente, pues faltaría al secreto profesional.

Hoy también tenemos nuevas leyes que aún no entran en aplicación al cien por ciento —como es el caso de la llamada ley del lavado de dinero— donde el secreto profesional también se modifica.

La modernidad que se revela en la sociedad de la información también ha transformado al secreto profesional: todos los avisos que damos a través de la red, todo lo que mandamos nos coloca ante una nueva realidad que antes era imposible pensar. Justo como nos ocurre en los casos del impuesto sobre la renta, las operaciones celebradas, la constitución de las sociedades, etcétera.

Otro tema fundamental que también ha cambiado es el de la imparcialidad. Cada día es más frecuente que le llegue al notario un proyecto de escritura, este es el caso —por ejemplo— de los que trabajan con un banco, cuyos representantes le dicen: “Vas a hacer una escritura, pero con este modelo”. Si el notario no acepta este proyecto, simplemente pierde al cliente y los representantes del banco acuden con otro notario que acabará aceptándola.

¿Qué pasa con las operaciones llamadas masivas?, con todas las operaciones de interés social. ¿Dónde está la imparcialidad del notario? Yo creo que el notario le da confianza a esas escrituras, este hecho explica por qué veamos desaparecer muchas instituciones mientras que el notariado permanece, esa es, precisamente, nuestra imparcialidad.

El notario no tiene un cliente fijo y un cliente eventual, los dos llegan, los dos están en igualdad de circunstancias; es

más estoy convencido que el notario no debe tener clientes grandes o clientes chicos; incluso, no debe elegir a sus clientes por la cantidad de trabajo que le pueden llevar. Y también —dentro de esa imparcialidad a la que nos obligan las leyes— existe una certeza de los casos en los cuales nos debemos de excusar, pues en ellos no se nos permitiría actuar con imparcialidad.

La imparcialidad es importantísima: el notario debe estar conciente de la asimetría informativa, debe esforzarse por lograr la paridad de las partes, así como por aconsejar, buscar, aclarar, aconsejar para que estén las partes en igualdad de condiciones. Esto que se dice tan rápido es fundamental en nuestra actividad. Eso y el explicar profundamente el contenido de una escritura. Hay que buscar, hay que hacer, hay que tratar de lograr todo esto, es fundamental robustecer y mantener nuestra imparcialidad. No menos importante que los factores antes señalados son la probidad de la persona, la honradez, el hacer el bien, el cumplir con las cosas como debe de ser, esto es lo que permite equiparar a las partes, la probidad, sin duda alguna resulta muy importante, fundamental.

Si nosotros hablamos de principios fundamentales de la actividad notarial, si hablamos de los valores que son esencia del notariado, no podemos aislarlos para estudiarlos; al actuar tampoco podemos respetar un principio y otro no. En el actuar del notario todos los principios fundamentales están íntimamente unidos, no se puede actuar con probidad y faltar a la imparcialidad. ¿Cómo podemos ser imparciales si no respetamos el secreto profesional, la probidad, la honradez o cualquier otro principio que ustedes busquen? ¿Cómo podemos brindar seguridad y certeza jurídica si no es entrelazando los principios fundamentales de la actividad notarial?

La deontología es el principal tema de los notarios, es aquello que nos ha permitido llegar a dónde hoy estamos.

Nosotros tenemos que estudiar, que cambiar, que evolucionar, tenemos que ser capaces de intuir lo que viene. Antes no se estudiaba deontología, pero hoy es una cuestión medular, algo parecido a lo que nos sucedió con la ecología que se ha transformado en un asunto total.

Nosotros enfrentamos nuevas cuestiones: lavado de dinero, protección de datos personales o la dispraxis. Por esta causa, la actuación de un notario tiene que ser coherente, tiene que ocurrir sin que se tenga conducta negativa, no debe existir ningún asomo de dispraxis en él o en sus empleados. Detengámonos un momento en el lavado de dinero: cada día existe una comunicación más importante entre los países sobre este asunto, y nosotros estamos obligados a una preparación permanente para afrontar esta nueva realidad con las nuevas leyes que impactan en nuestra actuación.

Evidentemente, tampoco podemos dejar de lado la dimensión social de la función notarial: no sólo esa función social que realizamos todos los días al bajar los honorarios como una muestra de apoyo y solidaridad, sino que tiene que ir más allá, tiene que ser creadora.

Nosotros como una profesión viva, como una profesión en permanente relación con la sociedad, como una profesión útil a la sociedad, tenemos la fortuna de escuchar a las personas que nos cuentan su problemática: tenemos información de primera mano sobre las necesidades de la sociedad y nosotros estamos obligados a presentar nuevas figuras jurídicas que puedan dar satisfacción a los que tienen algún problema económico o problemas de capacidades o incapacidades. En fin, de lo que se trata es de buscar esa aportación en la función notarial.

Uno de los principales estudios que lleva a cabo la Unión Internacional del Notariado se lleva a cabo en la Comisión de Deontología, donde —en octubre del año pasado— se estableció un código deontológico notarial que se discutió

en el Consejo General celebrado en San Petersburgo y, en el Congreso Internacional que se llevó a cabo en Perú, se aprobó por la Asamblea General de Países Miembros y se hará del conocimiento de todos los notarios a través de sus propios Colegios o agrupaciones notariales. La Unión Internacional tiene 60 años estudiando y analizando la función notarial, creando la doctrina internacional del notariado y, específicamente en el caso de la deontología, ha realizado avances muy importantes. En este código se contienen un desarrollo y una actualización de los principios fundamentales del notariado latino, así como los principios de deontología notarial aprobados por la asamblea de Notariados Miembros de la Unión Internacional del Notariado.

La visión de la Unión Internacional es establecer una ley modelo, un instrumento que sirva a los notariados de todos los países como modelo legislativo. Esta ley modelo añade a los valores tradicionales del notariado —como imparcialidad, independencia y confidencialidad— los valores éticos que surgen como consecuencia de las exigencias de la realidad social —el medio ambiente, del lavado de dinero, la protección de datos personales, etc.—. Este código presenta reglas de organización y normas deontológicas. Se refiere a su función y a su organización, al tiempo que define qué es el notario, etcétera. De igual manera analiza cuál es la relación del notario con el Estado, con la autoridad, con los otros notarios, con sus clientes, con sus empleados y también estudia la relación que tiene el notario con su colegio. Y en él se busca algo muy importante que pocos códigos tienen: la aplicación de sanciones, que señala de manera precisa, casuística.

Un código de ética nos orienta, nos ayuda a no cometer errores, nos sirve de piedra de toque para realizar alguna acción, por esta razón necesariamente debe de tener un capítulo donde se establezcan cuáles son las infracciones: no

porque no las sepamos, sino porque es importante tener de una manera casuística cuáles son las faltas que pudieran ser consideradas leves, graves o muy graves. Y también debe contar con un procedimiento para aplicar una sanción si se violó algo que es leve, grave o muy grave. Y como los colegios no tienen el *imperium* para aplicar las sanciones, se debe de establecer, además de una reprimenda para el notario, la posibilidad de comunicarlo a la autoridad, a quien ejerza la función de supervisión del notariado para que aplique las sanciones que puedan llegar hasta la suspensión del cargo.

A grandes rasgos podemos decir que eso es lo que deben de contener los códigos. Pudiéramos resumir señalando lo siguiente: la actividad del notario debe estar regulada por la ética, porque la ética permite que subsista el notariado, sin ese comportamiento ético no existiría el notariado, por lo cual es fundamental observarlo.

Bibliografía

- AGUIRRE ANGUIANO, José Luis. *Ética y deontología notarial*. México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2011.
- APARISI MIRALLES, Ángel. *Ética y deontología para juristas*. Pamplona, Eunsa, 2008.
- BETANZOS, Eber. *Introducción a la ética*. México, Porrúa, 2012.
- CIANCIARDO, Juan. *Razón jurídica y razón moral*. México, Porrúa / Universidad Austral, México, 2012.
- DE LA TORRE DÍAZ, Francisco Javier. *Ética y deontología jurídica*. Madrid, Dykinson, 2000.
- DELGADO DE MIGUEL, Juan Francisco. *Deontología notarial*. sl, Consejo General del Notariado Español, sf.
- Diccionario de ética y de filosofía moral*. México, Fondo de Cultura Económica, 2001.

DOXA
DE LA ÉTICA
A LA DEONTOLOGÍA
NOTARIAL

- GARVEY, James y Jeremy Stangroom. *La historia de la filosofía*. México, Taurus 2012.
- GONZÁLEZ, Juliana. *Ética y libertad*. México, Fondo de Cultura Económica, 1997.
- HIRSCHBERGER, Johannes. *Breve historia de la filosofía*. Barcelona, Herder, 1974.
- La filosofía Karl Jaspers*. México, Fondo de Cultura Económica, 1970.
- NEMESIO, Antonio. *La deontología y el ejercicio notarial*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2000.
- RECASENS SICHES, Luis. *Direcciones contemporáneas del pensamiento jurídico*. México, Editorial Nacional, 1981.
- SARTRE, Jean-Paul. *El existencialismo es un humanismo*. Barcelona, Edhasa, 2009.
- VOLPI, Franco. *Enciclopedia de obras de filosofía*. Barcelona, Herder, 2005.

LEX

La importancia de la mediación en el ámbito notarial

Martha Camargo Sánchez

MARTHA CAMARGO SÁNCHEZ,
magistrada, directora general del
Centro Estatal de Mediación,
Conciliación y Justicia
Restaurativa del Poder Judicial
del Estado de México.

*Difundir la cultura de la paz y del perdón es tarea de todos.
Es y debe ser nuestro compromiso.*

Introducción

“No basta con hablar de paz, uno debe creer en ella y trabajar para conseguirla”. Sabio pensamiento de Eleanor Roosevelt en el que los mexiquenses coincidimos ya que se compagina con el contenido de nuestra *Ley de mediación, conciliación y promoción de la paz social* para el Estado de México que entró en vigor el primero de enero de 2011, por la iniciativa de ley presentada por el entonces gobernador constitucional licenciado Enrique Peña Nieto a la LVII Legislatura del Estado, quien con beneplácito la aprobó y sancionó en todos sus términos, publicando la misma el 22 de diciembre de 2010, en donde se establece que todos los habitantes del Estado de México, tenemos el derecho a una educación para la paz y para recurrir al diálogo, la negociación, la mediación, la conciliación y la justicia restaurativa para la solución de conflictos.

Una filosofía que pudo retomarse en nuestro Estado, a raíz de la importante reforma al artículo 17 constitucional del año 2008, en donde finalmente los métodos alternos de solución de conflictos se elevan a rango constitucional al señalarse en su párrafo cuarto que: “Las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias. En la materia penal regularán su aplicación, asegurarán la reparación del daño y establecerán los casos en los que se requerirá supervisión judicial”. Disposición constitucional que tuvo como motivación la idea de establecer mecanismos alternativos que se traduzcan en una garantía de la población para el acceso a una justicia pronta y expedita, que permitan cambiar el paradigma de la justicia retributiva y con ello se logre una participación mucho más activa de la población para encontrar otras formas de relacionarse entre sí, privilegiando el diálogo y la responsabilidad personal, así como el respeto por el otro.

La ley estatal en comento, que es de orden público e interés social y tiene por objeto primordial fomentar la cultura de la paz y de restauración de las relaciones interpersonales y sociales, a través de los métodos de solución de conflictos entre la sociedad mexiquense, haciendo factible el acceso de las personas tanto físicas como jurídicas colectivas a la mediación, la conciliación y los procesos restaurativos. Se fijan además los parámetros para que se incluyan en los programas educativos oficiales, métodos que fomenten la utilización del diálogo, la negociación, la mediación, la conciliación y los programas de justicia restaurativa, siendo de importancia total la atención a los grupos que conforman la identidad cultural y conciencia histórica de nuestra entidad, mediante la inclusión de medios alternos de solución de conflictos en su propia lengua, a fin de fomentar una cultura de paz, diálogo y reflexión en el seno de su invaluable cosmovisión y por ello en 2011, se tradujo nuestra *Ley de mediación* a las cinco lenguas indígenas reconocidas en la *Ley de derechos*

y cultura indígena del Estado de México: matlazinca, nahuatl, otomí, tlahuica y mazahua.

En este ordenamiento además, se prevé la creación y regulación del Centro Estatal de Mediación, Conciliación y Justicia Restaurativa, dependiente del Consejo de la Judicatura. Mismo que tiene como misión ser un órgano comprometido con la sociedad mexiquense, facultado para coadyuvar en la solución de conflictos a través de los métodos alternos, difundiendo la cultura de la paz y del perdón como responsabilidad social. Cuya visión se basa en la consolidación como organismo auxiliar de un Poder Judicial de vanguardia, reconocido y eficiente en el cumplimiento de su función de fomentar la cultura de la paz y de restauración de las relaciones interpersonales y sociales y que tiene a su cargo la rectoría de la mediación, la conciliación y de la justicia restaurativa en el sector público y privado en el Estado.

Por ello entre nuestras atribuciones se encuentra la de capacitar, certificar, registrar y autorizar a los mediadores, conciliadores y facilitadores públicos y privados.

La mediación como método alternativo de solución de conflictos

Nos referiremos en particular en este artículo a la mediación como uno de los métodos alternos de solución de conflictos que establece nuestra ley, ya que es la figura autocompositiva que se encuentra regulada también para los notarios del Estado de México en su ley notarial, misma que se define de acuerdo a la *Ley de mediación, conciliación y promoción de la paz social para el Estado de México* en la fracción VII del artículo 5, como “El proceso en el que uno o más mediadores intervienen facilitando la comunicación, con objeto de que ellos construyan un convenio que dé solución plena, legal y sa-

tisfactoria al conflicto”.¹ Además de esta consideración legal que define al proceso mediacional, de manera puntual y acertada el doctor Raymundo Gándara en su obra *Teoría del acto de mediar* señala que la mediación es un acto epistémico que propone a los conflictuales el cuestionamiento desde los mismos y para ellos mismos de un asunto conflictual específico en el que coincidan sus diferencias así como sus pretensiones y las posibles soluciones reales que den fin al problema.²

Asimismo nos ilustra el doctor Héctor Hernández Tirado respecto a lo que para él es la mediación al señalar que se entiende como un procedimiento voluntario, informal, confidencial e integrador, a través del cual un tercero, imparcial y alterutal, interviene para ayudar a las partes en conflicto a trabajar cooperativamente, intentando lograr un acuerdo mutuamente satisfactorio o al menos aceptable para ellos.³

Nos señalan el doctor Pesqueira y la doctora Ortiz que la mediación da cabida a la democratización familiar, de las escuelas y las comunidades, con lo cual se rompen patrones de conducta, estereotipos y concepciones jerárquicas, y sus integrantes toman conciencia de que los conflictos abordados a través del diálogo y la tolerancia producen condiciones para relaciones armoniosas.⁴

Luego entonces podemos señalar que la mediación, como proceso autocompositivo, permite que las partes due-

¹ *Gaceta del Gobierno del Estado de México*, número 47 del 22 de diciembre de 2010 donde se publica la *Ley de mediación, conciliación y promoción de la paz social para el Estado de México*.

² Raymundo Gándara. *Teoría del acto de mediar*. México, Funda, 2009, p. 90.

³ Héctor Hernández Tirado. *La argumentación en los procesos de mediación*. México, Unison, 2008, p. 25.

⁴ Jorge Pesqueira Leal y Amalia Ortiz Aub. *Mediación asociativa y cambio social. El arte de lo posible*. México, spi, 2010, p. 193.

ñas de su conflicto, a través de una comunicación, no violenta decidan la manera en que quieren resolverlo, con ayuda de un experto llamado mediador.

Elementos y características de los procesos de mediación

En estas aportaciones, podemos encontrar los elementos y características principales de los procesos de mediación, que a continuación analizaremos:

☞ Las partes son guiadas por un tercero llamado mediador, sin embargo aquéllas son quienes buscan, encuentran y eligen las formas de solucionar el mismo.

☞ Las partes tienen una intervención conjunta con el tercero, no actúan de forma autónoma ni personalista, ya que mediante las técnicas adecuadas que aplica el mediador, van comprendiendo el pensar, sentir y actuar del otro.

☞ El tercero debe ser un experto en la materia de mediación, independientemente del área profesional que desempeñe, ya que no existe impedimento en nuestra ley estatal respecto a alguna profesión específica.

☞ No existe un proceso predeterminado, debido precisamente al principio de flexibilidad, el mediador y los mediados pueden ir dando los tiempos, espacios y ritmos necesarios a su propio proceso.

☞ El proceso de mediación puede terminar en el momento en que lo dispongan las partes ya que de ellas es el conflicto y por tanto la decisión de su inicio y término.

☞ Pueden ser una o varias sesiones en grupo o individuales, dependiendo de la naturaleza y complejidad del conflicto.

☞ No es necesario acudir asesorado, ya que las partes pueden resolver su conflicto de manera directa, lo que no impide que tengan asesoría jurídica si así lo solicitan e incluso tampoco existe impedimento para que los abogados estén presentes en la sesión de mediación, siempre y cuando se cuide el equilibrio entre las partes.

☞ Coadyuva a la despresurización de la carga judicial manejada en las instancias judiciales, lo que produce un sensible alivio en la procuración y administración de justicia.

Principios de la mediación

Estos procesos deben llevarse a cabo bajo determinados principios que legitiman a la mediación como un método *ad hoc* para disolver los conflictos de manera pacífica y que la propia *Ley de mediación, conciliación y promoción de la paz social para el Estado de México* contempla en su artículo 20:⁵

I. La voluntariedad. Basada en la libre autodeterminación de las personas para sujetarse a los métodos

Ello implica que nadie puede ser obligado a participar en un proceso de mediación. Es a través de procesos de proceso explicativos y reflexivos como el mediador, el trabajador social o el secretario operativo, pueden convencer a las

partes —sea solicitante o invitado—, a participar en un proceso de mediación para evitar el desgaste, el gasto y el costo perjuicio de un proceso jurisdiccional y sobre todo de una relación interpersonal.

II. La confidencialidad. Conforme al cual no debe divulgarse lo ocurrido dentro de los procesos de mediación, conciliación o de justicia restaurativa, excepto con el consentimiento de todos los participantes o involucrados

Este principio logra que las partes se sientan tranquilas y cómodas dentro de una sesión de mediación para expresar sus sentimientos, pensamientos y emociones, sin temor a que lo manifestado pueda conocerse, divulgarse o utilizarse en su contra en algún otro juicio.

Solamente cuando todos los participantes en un proceso de mediación estén de acuerdo con la publicidad de lo hablado y acordado en un proceso de mediación, podrá el mediador difundir su contenido, ya que de lo contrario incurriría en una responsabilidad.

III. La neutralidad. Los mediadores-conciliadores y facilitadores, no deben hacer alianza de ninguna naturaleza con los interesados en los métodos previstos en esta ley

Es un principio que va mucho más allá de que el mediador se mantenga solamente a la expectativa sin involucrarse con alguno de los protagonistas, ya que como bien lo señala el magistrado Hernández Tirado, el mediador debe tener la capacidad para sentir, entender y comprender a los mediados sin distinción y sin privilegios de ningún tipo, pero acompañando a ambas partes en la misma sintonía.

⁵ *Op. cit.*

IV. La imparcialidad. Los mediadores-conciliadores y facilitadores, no deben actuar a favor o en contra de alguno de los participantes en los métodos previstos en esta ley

Es en este principio que se pondera la necesidad inexcusable de que el mediador deba estar emocionalmente equilibrado para no permitirse la inclinación hacia alguno de los mediados, debido a cargas existenciales, por ello es trascendental que el mediador antes de pretender ayudar a otro, se haya sanado hasta donde sea posible tanto emocional como psicológicamente a fin de no dejarse influir por sus historias de vida en medio de algún conflicto sometido a su colaboración.

V. La equidad. Consiste en generar condiciones de igualdad con responsabilidad y ponderación, para llegar a un equilibrio entre las prestaciones, intereses y necesidades de los interesados

VI. La legalidad. Consistente en que la mediación, la conciliación y la justicia restaurativa, tienen como límites la ley, la moral y las buenas costumbres

Sin embargo, además de este marco legal también encuadra el principio de flexibilidad, ya que si bien existe un sustento legal que regula los métodos alternos de solución de conflictos, también lo es que en estos procesos no se siguen tantas formalidades, plazos y términos como se llevan en un proceso jurisdiccional, sino que se busca la comodidad y satisfacción de la necesidad de ambos mediados para lograr sincronía en las sesiones y en la forma y lugar para su desarrollo a fin de que ellos, como protagonistas del conflicto, encuentren todas las facilidades para lograr la

solución del mismo, cuidándose desde luego las formalidades que las leyes de la materia señalan.

VII. La honestidad. De acuerdo a este principio, el mediador-conciliador y facilitador, debe reconocer sus capacidades y limitaciones para llevar a cabo los métodos, previstos en esta ley

Ello implica que si el mediador, antes o durante el conocimiento de un conflicto, se siente limitado, confundido o inclinado hacia alguna de las partes, debe hacerlo saber a su superior para efecto de dejar de conocer de ese asunto y turnarlo a otro mediador.

VIII. La oralidad. Consistente en que los procesos de mediación, de conciliación y de justicia restaurativa, se realizarán en sesiones orales sin dejar constancia ni registro alguno de las declaraciones o manifestaciones de las partes

En un proceso de mediación, las sesiones se llevarán en forma privada y todo será de manera verbal, sin grabaciones, audio o fotografías que puedan vulnerar el principio de confidencialidad, por tanto no existe ningún documento escrito en el expediente, salvo el convenio al que lleguen las partes.

IX. El consentimiento informado. El que se refiere a la completa comprensión de las partes sobre los principios, naturaleza, fines y compromisos de la mediación, de la conciliación y de la justicia restaurativa

Para efectos de que las partes estén perfectamente enteradas de la naturaleza y alcances de un proceso de mediación, el

mediador en la sesión inicial, deberá hacerles saber explícitamente respecto a estos puntos, a fin de que asuman responsablemente su participación, lo que se plasma en un documento que los participantes firman en forma voluntaria.

Cualidades y habilidades del mediador

Bajo estos principios y el contexto humanista y sensible de los procesos de mediación, es indispensable que el mediador cuente con innumerables cualidades, valores y habilidades que le permitan conocer, manejar y tener éxito en una sesión de mediación para lograr disolver de fondo el conflicto que las partes le ponen a consideración. Algunos de estos atributos que se consideran esenciales son los siguientes:

☞ Debe ser una persona sensible en el área social y humanística, con una amplia disposición para trabajar en equipos multidisciplinarios en búsqueda de la disolución de conflictos, resaltando la importancia de la no violencia para alcanzar la cultura de la paz.

☞ Es esencial que tenga un espíritu tolerante ante la diversidad y las diferencias de otros. con las habilidades de escucha activa, empatía y creatividad para buscar la solución de conflictos a través del diálogo no violento y la responsabilidad de su contexto.

☞ Una habilidad importante se encuentra en el arte de argumentar para la exposición de conocimientos adquiridos, capacidad de análisis y síntesis, correcta redacción y coherencia expositiva oral y escrita.

☞ Por excelencia la ética profesional en las relaciones

que sostenga para promover y fomentar las buenas prácticas de responsabilidad social, lo que conlleva a tener capacidad para manejar información, despliegue y síntesis de la misma con fines de toma de decisiones basadas en hechos y datos.

☞ Debe ser una persona bondadosa, para poder empatizar con sus semejantes, siendo sincero, comprensivo y compasivo, lo que le permitirá tener paz interior y desactivar las actitudes hostiles y destructivas de los mediados.

Bondades y ventajas de la mediación

Es importante también mencionar las bondades y ventajas de la mediación, tanto frente a un desgastante y costoso proceso heterocompositivo, como cuando aún no tenemos la necesidad de acudir a una vía jurisdiccional para resolver nuestras diferencias, mencionando algunas de ellas y seguramente habrá otras muchas más que falten por descubrir:

☞ La riqueza, fuerza y resultado positivo de la mediación independientemente del modelo o enfoque que aplique, radica en que las propuestas de solución solo pueden surgir del dialogo entre las partes.

En este contexto los mediadores tienen vedado sugerir directa o indirectamente alguna alternativa y es precisamente este factor que convierte a la mediación en un arte, ya que es el potencial creativo de los mediados el que colocara sobre la mesa alternativas de solución y a partir de estas, ellos mismos construirán las soluciones.

☞ El solo hecho de que las partes sean quienes determinen por sí mismos sus soluciones, los lleva a comprometerse en su cumplimiento.

☞ Es un método mucho más rápido y económico comparativamente con un largo y desgastante proceso jurisdiccional, que además no deja cicatrices en el ánimo de los protagonistas.

☞ El convenio que se firma además de tener la calidad jurídica de una sentencia ejecutoriada, ya que surten efectos entre las partes con la misma eficacia que la cosa juzgada, y son ejecutables en caso de incumplimiento, en la vía de apremio, cuando se acredita que intervino un profesional certificado legalmente por el Centro Estatal y que aquellos cumplen con los requisitos de fondo y forma establecidos en las disposiciones legales de nuestra entidad.

☞ Son medios no adversariales donde se puede lograr llegar a un acuerdo justo, equilibrado en el que las partes entiendan que ceder no es perder.

☞ Son auxiliares y complementarios de la función jurisdiccional, ya que no pretenden sustituir la calidad de garante del Estado ni que los procesos jurisdiccionales dejen de existir, sino caminar de la mano con la función de administrar y procurar justicia y acercar a la ciudadanía una justicia de proximidad.

☞ Son procesos que nos ayudan a construir un camino hacia la cultura de la paz, puesto que se produce un reaprendizaje en formas de comunicación no violenta.

☞ En estos procesos no adversariales, se privilegia sobre todo la voluntad y diálogo, ya que los protagonistas deciden lo que necesitan para sentirse en paz.

☞ No se realizan denuncias, ni se aportan pruebas,

por lo que los mediadores no pueden ser llamados como testigos o peritos y ello consolda aún más la credibilidad de los procesos bajo el principio de confidencialidad.

☞ Existe un aumento en el protagonismo de las partes que intervienen, lo que aumenta la responsabilidad de éstas al dejar de ser simples espectadores y satisface su necesidad de reconocimiento y escucha.

☞ Facilita la comunicación entre las partes, para que mediante la escucha activa de cada uno de ellos puedan obtener la resolución pacífica de los conflictos, clarificando éstos en cuanto a las posiciones, intereses y necesidades de las partes.

Importancia de la mediación en la función notarial

En la inteligencia de que la justicia alternativa, merece ser considerada como parte imprescindible del desarrollo de nuestro Estado, con el objetivo de convertirse en una constante para los ciudadanos, es de importancia total que la función notarial en el Estado de México, siendo de orden público, se encuentre facultada para mediar los asuntos relacionados con su importante función, de acuerdo a lo establecido en la *Ley del notariado* para el Estado de México, vigente desde el 16 de junio de 1937, en conflictos sensibles cuya materia es trabajar con la verdad, donde el notario como mediador puede impedir que se perjudiquen no solamente bienes muebles, sino que se resuelvan diferencias que afectan la seguridad, la tranquilidad o la salud de las personas que habitan un inmueble, que sean vecinos, copropietarios y más aún tratándose de familias nucleares o extensas, cuando se dilucidan cuestiones tan delicadas como sucede en materia de sucesiones.

Así lo establece la *Ley del notariado* del Estado de México que, en su artículo 5, señala que el notario tiene a su cargo, en los casos en que no estén encomendadas expresa y exclusivamente a las autoridades, las siguientes funciones de orden público que le soliciten los interesados: “[...] iv. Tramitar procedimientos de arbitraje o mediación”.

Asimismo en su artículo 77 se señala que las actuaciones de los notarios en materia de arbitraje y mediación se asentará en su protocolo. Y el artículo 78 se establece que los honorarios de los notarios que se desempeñen como árbitros o mediadores, se fijarán por convenio con quienes soliciten sus servicios, a falta de convenio, se aplicará el arancel.

De igual forma, se refiere en el artículo 129 de la citada ley que los notarios podrán desempeñar funciones de arbitro o de mediador y conocerán de los asuntos que les soliciten los interesados conforme a los compromisos respectivos, observando para su trámite las formas y restricciones que fije el *Código de procedimientos civiles* para el Estado de México, el *Código de comercio* y otras leyes.

Qué importante resulta entonces, que los notarios puedan auxiliar a las partes en la disolución de sus conflictos. Que logren hacerlas comprender que en lugar de una batalla de intereses, de una experiencia negativa o una lucha de poder puedan verla como una oportunidad para crecer mutuamente, para cambiar positivamente para fortalecer una relación familiar, vecinal, condominal o de cualquier naturaleza en lugar de destruirse mutuamente.

Su labor en los procesos de mediación notarial, contribuye a que las partes que estén involucradas en un conflicto —sean principales, secundarias o intermediarias— de intereses o de valores, puedan cambiar sus posiciones iniciales —lo que al principio creen que quieren y por lo que luchan— hacia una visión de empatía con el otro, para el otro y por un nosotros. Ello les permitirá apreciar sus necesidades y

percibir sus sentimientos, deseos, preocupaciones y creencias profundas que influyen decisivamente en la coconstrucción del conflicto, pero que son los elementos torales que el mediador debe conocer, percibir y comprender, para poder deconstruirlo y que las partes involucradas logren la coconstrucción de las soluciones que les permitan volver a sentir paz, a vivir en armonía y a crecer integralmente en lo individual y en su conjunto.

Por ello es vital que en la labor de la mediación notarial, no solamente se busque una solución pronta y superficial del conflicto, sino que se encuentren y se ataquen las causas primarias de los conflictos, trátense de bienes en juego, de cuestiones territoriales (literales o psicológicas), de relaciones interpersonales implícitas o de un choque de personalidades, para que pueda realmente disolver el conflicto de fondo y éste no vuelva a surgir tarde o temprano o finalmente deécomo resultado el incumplimiento del convenio que se ha logrado.

La facultad que le otorga la ley al notario público para fungir como mediador es trascendental, ya que por mandato de la ley asume un apostolado para tener los conocimientos necesarios que le permitan avenir a las partes mediante procesos de reflexión y comunicación no violenta —ya sea digital o analógica— potencializando los aspectos que favorecen la comunicación asertiva y derribando las barreras que dificultan a las partes poder escucharse, respetarse y entenderse, sin prejuzgar o criticar, sin anteponer sus prejuicios y sin buscar protagonismos, ya que tienen bien claro que el conflicto pertenece a las partes únicamente.

Resulta entonces primordial formar a los notarios de la entidad, en esta sensible área de los métodos alternos de solución de conflictos, a fin de dotarlos de los conocimientos científicos, técnicos y metodológicos en soluciones alternas al conflicto, que les permitan adquirir las competencias específicas para contribuir a fomentar la cultura de la paz y

de restauración de las relaciones interpersonales y sociales entre los mexicanos.

Es reconfortante encontrar eco sensible en los integrantes del Colegio de Notarios que al día de hoy se encuentran cursando el Diplomado en Mediación y Conciliación para Notarios del Estado de México. En este contexto estamos trabajando con competencias encaminadas a desarrollar conocimientos teóricos y prácticos en el acto de mediar, en estudios de la paz y la no violencia, vinculando la filosofía y la teoría de la mediación para aplicarla en los conflictos que se presenten en su diaria labor notarial.

Además de ello, se construye una sólida formación jurídica en métodos alternos, en teoría de la comunicación y procesos dialógicos, se reconstruye el conflicto para entender su dinámica y se fortalecen las herramientas, técnicas y habilidades para una comunicación asertiva y empática, que les permita abordar los procesos de mediación y conciliación con los elementos pertinentes para la solución de problemas del contexto.

Consideraciones finales

A los notarios como a las instituciones públicas y privadas en el Estado de México, nos une una misma conciencia social y estamos comprometidos para promover el bienestar de los mexicanos, mediante las acciones necesarias que faciliten e impulsen la solución de sus conflictos familiares, vecinales y comunales, a través del diálogo pacífico que fluye en los procesos de mediación, los cuales se fundamentan en la bondad, la paz y la concordia, cumpliendo así con la función primordial de garantizar el estado de derecho, al permitir a los ciudadanos el acceso a un sistema de justicia más eficaz y más humano, que por su flexibilidad, voluntariedad y con-

fidencialidad, se ha constituido en parte imprescindible de la vida jurídica de los mexicanos.

Por ello, el cambio cultural de una actitud adversarial frente al conflicto, hacia una conducta colaborativa, es un gran reto que implica la responsabilidad moral y legal de todos los que participamos tanto en la formación como en la aplicación de estos métodos alternos, para poder transformar nuestra sociedad en un grupo armónico, donde la unión familiar, la solidaridad y el respeto a las autoridades, den como resultado el poder vivir con tranquilidad, seguridad y libertad.

Por ello es tan importante la tarea de proximidad que esta realizando el Estado mexicano en materia de métodos alternos de solución de conflictos —conocida precisamente como justicia de proximidad— ya que entre más instituciones públicas así como mediadores privados puedan aprender de la filosofía, de la teoría del acto de mediar, de la cultura de la paz y la no violencia, de sus herramientas, técnicas y habilidades, estaremos dándole a la ciudadanía una mayor opción entre dos caminos que pueden contribuir a que exista un sistema de justicia más eficaz y más humano, en donde las personas tengan acceso de manera más satisfactoria y den solución a sus conflictos de acuerdo con sus intereses, necesidades y valores, disolviendo de fondo el conflicto planteado para que éste no vuelva a repetirse, con el auxilio humanista y desinteresado de expertos en métodos alternos de solución de conflictos que buscamos una sociedad armoniosa.

Ley para uso de medios electrónicos en el Estado de México

Carlos Otero Rodríguez

CARLOS OTERO RODRÍGUEZ,
notario público del Estado de
México.

EL 12 DE AGOSTO DE 2010 FUE APROBADA POR LA CÁMARA DE Diputados del Estado de México, la *Ley para el uso de medios electrónicos del Estado de México*, la cual fue promulgada y publicada el 3 de septiembre de 2010, entrando en vigor al día siguiente de su publicación, esto es, el día 4 de septiembre del 2010.

En el pilar del *Plan de desarrollo del Estado de México 2005-2011*, en el gobierno de Enrique Peña Nieto y bajo el rubro de instituciones y sociedad, se establecieron líneas de acción tendientes a asegurar la gobernabilidad democrática para la estabilidad, la prosperidad y la concordia. Una de ellas fue la de agilizar la capacidad de respuesta institucional mediante la incorporación de tecnologías de punta como la informática y las telecomunicaciones.

Del mismo modo, como parte de los cimientos para la seguridad integral, dentro de los cuales se incluye la reforma administrativa para un gobierno transparente y eficiente, se establece como objetivo el construir una administración pública moderna para impulsar el desarrollo y garantizar la estabilidad institucional. Entre las estrategias y líneas de acción

concebidas para lograr este objetivo, se plantearon entre otras las siguientes:

☞ *Nuevo marco jurídico para la administración pública del Estado.* Con la adecuación de la normatividad para regular los sistemas electrónicos que se utilizan en la administración pública estatal.

☞ *Gestión pública: innovación para la eficiencia.* El fortalecimiento del proceso de simplificación y modernización de la administración pública para elevar la calidad, la eficacia y la eficiencia de los servicios gubernamentales, utilizando nuevos procedimientos administrativos, sistemas de información y tecnología de vanguardia. Creación de nuevos canales de comunicación y medios de participación ciudadana para contribuir, por medio de la información y la transparencia, a la reducción de costos de gestión y de tiempos de respuesta.

☞ *Gobierno electrónico.* El uso extensivo de las tecnologías de información a fin de automatizar procesos que agilicen los servicios y trámites de la ciudadanía y hagan más eficiente la gestión en las oficinas del gobierno estatal y sus organismos. Establecimiento de una ventanilla única de trámites para la población en la página de internet del Estado. Cambios normativos para homogeneizar las leyes estatales con los acuerdos federales e internacionales que permitan profundizar el gobierno electrónico.

☞ *Transparencia, evaluación y control del desempeño del gobierno.* La modernización de los sistemas de control interno, que permitan el cumplimiento de objetivos institucionales y una gestión eficiente con resultados eficaces, con estricto apego a la normatividad para evitar la discrecionalidad y

actos de corrupción. Modernizar la tecnología administrativa, facilitando el acceso a la información oportuna, clara y confiable a los ciudadanos, así como rediseñar los servicios en línea ofrecidos actualmente.

Para lograr los objetivos propuestos en el *Plan de desarrollo del Estado de México*, se dieron los pasos que condujeron a adoptar el uso óptimo de las tecnologías de la información y la comunicación, así como de las herramientas compatibles que faciliten al particular el acceso electrónico a trámites, servicios, consultas de procedimientos y resoluciones de la administración pública estatal y municipal, y le garanticen certeza jurídica para generar, comunicar, recibir o archivar la información y la posibilidad de acceder a ella en ulteriores consultas.

Es de fundamental importancia dotar tanto al sector público como al particular de las herramientas adecuadas, con base en el uso de las tecnologías de la información y la comunicación, para la prestación del servicio público por medios electrónicos. Lo anterior con el fin de contribuir a elevar los niveles de seguridad y confianza entre gobierno y ciudadanos, así como la eficiencia y la calidad de la gestión pública, en tanto que el uso de las tecnologías de la información y la comunicación en el ámbito público eliminan la discrecionalidad, abaten la corrupción y permiten establecer canales de comunicación efectiva entre las partes, mediante la implementación de procedimientos rígidos y transparentes.

Para estos fines, se desarrolló la herramienta conocida como firma electrónica; se trata de un instrumento por el que es posible comprobar la procedencia, integridad y fiabilidad de los mensajes que se intercambian a través de redes abiertas de telecomunicación.

A partir del 29 de mayo de 2000, con las reformas

al *Código civil para el Distrito Federal* en materia común y para toda la república en materia federal (ahora *Código civil federal*), al código federal de procedimientos civiles, al *Código de comercio* y a la *Ley federal de protección al consumidor*, se permitió el uso de los medios electrónicos para suplir la forma tradicional de realizar actos o contratos, pues la legislación existente hasta esa fecha, requería, para su validez, del soporte documental y la firma autógrafa, para vincular a las partes en forma obligatoria.

Las reformas y adiciones al *Código civil federal* se centraron en el reconocimiento a la celebración de actos jurídicos a través de medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología, adicionando los “medios tecnológicos” como idóneos para expresar el consentimiento. Es de resaltar que se estableció una equivalencia funcional entre el consentimiento expresado por medios tecnológicos y la firma autógrafa “siempre que la información generada o comunicada en forma íntegra, a través de dichos medios fuera atribuible a las personas obligadas y accesible para su ulterior consulta”.

Como antecedentes de ley que contemple la firma electrónica se encuentra la Firma Electrónica Avanzada (FIEL) a nivel federal que permite el uso de este medio para la realización de trámites fiscales federales, misma que se utiliza además para la solicitud y aceptación del uso de denominaciones en la constitución de personas jurídicas colectivas en el Secretaría de Economía.

En el Distrito Federal se promulgó la *Ley de firma electrónica* del Distrito Federal el día primero de enero de 2010, en la cual la única referencia de notario o fedatario público se señala en el artículo 37, al señalar que

El prestador de servicios de certificación no será responsable de los daños y perjuicios ocasionados al titular o a un tercero por [...] VIII. Cuando la inexactitud de los datos consignados,

hubiesen sido obtenidos por un documento oficial o expedidos por fedatario público [...].

Regresando al estudio de la ley del Estado de México, se estableció una presunción en materia mercantil, salvo pacto en contrario, de que el mensaje proviene del emisor si ha sido enviado: a) usando medios de identificación, tales como claves o contraseñas de él (para lo que se requerirá de un previo acuerdo entre las partes), o b) por un sistema de información programado por el emisor o en su nombre para que opere automáticamente.

Esta ley incorpora a la práctica cotidiana del gobierno y gobernados, la gestión de trámites y servicios mediante el uso de medios electrónicos, firma electrónica avanzada y sello electrónico, bajo los principios de neutralidad tecnológica, equivalencia funcional, autenticidad, conservación, confidencialidad e integridad.

El uso de la firma y de los medios electrónicos es una demanda imperante en nuestro Estado, ya que ello permitirá la agilización y simplificación de los trámites, servicios, procedimientos y resoluciones de las dependencias de la administración pública, estatal y municipal, además de garantizar que las partes que se obligan en la relación jurídica son las que expresan su voluntad libre de vicios, como si lo hicieran con su firma autógrafa.

De suma importancia resultan los sistemas para el reconocimiento oficial de la firma electrónica y el sello electrónico, por lo que los servicios de certificación quedan como responsabilidad pública, así como la definición de las características y requisitos que debe contener el certificado, y los derechos y obligaciones del titular del mismo.

Entre los beneficios derivados del uso de los medios electrónicos, así como la firma electrónica avanzada y el sello electrónico, se encuentran la agilización de los procesos

respecto de la gestión documental impresa, pues no se requieren soportes de papel, los cuales no sólo implican un gasto de operación considerable para la administración pública, sino que demandan amplios espacios para su guarda, además del impacto ecológico que la producción de papel genera. El uso intensivo de medios electrónicos en la gestión gubernamental, contribuye a la agilización de trámites y a la eficiencia en la prestación de los servicios, con la creación de ambientes de gestión seguros, además de agilizar las consultas.

La estructura de la ley, está compuesta por once capítulos, en los cuales se desarrollan y regulan los tópicos que tienen relación con la materia a legislar.

En el Capítulo primero —Disposiciones generales— se establece el objeto de la ley: regular el uso de los medios electrónicos en los actos y procedimientos administrativos que realicen los sujetos de la citada ley; así como el reconocer la firma electrónica y el sello electrónico, y regular los procesos de certificación de los mismos, así como los procedimientos de renovación, suspensión y revocación de los certificados; y regular la gestión de trámites, servicios, procesos administrativos, actos, comunicaciones y procedimientos, realizados con el uso de medios electrónicos en los términos de esta ley. Los sujetos obligados son:

☞ Las dependencias y los organismos auxiliares del Poder Ejecutivo, a que se refiere la *Ley orgánica de la administración pública del Estado de México*.

☞ Los ayuntamientos, las dependencias y entidades de la administración pública municipal, previstos en la *Ley orgánica municipal del Estado de México* y en los bandos municipales respectivos.

☞ Los notarios públicos del Estado de México.

☞ Las personas físicas y las jurídicas colectivas, y el catálogo de definiciones.

Dentro del catálogo de definiciones considero las más significativas:

El certificado: es el certificado digital validado por la unidad certificadora, que confirma la identidad electrónica del titular de una firma electrónica o de un sello electrónico.

La certificación es el proceso de autenticación de la identidad electrónica que realiza la unidad certificadora, con base en el cual, el titular obtiene su certificado.

Confidencialidad: es la garantía de que sólo las personas autorizadas tendrán acceso a la información contenida en el mensaje de datos o documento electrónico.

CUTS: es la Clave Única de Trámites y Servicios, que consiste en la clave digital que emite la unidad, por la cual se reconoce la identidad electrónica de los sujetos inscritos en el Registro Único de Personas Acreditadas en el Estado de México.

Documento electrónico: es todo soporte escrito con caracteres alfanuméricos, archivo de imagen, video, audio o cualquier otro formato tecnológicamente disponible, que contenga información en lenguaje natural o convencional, intercambiado por medios electrónicos, con el que sea posible dar constancia de un hecho.

Expediente electrónico: es el conjunto de documentos elec-

trónicos que, sujetos a los requisitos de esta ley, se utilicen en la gestión electrónica de trámites y servicios en el Estado de México, de acuerdo con las disposiciones legales en la materia.

Firma electrónica avanzada: consiste en el conjunto de datos electrónicos asociados a una CUTS que, consignados en un mensaje de datos o documento electrónico, tiene como propósito identificar unívocamente al emisor del mismo como autor legítimo de éste, así como la fecha y hora de su emisión.

Identidad electrónica: es el conjunto de datos con los cuales los sujetos a que se refiere el artículo 10 de la ley, se han identificado como únicas ante la unidad registradora al inscribirse en el Registro Único de Personas Acreditadas en el Estado de México.

Infraestructura de llave pública: conjunto de elementos tecnológicos que construyen servicios de confianza sustentados en la relación única entre una llave pública y una llave privada, que se relacionan de manera unívoca y son asociados a una persona.

Integridad: consiste en la garantía de que el contenido de un mensaje de datos o documento electrónico permanecerá completo e inalterado, con independencia de los cambios que pudiera sufrir el medio que lo contiene a través del tiempo.

Llave privada: son los datos únicos o claves criptográficas privadas que el titular asocia con su llave pública para la creación de su firma electrónica.

Llave pública: son los datos únicos asociados a una llave privada que se utilizan para verificar la firma electrónica, la cual puede ser de conocimiento público.

No repudio: servicio de seguridad por el que es posible probar la participación de las partes en el intercambio de un mensaje de datos o documento electrónico firmado y/o sellado electrónicamente.

Repositorio digital de metadatos: consiste en un sistema cruzado de información de los sujetos inscritos en el Registro Único de Personas Acreditadas en el Estado de México, los cuales podrán asociarse al uso y cumplimiento de los objetivos del SEITS.

RUPAEMEX: Registro Único de Personas Acreditadas en el Estado de México.

SEITS: Sistema Electrónico de Información, Trámites y Servicios del Estado de México.

Sello electrónico: conocido como el conjunto de datos electrónicos asociados a una CUTS, mediante los cuales se reconoce la identidad electrónica de los sujetos a que se refiere el artículo 23 de la ley, y cuyo propósito fundamental es identificarlos unívocamente como autores legítimos de un mensaje de datos o documento electrónico, así como la fecha y hora de su emisión.

Sello electrónico: es el conjunto de datos electrónicos asociados a una CUTS, mediante los cuales se reconoce la identidad electrónica de los sujetos a que se refiere el artículo 23 de la ley, y cuyo propósito fundamental es identificarlos unívocamente como autores legítimos de un men-

saje de datos o documento electrónico, así como la fecha y hora de su emisión.

Sujeto autorizado: todo servidor público, notario público del Estado de México o representante legal de una de una persona jurídica colectiva, autorizada para utilizar un sello electrónico.

Titular: cualquiera de los sujetos a que se refieren los artículos 22 y 23 de la ley, a cuyo favor se ha expedido un certificado, y el único que debe tener el resguardo físico y el control sobre su llave privada, ya sea de manera personal o por conducto de los sujetos autorizados.

Unidad: es la Dirección General del Sistema Estatal de Informática, adscrita a la Secretaría de Finanzas del Gobierno del Estado de México, responsable de operar el SEITS y el RUPAEMEX; coordinar los servicios de certificación y expedir los certificados correspondientes; además de ser garante de su autenticidad, en los términos de la ley.

Unidad Certificadora: es la unidad administrativa, adscrita a la unidad, que tiene a su cargo la certificación de la firma electrónica y del sello electrónico, que, además de administrar la parte tecnológica del procedimiento, emite los certificados; además de la definición competencial de la Secretaría de Finanzas y de la Dirección General del Sistema Estatal de Informática.

En el Capítulo Segundo —Del uso de los medios electrónicos—, se refiere la utilidad y efectos del uso de los medios electrónicos en la realización de actos diversos, así como los plazos dentro de los cuales dichos actos se tendrán por realizados, destacando el artículo 10º que señala

que podrán identificarse electrónicamente entre otros los notarios públicos del Estado de México, y el artículo 12º en cuanto a los plazos al señalar que: cuando mediante el uso del SEITS se gestionen trámites o servicios en hora o día inhábil, ya sea dentro de una dependencia, entre las dependencias, y/o en relación con los particulares, se tendrán por realizados en la primera hora del día hábil siguiente.

En el Capítulo Tercero —Del sistema electrónico de información, trámites y servicios—, que crea el SETIS como un servicio público de consulta y gestión de trámites y servicios y propone este sistema como una herramienta informática al servicio de los usuarios para agilizar y modernizar la gestión administrativa. Se trata de una opción para realizar trámites y gestionar servicios por medio de un portal de internet, sin perjuicio de que dichos trámites y servicios puedan realizarse directamente ante las dependencias correspondientes. El sistema se crea por mandato de la ley y establece la obligación de las dependencias de integrar al sistema, todos los trámites y servicios que se encuentren dentro del ámbito regulado por la ley y darles seguimiento.

En el Capítulo Cuarto —Del Registro Único de Personas Acreditadas del Estado de México—, en este capítulo se hace referencia además a la Clave Única de Trámites y Servicios, que se emitirá a quienes queden inscritos en el registro, quienes estarán así habilitados para utilizar el Sistema Electrónico de Información, Trámites y Servicios. Se crea el RUPAEMEX como la instancia responsable de llevar un inventario de:

☞ Las dependencias y los servidores públicos legalmente autorizados para realizar operaciones en el SEITS.

- ☞ Los notarios públicos del Estado de México.
- ☞ Las personas jurídicas colectivas que se inscriban en el mismo.
- ☞ Los representantes legales de las personas jurídicas colectivas que se inscriban en el mismo; y las personas físicas que se inscriban en el mismo.

Señalando que para poder hacer uso del SEITS, se deberá estar inscrito en el RUPAEMEX y contar con una CUTS. Siendo además una herramienta informática para que las personas puedan realizar todos los trámites que requieran, de manera ágil y expedita, utilizando una clave única que les será asignada al solicitar su inscripción en el mismo. Este registro estaría administrado por la unidad. De igual forma se refiere al repositorio digital de metadatos, sistema cruzado de información de los inscritos en el Registro Único de Personas Acreditadas del Estado de México, los cuales podrán asociarse al uso y cumplimiento de los objetivos del Sistema Electrónico de Información, Trámites y Servicios.

El Capítulo Quinto —De la firma electrónica y del sello electrónico— establece quienes podrán ser titulares de una firma electrónica o de un sello electrónico. La cual tiene como propósito identificar unívocamente al emisor de un mensaje de datos o de un documento electrónico como autor legítimo de éste, así como la fecha y hora de su emisión, entre otros. Lo mismo aplica para el sello electrónico cuyo propósito fundamental es identificar unívocamente a dependencias, notarías y personas jurídicas colectivas, para los efectos ya señalados de la firma electrónica. Encontrándose entre ellos los notarios públicos del Estado de México

El Capítulo Sexto —De los alcances de la firma elec-

trónica y del sello electrónico—, prescribe el ámbito de aplicación de la firma electrónica y del sello electrónico, así como los alcances y validez jurídica de los actos que de su uso derivan. Cabe destacar entre otros los siguientes: todo mensaje de datos o documento electrónico que cuente con firma electrónica y/o sello electrónico, y que se haya derivado de actos, procedimientos, trámites y/o resoluciones realizados en los términos de la ley, tendrá la misma validez legal que los que se firmen de manera autógrafa y/o se sellen manualmente en documento impreso.

La firma electrónica y/o el sello electrónico vinculan al titular con el contenido del mensaje de datos o documento electrónico, de la misma forma en que una firma autógrafa o un sello oficial lo hacen respecto del documento en el que se encuentran asentados, por lo que su uso implica expresión de voluntad para todos los efectos legales. Que de impugnarse la autenticidad o exactitud de un mensaje de datos o de un documento electrónico, se estará a lo previsto para los procesos de suspensión y revocación de certificados.

Para los efectos de la ley, un mensaje de datos surtirá efectos de notificación cuando haya sido enviado por el emisor a través del SEITS, y se encuentre disponible en el mismo para el destinatario.

Toda firma electrónica o sello electrónico creados fuera de la República Mexicana o del Estado de México, producirá los mismos efectos jurídicos que uno expedido al amparo de la ley, siempre y cuando contengan las características y requisitos de confidencialidad y autenticidad que la misma previene. Para que una firma electrónica o un sello electrónico que no estén amparados por un certificado expedido en el Estado de México, produzca efectos jurídicos en los términos de la ley, será necesario que se haya suscrito un convenio de portabilidad con la autoridad competente del gobierno federal o de las entidades federativas, o bien

con las entidades extranjeras, públicas o privadas, con las que se determine hacerlo.

En el Capítulo Séptimo —De los titulares—, se establecen los derechos y obligaciones de los sujetos que posean un certificado de firma electrónica o sello electrónico.

Derechos: contar con la protección y resguardo de sus datos, que tengan el carácter de reservados y confidenciales en los términos de la *Ley de transparencia y acceso a la información pública del Estado de México y Municipios*, modificar y actualizar los datos que sobre su identidad se encuentren contenidos en el certificado, previa presentación del soporte correspondiente que acredite dichos cambios, recibir información sobre:

☞ Procedimientos de creación de la firma electrónica o sello electrónico.

☞ Instrucciones de uso de los certificados, de la firma electrónica y del sello electrónico.

☞ Costo del certificado, en su caso; intervenir en los procesos de suspensión y revocación de su certificado y los demás que establezca la ley y otras disposiciones aplicables:

Obligaciones: proporcionar a la unidad registradora datos veraces, completos y exactos al momento de tramitar su certificado; resguardar la confidencialidad de su llave privada; mantener un control físico, personal y exclusivo de su llave privada; dar aviso de inmediato a la unidad, cuando tenga duda fundada de que puede existir mal uso de su llave privada, para los efectos previstos en los artículos 43 y 44 de la ley; solicitar, por escrito, la suspensión del uso

de su certificado y, en su caso, la revocación del mismo, cuando tenga conocimiento del mal uso de su llave privada; mantener actualizados los datos de su certificado; y las demás que establezca la ley y otras disposiciones legales aplicables.

El Capítulo Octavo —De los certificados de firma electrónica y de sello electrónico— establece los requisitos que debe cumplir todo certificado que se expida a favor de los sujetos obligados y su periodo de vigencia, como son:

☞ Expresión de que tienen esa naturaleza.

☞ Código único de identificación.

☞ Información de que ha sido expedido por la unidad.

☞ Sello electrónico de la unidad certificadora.

☞ Nombre y apellidos del titular a que se refieren las fracciones I a III del artículo 22, el cual deberá contener, además, el sello electrónico de la dependencia, notario público del Estado de México, o persona jurídica colectiva respectiva.

☞ Nombre y apellidos del titular, en el caso de la fracción IV del artículo 22; denominación o razón social, en el caso de los titulares a que se refiere el artículo 23 (sello electrónico).

☞ Llave pública que corresponda a la llave privada del titular y periodo de vigencia del certificado.

Señalando además que la firma electrónica de los titulares

a que se refieren las fracciones I a III del artículo 22 de la ley, tendrán plena validez en relación directa con las facultades debidamente acreditadas del titular. Teniendo los certificados una vigencia de dos años a partir de su emisión y expirarán en el fecha en ellos expresada. Para la renovación de los certificados, los interesados deberán presentar ante la unidad registradora la solicitud respectiva, con treinta días de anticipación a la fecha de vencimiento del certificado vigente, y acreditar nuevamente, en su caso, sus datos de identificación. Señala los casos en que los certificados dejen de surtir su efectos cuando:

- ☞ Expire su vigencia.
- ☞ Estén suspendidos.
- ☞ Sean revocados.
- ☞ Lo solicite el titular.
- ☞ Fallezca el titular.
- ☞ Exista modificación o revocación de las facultades establecidas en el poder del representante de la persona jurídica colectiva en cuestión.
- ☞ El servidor público deje de prestar sus servicios a la dependencia respectiva o cuando exista modificación de sus facultades legales.
- ☞ Los sujetos autorizados dejen de serlo y se extinga la dependencia o persona jurídica colectiva titular del certificado, o exista modificación de su denominación legal o razón social.

En el Capítulo Noveno —De los servicios de certificación—, regula lo relativo a la infraestructura tecnológica con los que debe contar la unidad para la emisión, distribución, gestión y resguardo de los certificados, suficientemente confiable para evitar riesgos a la seguridad de los sistemas de creación y de verificación de firma electrónica avanzada y sello electrónico, para ello debe:

- ☞ Contar con infraestructura de almacenamiento suficiente para el resguardo de la información de las personas inscritas en el RUPAEMEX.
- ☞ Contar con la infraestructura para almacenar el sistema de gestión de identidades.
- ☞ Garantizar la confidencialidad de la información privada que conserven sobre los sujetos que hagan uso de los servicios de certificación.
- ☞ Contar con los medios técnicos idóneos para determinar con exactitud la hora y fecha en que se expida o revoque definitivamente un certificado, y que faciliten la consulta pública de su vigencia.
- ☞ Contar con suficiente personal técnico calificado para atender todos los requerimientos de la ley.
- ☞ Contar con procedimientos administrativos y de seguridad documentados que garanticen la confidencialidad en el tratamiento de la información de los solicitantes y la seguridad física del recinto en el que materialmente se establezca la infraestructura tecnológica del servicio y conservar la información relacionada con los sistemas de creación y de verificación de firma electrónica y de sello electrónico

al menos por diez años a partir de su emisión por parte de quien corresponda.

Asimismo, se establecen sus obligaciones y las responsabilidades en que pudieran incurrir los servidores públicos adscritos a la unidad registradora, por la negligencia o mala fe en la prestación de los servicios de identificación y revisión de documentos, para la inscripción de los mismos en el RUPAEMEX, además por la negligencia o mala fe en la prestación de los servicios de expedición de certificados, resguardo de la información, y de cualquier otra actividad relacionada con la prestación de los servicios de certificación.

En el Capítulo Décimo —De la suspensión y revocación de los certificados— establece los supuestos en los que la unidad, el titular, el servidor público o el sujeto autorizado, pueden solicitar la suspensión, y los supuestos en los que procede revocar el certificado, así como los efectos jurídicos que se siguen en ambos casos.

Procederá la suspensión en el caso en que se tengan indicios del uso indebido de su firma electrónica o del sello electrónico del que son responsables. Tratándose del certificado de un servidor público o del certificado de un sello electrónico de una dependencia, el titular o el sujeto autorizado deberán informar del hecho al superior jerárquico y notificarlo a la unidad registradora, la cual solicitará de inmediato a la unidad que suspenda el uso del certificado en el SEITS.

La unidad dará vista a la Secretaría de la Contraloría para los efectos legales correspondientes. Tratándose de un notario público del Estado de México, una persona jurídica colectiva, o una persona física, la suspensión deberá solicitarse por escrito ante la unidad, señalando las causas que sustentan la solicitud.

La unidad ordenará de inmediato la suspensión del uso

del certificado y dará inicio al procedimiento respectivo. La suspensión del uso de un certificado tendrá el efecto de detener temporalmente aquellos trámites, procedimientos, actos y resoluciones que el titular o los sujetos autorizados indiquen expresamente, y que se encuentren asociados al propio certificado en el SEITS.

Lo anterior, hasta en tanto la unidad autorice su reanudación, de acuerdo con la resolución que derive del procedimiento respectivo.

Si no se hace indicación específica de los trámites, procedimientos, actos y resoluciones que deben suspenderse temporalmente, la unidad suspenderá todos los que se encuentren asociados al certificado en cuestión. La unidad publicará en su portal de internet una relación de los certificados cuyo uso se encuentre suspendido.

Con respecto a la revocación, esta procederá cuando:

- ☞ Se compruebe el uso indebido de la firma electrónica o del sello electrónico por parte del titular o, en su caso, de los sujetos autorizados.
- ☞ Se adviertan falsedades en los datos aportados por el titular para la obtención del certificado.
- ☞ Se compruebe el mal uso de la firma electrónica o del sello electrónico por parte de un tercero no autorizado por la unidad o por el titular.
- ☞ Se compruebe que, al momento de su expedición, el certificado no cumplió con los requisitos establecidos en esta ley, o se termine la relación laboral entre un servidor público y la dependencia de que se trate, en cuyo caso, la unidad certificadora realizará los ajustes técnicos necesarios en el Sistema de Gestión de Identidades, en los términos del

segundo párrafo del artículo 17 de la ley de la materia que aquí comentamos.

Del procedimiento de revocación conocerá la unidad y dará inicio cuando lo solicite la unidad registradora, el titular o el sujeto autorizado. La unidad deberá notificar al interesado, dentro de los cinco días hábiles contados a partir del día siguiente al de la presentación de su solicitud, su decisión de iniciar o no el procedimiento de revocación. Iniciado un procedimiento de revocación, la unidad emitirá su resolución dentro de los quince días hábiles siguientes.

Cuando la unidad determine que existió mal uso de una firma electrónica o de un sello electrónico, deberá ordenar la revocación del certificado y la suspensión definitiva en el SEITS de los trámites y servicios gestionados al amparo de ese certificado.

Deberá igualmente dar vista a la autoridad administrativa involucrada en la gestión de los mismos, para los efectos legales que correspondan, de acuerdo con lo previsto por el *Código de procedimientos administrativos del Estado de México*, en su caso, o con la normatividad municipal aplicable.

Tratándose del certificado de un servidor público o del certificado de un sello electrónico de una dependencia, la unidad dará vista a la Secretaría de la Contraloría para los efectos legales correspondientes.

Cuando la revocación de un certificado se haya originado en los supuestos de las fracciones I (se compruebe el uso indebido de la firma electrónica o del sello electrónico por parte del titular o, en su caso, de los sujetos autorizados) y II (se adviertan falsedades en los datos aportados por el titular para la obtención del certificado) del artículo 46 de la ley, el titular del mismo no podrá tramitar otro, sino después de transcurridos tres años contados a partir de que la resolución le fue notificada.

El Capítulo Décimo Primero que habla de las “Responsabilidades y sanciones”, establece los supuestos que pueden dar lugar a conductas irregulares o ilícitas por el mal uso de la firma electrónica o del sello electrónico, y las sanciones aplicables.

Señalando que en caso de que se utilicen los medios electrónicos y/o herramientas previstos en esta ley, como los certificados, la firma electrónica, el sello electrónico y/o el SEITS, como instrumento para la realización de cualquier conducta tipificada en las leyes penales, se aplicarán las sanciones establecidas en las mismas, debiéndose incrementar en un tercio la sanción correspondiente:

☞ Los servidores públicos que, valiéndose de sus facultades registradoras, promuevan, participen y/o faciliten la realización de conductas tipificadas en las leyes penales, serán sancionados, con una multa de 800 a 1,500 días de salario mínimo general vigente para la zona de que se trate, independientemente de las penas que como cómplices se les apliquen.

☞ A los servidores públicos que de cualquier manera participen o se vean involucrados en situaciones irregulares por la utilización del SEITS, los medios electrónicos y/o las herramientas contempladas en esta ley, independientemente de las sanciones que les correspondan por la irregularidad cometida de acuerdo con la *Ley de responsabilidades de los servidores públicos del Estado y Municipios*, serán destituidos y se les impondrá una multa de hasta 800 días de salario mínimo general vigente en la zona de que se trate.

Comete el delito de apropiación de certificado y sustitución de identidad, el que por cualquier medio obtenga, reproduzca, se apodere, administre, utilice o de cualquier

forma dé un uso indebido a un certificado, a una firma electrónica y/o a un sello electrónico, sin que medie el consentimiento o autorización expresa de su titular o de quien se encuentre facultado para otorgarlos.

Por la comisión de este delito se impondrá una pena de tres a ocho años de prisión y una multa de 800 a 1,500 días de salario mínimo general vigente en la zona de que se trate, independientemente de las sanciones administrativas o penales que puedan corresponder a la conducta realizada.

Dentro del régimen transitorio se establecen previsiones relativas a los plazos para la entrada en vigor de la ley, así como los correspondientes a la puesta en servicio del Sistema Electrónico de Información, Trámites y Servicios (SETIS) y del Registro Único de Personas Acreditadas del Estado de México (RUPAEMEX), dentro de los 18 meses posteriores a la entrada en vigor de la presente ley; por lo que se refiere a los notarios se les concede un plazo de seis meses a partir de la entrada en servicio del SETIS.

Hasta en tanto entre en funcionamiento el SETIS y el RUPAEMEX, las dependencias podrán incorporar paulatinamente, en sus portales de internet, la gestión electrónica de sus propios trámites y servicios. Los trámites que a la fecha de entrada en vigor de la presente ley se encuentren pendientes de resolución, podrán continuarse en el portal electrónico respectivo, cuando ello sea posible a juicio de la dependencia competente.

Se otorga un término de nueve meses, para que la unidad presente a la entidad evaluadora los protocolos correspondientes para el cumplimiento de sus atribuciones y funciones, así como la información sobre la infraestructura tecnológica con la que cuenta para el mismo propósito, para su evaluación y aprobación.

En el propio régimen transitorio se establecen previsiones para que las dependencias estatales y municipales en-

vían a la unidad, la información relativa a los trámites y servicios susceptibles de ser gestionados por vía electrónica, en los formatos previstos por la propia unidad, para su incorporación al SETIS dentro de los tres meses siguientes a la entrada en vigor de la ley.

Se establece la salvedad de que la Procuraduría General de Justicia y los tribunales administrativos no estarán sujetos a los plazos establecidos en el régimen transitorio, pudiendo integrarlos gradualmente con base en lo que determinen las autoridades competentes.

Se establece un término de 90 días naturales para que el Ejecutivo Estatal expida los reglamentos relacionados con la ley, con la salvedad de que seguirán aplicándose las disposiciones reglamentarias vigentes, en todo aquello que no la contravenga. De igual forma se establecen disposiciones para que se dé amplia difusión al contenido, objeto y alcances de esta ley, y otras relativas al curso que podrán seguir los trámites que a la fecha de entrada en vigor de la ley se encuentren pendientes de resolución.

Concluimos que la nueva *Ley para los medios electrónicos del Estado de México*, es sin duda un gran adelanto en la administración de nuestro Estado, la vía electrónica permitirá a la ciudadanía de nuestro estado obtener en forma pronta y expedita los diversos trámites que debe realizar dentro de la administración pública, además de la comunicación entre las distintas dependencias de la propia administración pública.

La modernización de las leyes y la actualización de la función notarial nos lleva a brindar un mejor y más eficiente servicio, ya en este momento, ya existen en la legislación mexicana tanto federal como estatal, diversos actos que se pueden realizar a través de los medios electrónicos, como lo son, la solicitud de denominación de las personas jurídicas colectivas ante la Secretaría de Economía, la cual nos ha permitido firmar las actas constitutivas en un menor tiempo,

dando certeza a los clientes, de igual forma el dar de alta a las propias personas morales ante las autoridades del SAT, de hacer de manera inmediata a través de los medios remotos y la Firma Electrónica Avanzada del propio notario, una vez dada de alta la empresa, se pagan los derechos de Registro Público vía bancaria y por medio del programa FEDANET. SIGER se inscriben los testimonios en el Registro Público de Comercio por medio de la firma electrónica del notario, el cual previamente se ha dado de alta ante la Secretaría de Economía, concluyendo de forma rápida el trámite.

Actualmente el pago de impuestos tanto federal como estatal se realiza por medios electrónicos, dando certeza y seguridad a los propios pagos y los contribuyentes.

Por esa razón al promulgarse la *Ley para los medios electrónicos del Estado de México*, que estamos analizando, se crea certidumbre en los trámites que se realicen en la diferentes dependencias que se integren a la misma, caso concreto, el Archivo de Notarías del Estado de México y los notarios públicos de nuestra entidad, ya que a partir del registro que hagan los notarios de nuestro estado y obtener la firma electrónica estatal se podrá realizar en primera instancia el registro de los avisos de testamento otorgados ante notario vía electrónica, ahorrando con esto un tiempo valioso en el presentación de los citados avisos, dando certeza jurídica a estos actos de gran importancia para los ciudadanos, además de ahorrarle a los notarios los gastos que por concepto de los viajes que tienen que realizar sus gestores al presentar en forma física los citados avisos como hasta este tiempo se viene realizando. En corto plazo se podrán pedir por esta misma vía en el propio archivo los oficios de la existencia o no de testamentos otorgados ante cualquier notario del estado, con la salvedad de que este trámite electrónico sólo lo podrán realizar exclusivamente los notarios de nuestra entidad, ya que la citada ley exige que los notarios deberán registrarse

previamente ante las oficinas de la unidad certificadora; de igual forma ya existe el proyecto por parte del Instituto de la Función Registral del Estado de México, el expedir por vía electrónica las solicitudes y contestaciones de los certificados de existencia o libertad de gravámenes, previa firma electrónica del notario, así como el trámite y registro de las escrituras de cancelaciones de hipoteca del INFONAVIT, institución con la cual se están llevando a cabo pláticas para celebrar los convenios respectivos. Es conveniente señalar que estos trámites electrónicos solo los podrán llevar a cabo notarios del Estado de México, ya que la propia ley señala que sólo los notarios del Estado de México podrán inscribirse en esta firma electrónica

La nueva *Ley para los medios electrónicos del Estado de México* es sin duda un gran adelanto en la administración de nuestro estado, la vía electrónica permitirá a la ciudadanía de nuestro estado obtener en forma pronta y expedita los diversos trámites que debe realizar dentro de la administración pública, además de la comunicación entre las distintas dependencias de la propia administración pública.

Se encuentra ya en estudio en las oficinas del IFREM el proyecto para que en corto plazo todos los trámites se puedan llevar a cabo en vía electrónica, logrando con esto una mayor seguridad jurídica y sobre todo una mayor rapidez combatiendo en forma eficaz la corrupción que aún pudiera existir.

Es una gran oportunidad para que el Estado de México se convierta en pionero y logre tener el más eficaz de los registros públicos de la propiedad de nuestro país, contribuyendo de esa forma a la modernización de los trámites administrativos.

El documento electrónico notarial

Mónica Pastorini y Rosa López Salazar

MÓNICA PASTORINI y ROSA
LÓPEZ SALAZAR, escribanas
uruguayas.

Introducción

Como en casi todas las actividades humanas, estamos presenciando como las TIC han hecho impacto; y no son ni serán ajenas a nuestra función notarial. Consideramos que en principio será gradual la incorporación de estas nuevas tecnológicas a los diferentes tipos de documentos notariales; así lo está viviendo hoy día todo el notariado uruguayo. De todas formas es una gran interrogante, si es posible que todas “las tecnologías” puedan utilizarse o incorporarse a nuestra actuación, tomando en cuenta las características de nuestra función notarial.

Es por este motivo, que hoy nos atrevemos a plantear o a traer a discusión nuevamente: si se puede considerar acertada la posición que toma como posible una postergación de la aplicación de las nuevas tecnologías hasta que se produzcan importantes avances tecnológicos; o de lo contrario, introducir dicha aplicación a la función notarial a través de algunos documentos notariales, que más adelante analizaremos.

Asimismo consideramos que la “copia de la matriz” del documento notarial, puede ser uno de primeros “docu-

mentos notariales electrónicos”, cuando nos referimos a “copia de la matriz” no nos estamos refiriendo a la primera copia o primer testimonio; nos referimos a la copia electrónica, o sea el documento —copia— en formato digital o electrónico, que puede ser enviado vía telemática para surtir determinados efectos y para determinados trámites en instituciones públicas o privadas. En esta etapa de la evolución de nuestra actividad ya lo estamos utilizando de una forma “rudimentaria” o “primaria”; por lo tanto es que por medio de este trabajo nos asomamos al análisis de dicho documento y de igual forma de otro documento, que también podría entrar en esa clasificación de “documento notarial electrónico” —el acta notarial de notificación—, es decir la copia electrónica extendida en formato digital, cuyo autor es el notario y es un documento original que se tramita vía telemática; como más adelante se expondrá.

Documento electrónico notarial

La escribana Julia Siri García, en la *IV Jornada Notarial del Conosur* (1990) nos decía: “la técnica notarial, apegada a procedimientos y requisitos anacrónicos y asfixiantes, ya no es idónea para los fines que debe cumplir la función y, por lo tanto, debe cambiar”. Siguiendo esta línea de pensamiento es que vamos a analizar nuestro documento notarial, teniendo en cuenta la normativa actual y asimismo haciendo una proyección o posible proyección de los cambios que sería necesario plantearnos y establecer entre otros.

Es necesario que el notariado asuma un papel protagónico, en estos temas que son de nuestra exclusiva incumbencia, pues es nuestra profesión, es parte de nuestra esencia, es el camino que elegimos recorrer. Es la profesión que nos enorgullece y dignifica.

Documento electrónico: marco legal

Veamos cómo se refleja hoy día en la legislación uruguaya, la existencia del documento electrónico:

Ley 18.600 del 5 de noviembre de 2009. En su artículo 2º define el documento electrónico como: “documento electrónico o documento digital: representación digital de actos o hechos, con independencia del soporte utilizado para su fijación, almacenamiento o archivo”.

Asimismo, en ella se establecen los principios generales:

ARTÍCULO 3º (principios generales). Sin que la enumeración tenga carácter taxativo, los actos y negocios jurídicos realizados electrónicamente, las firmas electrónicas o firmas electrónicas avanzadas y la prestación de los servicios de certificación, se ajustarán a los siguientes principios generales: a) equivalencia funcional; b) neutralidad tecnológica; c) libre competencia; d) compatibilidad internacional; e) buena fe.

Dichos principios generales servirán también de criterio interpretativo para resolver las cuestiones que puedan suscitarse en la aplicación de las disposiciones pertinentes dentro del marco de seguridad del documento electrónico notarial, deberíamos tener en cuenta lo que regula la *Ley 18.719*.

Ley 18.719 del 27 de diciembre de 2010 – CERTUY. En este ordenamiento se señala lo siguiente:

ARTÍCULO 157. Las entidades públicas, estatales o no, deberán adoptar las medidas necesarias e incorporar en sus respectivos ámbitos de actividad las tecnologías requeridas para promover

el intercambio de información pública o privada autorizada por su titular, disponible en medios electrónicos.

ARTÍCULO 158. Son obligaciones de las entidades públicas, estatales o no:

- a) Adoptar las medidas necesarias e incorporar en sus respectivos ámbitos de actividad las tecnologías requeridas para posibilitar el intercambio de información
- b) Los sujetos involucrados en el intercambio de información deberán cumplir con las obligaciones de secreto, reserva o confidencialidad. Asimismo, adoptar aquellas medidas necesarias para garantizar niveles de seguridad y confidencialidad adecuados.
- c) Recabar el consentimiento de acuerdo con lo previsto en la *Ley número 18.331*, del 11 de agosto de 2008, de protección de datos personales y acción de hábeas data.
- d) Responder por la veracidad de la información al momento de producirse el intercambio.

ARTÍCULO 159. A los efectos de cumplir con los cometidos de la Agencia para el Desarrollo del Gobierno de Gestión Electrónica y la Sociedad de la Información y del Conocimiento, en el intercambio de información las entidades públicas, estatales o no, deberán ajustar su actuación a los siguientes principios generales:

- ☞ Cooperación e integralidad.
- ☞ Finalidad.
- ☞ Confianza y seguridad.
- ☞ Previo consentimiento informado de los titulares de datos personales.
- ☞ Eficiencia y eficacia.

Dichos principios generales servirán también de criterio interpretativo para resolver las cuestiones que puedan suscitarse en la aplicación de las disposiciones pertinentes.

La reglamentación establecerá el mecanismo para proceder al intercambio de información. Sin perjuicio de ello, el procedimiento se iniciará con la presentación de una solicitud fundada y firmada por el jerarca del organismo emisor, ante el jerarca del organismo receptor. Cuando proceda el intercambio de información, los organismos podrán:

- ☞ Formalizar un acuerdo que establezca los mecanismos o condiciones de intercambio.
- ☞ Adoptar los mecanismos o condiciones de intercambio definidos por el órgano competente y formalizar un acuerdo.

En ambos casos, el acuerdo establecerá las condiciones, protocolos y criterios funcionales o técnicos con los que se llevará a cabo dicho intercambio.

Otras leyes y decretos a tener en cuenta:

Ley 18.331 – (Decreto 414/2009) (Decreto 664/2008)

Ley de archivo (18.220)

Formato del documento: normas ISO 15489/1 y 15489/2

Decreto 43/2011 detalla el procedimiento a seguir para la importación, exportación y tránsito de mercaderías - procedimiento piloto de gestión automatizada de la documentación comercial del dua.

Ley 18.694 del 10 de noviembre de 2010 que establece o regula la guarda, conservación y archivo de los documentos derivados de operaciones aduaneras.

Documento notarial

Artículo 1574 Código civil – Documento público – Instrumento público. El *Código civil* uruguayo en el referido artículo define: “Instrumentos públicos son todos aquellos que, revestidos de un carácter oficial, han sido redactados o extendidos por funcionarios competentes, según las formas requeridas y dentro del límite de sus atribuciones [...]”.

El documento notarial es un documento público, por cumplir con el artículo 1574 antes referido, está reconocido por ley en el artículo 39 del *Decreto ley 1421*. Es decir tiene competencia legal, cumple con las formalidades requeridas y funcionario competente que actúa dentro del límite de sus atribuciones.

Tiene fecha cierta, autor cierto y conocido, plena prueba con respecto a los hechos cumplidos por el notario o sucedidos ante el notario. Son documentos eficaces para asegurar el goce de un derecho en forma pacífica al abrigo de las acechanzas de terceros, lo que brinda seguridad jurídica.

El escribano Bardallo, define el documento notarial como: “el instrumento público, expedido en el ejercicio de la función notarial, que contiene la representación auténtica de un negocio o hecho jurídico, según su clase y realiza concretamente los fines objetivos de permanencia y eficacia propios de la función notarial”.

Las escribanas Cristina Fraga Chao y Claudia Santo Riccardi, lo definen como: “aquél en el cual el escribano en el ejercicio de la fe pública de la que está investido, cumpliendo con las formalidades requeridas para cada actuación e interpretando la voluntad de las partes, da forma a través de la redacción, a actos, hechos o negocios jurídicos, dotándolos de autenticidad”.

Asimismo dice Bardallo, que “la naturaleza jurídica de instrumento público del documento notarial se refleja en

sus efectos: plena prueba – eficacia probatoria; autenticidad; fecha cierta.

Reglamento notarial - Acordada 7533 del 22 de octubre de 2004 y sus modificaciones. El reglamento notarial se refiere a los instrumentos públicos específicos que son los documentos notariales (escrituras, actas, certificados y traslados).

En el presente trabajo nos referiremos a los documentos públicos notariales Actas y traslados, estos últimos divididos en: traslados en formato papel (copia formato papel; primeros testimonio y primeras copias de la matriz); traslados en formato electrónico que subdividimos en 1) copia electrónica y 2) traslado de la copia electrónica.

Acta notarial. El acta notarial es documento público con carácter narrativo que comprende hechos presenciados por el autorizante o realizados por él, no negociable; es decir el contenido del acta son hechos no negociables. Es un documento matriz; cumpliendo con el principio de matricidad que hace a la conservación e integridad del documento.

El reglamento notarial en el artículo 170 define las actas notariales diciendo: “acta notarial es el instrumento público que registra hechos, circunstancias, cosas y declaraciones que el escribano presencia, comprueba o recibe así como sus propias actuaciones”.

Bardallo las define como “el documento notarial original que contiene un acto no comercial entendiendo por tal al hecho o acontecimiento positivo o negativo voluntario que el derecho toma como presupuesto de sus normas”.

A nuestro criterio la copia electrónica o traslado de la copia electrónica del acta notarial por ser un documento matriz, en principio a la altura de los hechos que hoy se vienen

desarrollando y a la realidad que nos circunda ; no reviste la calidad de documento electrónico notarial por no existir el registro notarial electrónico y por lo tanto no produce efectos reconocidos o sea no tiene un formato electrónico, es decir, soporte electrónico original. Este concepto actual no nos limita en el concepto a futuro, donde podemos establecer y concluir que el documento notarial electrónico viable y en soporte electrónico es el traslado de la copia electrónica de dicha matriz, o sea la copia electrónica estrictamente como tal. ¿Por qué afirmamos esto?, porque en esta etapa coexisten sistemas, es decir el documento extendido en soporte papel y el documento extendido en soporte electrónico o digital.

Y siguiendo a varios autores españoles, cuando nos referimos a copia, estaríamos diciendo con lo que dice relación al documento electrónico (formato digital que se encuentra dentro del ordenador); lo que llamaremos archivo informático de primer grado.

Continuando con esta línea de pensamiento; tendremos entonces dos documentos: uno en formato papel —es decir el primer testimonio del acta notarial—; y otro en formato electrónico o soporte electrónico, el documento que queda en nuestro ordenador y el que será utilizado digitalmente y transmitido a través de medio telemático, e incorporado a un expediente electrónico. Por ejemplo: cumple con los requisitos que pasaremos a señalar más adelante.

Asimismo, es importante destacar la prevención de la norma en cuanto a destinarle u otorgarle una eficacia específica al documento electrónico considerado original; lo que conlleva a establecer la importancia de la diferencia entre documento original electrónico y copia electrónica. Con el doctor Xavier Abel Lluch, decimos que “la autenticidad guarda directa relación con el valor de convencimiento que generen” los referidos documentos electrónicos (original y

copia) tanto públicos como privados. Por lo tanto el documento electrónico es asimilado al original siempre y cuando presente determinadas garantías; específicamente la firma electrónica avanzada, que conjuntamente con otros datos o extremos resultaran determinantes para otorgarle la máxima confianza al “original electrónico”. En definitiva se concreta en la seguridad de su contenido. El “convencimiento” generado por el documento electrónico (copia y original), se basará en la “confianza” que produzca. Es en este punto, donde Valentín Carrascosa, siguiendo a Colerio, propone el reconocimiento del carácter de “original” a todas las versiones, que serían diferenciadas por su grado; así el archivo informático sería el documento de “primer grado” y el impreso el de “segundo grado”. En el caso el documento electrónico este es el documento original y la copia en formato papel que se extrae o se materializa en la impresión, es el documento de segundo grado. Para los casos en que se llega a materializar en formato papel que no es el principio, sino la excepción cuando hablamos de documento electrónico.

También podemos utilizar otra terminología, es decir, en lugar de “original”, utilizar otras expresiones : “documento primitivo, inicial, primario o inédito”. En cualquier caso presentará una cualidad distintiva, que no se refiere a la información contenida, si respecto del momento de su creación (que puede tener o no relevancia).

Acta notarial de notificación. El acta de notificación es un tipo de acta de comunicación, que contiene actos propios del notario tendientes a hacer conocer algo a una persona determinada (el requerido) si ésta es la única finalidad estamos ante un acta de notificación.

Analizaremos las actas notariales de notificación, en tanto consideramos que la copia electrónica de la misma, y/

o su traslado (traslado de la copia electrónica), en principio puede reunir las características de un documento notarial electrónico y en esta línea de pensamiento es que innovamos diciendo que la copia electrónica de la matriz del acta notarial de notificación, extendida en soporte electrónico o digital y transmitida electrónicamente (por medio telemática) reúne las características que pasaremos a exponer.

El procedimiento de la notificación, que nos da el marco legal del *Reglamento notarial (Acordada 7533)*, el *Código general del proceso* y asimismo la *Acordada 7150*; no tendría modificaciones desde nuestro punto de vista en este estado de cosas desde el aspecto del procedimiento, ya que coexistirían en una primera instancia ambos sistemas o modalidades; en el caso de implementarse la copia electrónica (documento notarial electrónico) que para la modalidad o sistema con soporte informático o electrónico no reviste la calidad de primer testimonio como sí lo reviste para el sistema o modalidad con soporte papel. Por lo tanto las modificaciones recaerían sobre lo que refiere a la copia electrónica notarial como documento en sí mismo y su regulación.

Copia de la matriz (formato o soporte papel). El artículo 211 de la *Acordada 7153* señala: “copia es el instrumento público notarial derivado, traslado íntegro y literal de una escritura pública, a la que subroga en su valor jurídico y que habilita a la persona para quien se expide, a ejercer los derechos que le correspondan, resultante del documento reproducido”.

El escribano Bardallo define copia como documento notarial de reproducción, trasunto o traslado íntegro de una escritura pública, refrendado por escribano autorizante de la matriz o encargado del protocolo, expedido para las partes o sus integrantes, con el mismo valor que el original.

Aplicándose el referido artículo a todos los documentos

notariales, entre ellos al acta notarial a la que nos hemos referido a lo largo de estas paginas.

Copia como documento electrónico notarial (formato o soporte electrónico)

Características:

- ☞ Se puede transmitir telemáticamente.
- ☞ Se puede resguardar en soporte electrónico.
- ☞ Cumple con los principios generales establecidos en la *Ley 18.600*.
- ☞ Satisfacen el requerimiento de escritura.
- ☞ Tienen el mismo valor y efectos jurídicos que los documentos escritos, salvo las excepciones legalmente consagradas.
- ☞ Copia electrónica con valor de documento público.
- ☞ Permite acreditar quién es el firmante.
- ☞ Proporciona en tiempo real, en forma rápida y segura, información fiable y pública, en el instante en que se firma el documento sobre la cualidad de escribano actuante.
- ☞ Es el equivalente funcional a la copia simple (formato papel); en la cual el escribano estampaba “es copia fiel”.

A esta altura, siguiendo al doctor Xavier Abel Lluch, el “original” sería el archivo creado simultáneamente a la celebración, y que quedaría en los soportes informáticos pertinentes, y las copias, con contenido idéntico, serán los ejemplares producidos en momento posterior. Importan por tanto los sistemas de garantías “incontrovertibles” (sistemas encriptados de seguridad), que de no existir darán lugar al cotejo con el original y éste será aquel cuyo momento de creación sea el más remoto y que conlleva a una prueba pericial.

Finalmente, en el ámbito internacional, la norma que marcó criterios, fue entre otras la *Ley modelo sobre comercio electrónico* aprobada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Desarrollo Mercantil Internacional (UNCITRAL, *Resolución 51/162* del 16 de diciembre de 1996).

En conclusión “el documento electrónico original”, en el sentido integral de la expresión, será aquel que contenga toda la información, en su forma definitiva, en el momento en que haya sido generado por primera vez, esto es, la memoria del ordenador.

Otro punto a destacar, es el traslado a formato papel de la copia electrónica autorizada. Para que conserve la autenticidad y garantía material, dicho “traslado” deberá hacerlo el notario al que se le hubiere remitido, no perdiendo su carácter, valor y efectos.

Especialmente, en el ámbito de la administración de justicia, existen actuaciones que serán recepcionadas en documento electrónico disponiendo la normativa la custodia de los originales y en su caso la expedición de las copias. En nuestra legislación (LOT) y haciendo un paralelismo con la legislación española (LOPJ), que atribuye al secretario del tribunal o sede jurisdiccional, el empleo de los medios electrónicos, audiovisuales e informáticos de documentación y asimismo se le encarga el ejercicio de la fe pública judicial; señalamos que nuestra legislación también designa tareas de

contralor, autenticación, conservación y custodia a los actuarios judiciales. Como así también la utilización de la firma electrónica avanzada.

Nota de expedición. En cuanto a la nota marginal de expedición, la reglamentación vigente (*Reglamento notarial - Acordada 7533*) es válida y eficaz. Los artículos 234 a 238 regulan cómo debe hacerse la referida nota.

A dichos controles (artículo 237 literal “f”) se añadirían el destino de la misma (a qué organismo público se envía) y con qué fin se expide (finalidad); en este sentido seguimos los lineamientos que prevé la legislación española en su ley y reglamento del notariado.

A nuestro criterio, de acuerdo a las singularidades de la copia notarial electrónica, sería conveniente asimismo y en la medida de lo posible, el control del certificado digital en lo que dice referencia a la firma electrónica o digital avanzada de dicha copia; es decir los datos identificatorios del certificado digital entre otros.

Tenemos en cuenta lo que señala la ley española y el reglamento notarial español, a las que hemos hecho referencia en reiteradas oportunidades, en el desarrollo de este trabajo y que refiere para los casos de el “traslado a formato papel del documento electrónico”, en el cual se redacta nota en la cual consta el nombre y apellido, cargo, fecha del traslado, número de folio que lo integran y su limitado efecto a determinada incorporación a expediente o archivo. De igual forma, el notario dejará constancia en el protocolo de la expedición de la copia electrónica, al pie o al margen, donde se indicará la clase, carácter, destinatario, fecha y número de folios; asimismo podrá dejar constancia en el libro índice.

Entonces deberíamos analizar, y plantearnos la inte-

rrogante de cuáles otros aspectos hay que tener en cuenta en aquel control y su regulación.

Uso y resguardo de la copia electrónica notarial. Creemos que el ámbito de uso de la copia electrónica notarial es el de las redes abiertas con permisos específicos de acceso y con perfiles-roles determinados (a los efectos de preservar la seguridad jurídica) intranet notarial, redes públicas de oficinas públicas.

La conservación y resguardo, como principio de la misma se regularía en forma general y facultativa por la *Ley 18.220*.

Conclusiones: análisis final de la existencia del documento electrónico notarial

Siguiendo la evolución que se ha dado en la normativa internacional y nacional en materia de documento electrónico se vuelve necesario introducir disposiciones específicas a nuestra función notarial para la existencia y/o desarrollo del documento electrónico notarial, ya sea a través de una norma general y experiencia piloto, que adecúe el documento notarial al gobierno en red y a sus principios.

En cuanto a la referencia de una experiencia piloto adecuada a nuestra función, podría tomarse como uno de los tantas posibles, el proyecto desarrollado por la Dirección Nacional de Aduana, en relación a la función de los despachantes de aduana (en lo que refiere al ya citado *Decreto número 43/2011* y la *Ley número 18.694*). Hablamos de una experiencia piloto, enfocada especialmente para el notariado uruguayo y en relación a determinados documentos electrónicos notariales, como los que expusimos (copia electrónica no-

tarial, copia electrónica de acta de notificación notarial); determinaría la puesta en práctica, ejecución, participación y colaboración de la gestión del gobierno en red que se implementa gradualmente en diferentes organismos del Estado. Quienes por ser parte de los poderes públicos tienen la obligación de velar por los intereses de los ciudadanos, mediante eliminación, simplificación y agilización de los trámites. Si al ciudadano se le puede liberar de trámites y evitar pérdidas de tiempo en cuanto a la movilización física de documentos, y costos; y si para ello es necesaria la aplicación de las nuevas tecnologías y la intervención del notario en ejercicio de su función pública, que realice en forma personal y directa tareas que antes delegaba.

Asimismo, deberíamos lograr un formato definido por estándar internacional que pueda ser leído o escrito por cualquier aplicación que cumpla con el mencionado estándar. (normas ISO citadas) y asimismo en relación a la seguridad informática, las pautas o lineamientos que se regulan en *Ley número 18.719* del 27 de diciembre de 2010.

Entendemos que los documentos electrónicos notariales conllevan un gran ahorro de espacio necesario para su almacenamiento; para el almacenamiento de la información en ella contenida y una reducción del impacto ecológico por menor consumo de papel lo que hace a un principio de responsabilidad social.

En cuanto a la seguridad jurídica, la función notarial es insustituible pues solo ésta brinda, como dice el escribano Raúl Anido y coincidimos plenamente: “libertad, equidad y seguridad”.

Y siguiendo la normativa española, como asimismo nuestra normativa; se señala que la intervención del escribano público garantiza la autenticidad e integridad del documento. De este modo el artículo 17 de la ley española (número 24/2001) nos dice:

los instrumentos públicos [...] No perderán dicho carácter por el solo hecho de estar redactados en soporte electrónico con la firma electrónica avanzada del notario, y en su caso de los otorgantes o intervinientes, obtenida la de aquel de conformidad con la ley reguladora del uso de la firma electrónica por parte de notarios y demás normas complementarias.

De la misma forma los principios esenciales contenidos en la leyes multicitadas se encuentran en la esencia de nuestra función y actividad notarial: buena fe, confianza, red de colaboración intranotarial, seguridad jurídica.

Concluimos: que la existencia y utilización del documento electrónico notarial (cuyo equivalente funcional es la copia simple refrendada por el escribano público) en el ámbito de los negocios inmobiliarios, se vuelve viable, ya que le acelera los tiempos de la negociación. Por ser creación del escribano público con carácter de documento electrónico (original y copia electrónicas), cuya finalidad es brindar seguridad, acelerar el intercambio documental entre notarios, así como en un principio entre notarios y determinadas oficinas del Estado. Ejemplos actuales son: Dirección General de Registros, Banco Central del Uruguay y SINARE (Empresa en el Día). Por lo tanto estimamos que el desarrollo de una regulación adecuada y de una experiencia en el ámbito del documento electrónico notarial, facilitaría las relaciones jurídico-negociales al servicio del administrado y de las relaciones comerciales en general.

Bibliografía

ANIDO BONILLA, Raúl. “Discurso de, escibano pronunciado por [...] en el acto académico del Día del Escribano Uruguayo”, en: *Revista de la AEU*, diciembre de 2011.

KEMPER, Ana María. *Nuevas tecnologías y función notarial*. sl, spi, sf.
MADRIDEJOS FERNÁNDEZ, Alfonso. *El notario del siglo XXI. La copia notarial electrónica*. sl, spi, sf.
NOBLIA, Aída. “Usos Notariales del Documento y Firma electrónicas”, en: *Taller de la AEU*.
RODRÍGUEZ IRIGOYEN, Mara. “Importancia de las actas notariales en la función notarial”, en: *Jornadas Académicas de Actualización de Técnica Notarial*.
XXV Congreso Internacional del Notariado Latino, Madrid 2007.

Seguridad del mercado inmobiliario: la necesidad de instrumentos de regulación

Enrique Brancós Núñez

ENRIQUE BRANCÓS NÚÑEZ, notario español, trabajo presentado en el XXVII Congreso Internacional del Notariado, celebrado en Lima, Perú, del 10 al 12 de octubre de 2013.

Introducción

El mercado inmobiliario presenta unas características especiales derivadas de su objeto: los bienes raíces, que lo distinguen sustancialmente del tráfico de bienes perecederos, que es el habitualmente estudiado y considerado como patrón por los economistas. No deja de sorprender cómo algunas conclusiones obtenidas para los mercados de productos no duraderos, incluso de un solo uso, se extrapolan al estudiar los problemas de la negociación sobre fincas. Veamos algunas de las características diferenciales fundamentales que determinan la necesidad de este tratamiento específico.

La permanencia del inmueble en el tiempo

Los inmuebles permanecen y, en consecuencia, van transmitiéndose a lo largo del tiempo formando largas cadenas de títulos. Si falla un eslabón de la cadena por falsedad, fraude, nulidad o, en general, cualquier causa de ineficacia, en virtud de la regla general *nemo dat quod non habet* (nadie puede transmitir aquello que no tiene), se ven privados su

propiedad todos los adquirentes posteriores al eslabón fallido. Los defectos de las transmisiones anteriores actúan como verdaderas cargas de profundidad que destruyen las transmisiones posteriores. Aún habiendo adquirido de quien *prima facie* aparece como legítimo titular, la adquisición puede resultar claudicante en dos supuestos: por vicios o defectos del propio acto adquisitivo y por vicios o defectos en las anteriores adquisiciones.

La dificultad diferencial respecto de los bienes perecederos estriba en que no sólo hay que controlar la validez del propio acto adquisitivo sino también la de todos los actos adquisitivos anteriores. Es tarea complicada y difícil por cuanto implica reconstruir retrospectivamente todos los pasos dados. Se trata de un problema universal, inevitable, en la transmisión de inmuebles. Un tema clásico de la seguridad jurídica.

Los diferentes ordenamientos han diseñado —resumiendo a grandes rasgos— dos distintas respuestas al problema planteado:

Los sistemas de seguridad jurídica paliativa. Actúan *ex post facto* proporcionando por la vía del seguro una indemnización al adquirente defraudado en su expectativa.

Los sistemas de seguridad jurídica preventiva. Actúan con carácter previo evitando la disparidad entre seguridad jurídica y seguridad del tráfico a base de controlar, filtrar y homologar cada uno de los eslabones de la cadena de transmisiones de forma que —estadísticamente hablando— no pueda existir titular aparente distinto del titular legítimo.

Concretando más podríamos hablar de diferentes mecanismos: el “no-método” de los anglosajones, anclado todavía en la regla *memoria dat quod non habet*. No establece ningún control preventivo. El control se realiza a *posteriori*. Implica

necesariamente investigar retrospectivamente, cuando alguien desea adquirir, la regularidad de todas las anteriores transmisiones hasta cubrir, al menos, un período suficiente para que el transmitente haya usucapido (método del *title search* o *inquiry*). Normalmente se investigan 30 años. Del resultado de la investigación responde el experto que la realiza, pero sólo si falta a la diligencia propia de un profesional.

Dentro de este marco general —en lo que podríamos considerar un subgrupo— nace la *title insurance* que consiste en asegurar la posible pérdida independientemente de la diligencia observada por el investigador. La *title insurance* constituye el paradigma de los sistemas de seguridad jurídica paliativa.

Vamos ahora a los sistemas de seguridad jurídica preventiva. Frente al “no método” (*no rules*) anglosajón se encuentra el sistema latino-germánico. Tiene su origen en la gran entrada de tierras en el tráfico jurídico consecuencia de las políticas desvinculadoras y desamortizadoras que siguen a la Revolución francesa. Consiste en:

☞ Controlar preventivamente la regularidad de cada transmisión para reducir la probabilidad de que la titularidad del propietario sea claudicante. Esta tarea se encomienda al notario, que responde personalmente de dicha regularidad.

☞ Dar publicidad al propietario investido para establecer las prioridades en caso de una doble transmisión (sistema francés o italiano, entre otros), *prior tempore potior iure*. Se encomienda a los registros de la propiedad o a los catastros, según los países.

Eventualmente, con base en el control de regularidad de las sucesivas transmisiones, establecer una presunción inatacable de titularidad —irrevindicabilidad o adquisición a *non domino*, con todas las diferencias y matices que desbordarían este

estudio— en favor y protección del tercer adquirente (sistemas español, alemán y holandés, entre otros).

De este último elemento se prescinde en Francia, Bélgica e Italia. Es prescindible porque no se dan situaciones de ineficacia sobrevenida estadísticamente relevantes cuando el control de legalidad y regularidad lo ha efectuado el notario. Y, visto por su reverso, el tercero hipotecario sólo es posible cuando antes se han reducido las probabilidades de una ineficacia sobrevenida. Sin titulación adecuada no cabe tercero hipotecario. Con titulación adecuada sobra el tercero hipotecario. Basta la prioridad de títulos. El sistema francés lo demuestra. La finalidad del registro francés se limita —y en esto sí es imprescindible— a determinar la prioridad en la doble transmisión, sin desarrollar la idea del tercero hipotecario. Desde luego no existe doble calificación. El sistema funciona con toda fiabilidad y los franceses, belgas e italianos no sienten el más mínimo interés por cambiar esta arquitectura.

Pero incluso en los sistemas de plena protección al tercero, la escritura pública, gracias al control de legalidad y regularidad de cada eslabón de la cadena de transmisiones que constituye la esencia de la función notarial, es el eje del sistema. Como acertadamente ha señalado Rodrigo Tena: es un verdadero disparate decir que la clave de nuestro sistema de seguridad en el tráfico jurídico inmobiliario está en el artículo 34 de la *Ley hipotecaria* (LH) que protege sin paliativos al tercero de buena fe que adquiere a título oneroso confiado en el registro y es “mantenido en su adquisición aunque después se anule o resuelva el derecho del otorgante por virtud de causas que no consten en el mismo registro”. Porque, una de dos: o no juega prácticamente nunca, y entonces es absurdo decir que es la clave del sistema; o juega a menudo, en cuyo caso el sistema español sería una auténtica birria: un sistema que expropia continuamente al verdadero titular sin garantizarle ninguna indemnización. Imaginemos en esta línea qué ocu-

rriría si el sistema español fuese de documento privado en combinación con el artículo 34 de la LH. Podemos afirmar sin ninguna duda que se trataría del peor sistema del mundo.

Entraremos en el detalle de estos sistemas más adelante.

La capacidad del inmueble para producir utilidad a diversos sujetos. Gran parte de los bienes cuyo comportamiento se estudia sólo producen su utilidad a una persona, normalmente su dueño. En los bienes raíces es habitual que concurren derechos de muy distintas personas. Además del propietario es frecuente que ejerzan derechos sobre la finca un usufructuario, un arrendatario, un acreedor hipotecario o el titular de una servidumbre. Eso no sucede con una pluma estilográfica.

La complejidad jurídica. Consecuencia de lo anterior, el tratamiento jurídico de los bienes inmuebles es mucho más complejo que el de los bienes perecederos. La colisión de intereses, su priorización, su compatibilidad o incompatibilidad, presentan dificultades añadidas que frecuentemente requieren el tratamiento por especialistas.

En este punto el análisis económico del derecho acostumbra a incurrir en una omisión que altera seriamente sus conclusiones. Se suele considerar la intervención notarial como un coste impuesto, cuando es algo más complejo. Cuando se está enfermo, uno puede acudir a un médico o no. Es una posibilidad teórica. Pero en la realidad vemos que nadie se automedica. Si la salud está en peligro, siempre se acude al médico. Pues lo mismo puede decirse de las operaciones con un inmueble. Dada su importancia en la economía de una familia, que muchas veces supone años de duro trabajo, en ningún país las personas inexpertas afrontan en solitario una transacción sobre su vivienda. Salvo algún insensato, siempre se acudirá al especialista. Haya o no notarios en un país,

siempre hay un coste de asesoramiento. Da igual que el coste sea o no “impuesto”, es necesario y por ello se da siempre.

Esta idea, si se quiere, se puede exponer de una manera más elegante. Los economistas de la escuela neoclásica estudiaban los mercados desde una premisa de competencia perfecta. El hombre se comporta de una manera racional y adquiere sus bienes maximizando el beneficio en una estructura de mercado en competencia perfecta. Pero no es así. La nueva economía institucional acierta más cuando parte de la idea de que los mercados no son perfectos. Por varias razones: hay asimetrías de información, hay incertidumbres, hay comportamientos que no obedecen a una pura racionalidad económica. Por consiguiente, como ya señaló el nobel Ronald Coase, hay unos inevitables costes de transacción (costes de investigación e información; costes de negociación y decisión; costes de vigilancia y ejecución). La obtención de una adecuada información para lograr que las dos partes disfruten de la llamada igualdad de armas y la eliminación de las incertidumbres en la titularidad de los derechos del transmitente son dos de las metas más importantes a conseguir. Son siempre inevitables y se obtienen por medios que siempre implican coste. A partir de aquí, la nueva economía institucional trata de averiguar cuál es la vía más adecuada para reducir tales costes. Y, como veremos en este estudio, la desregulación no siempre es la solución que aporta mejores frutos. Los sistemas nacidos de las leyes desvinculadoras y desamortizadoras de la Europa continental se han manifestado más baratos y seguros que el *no rules* anglosajón. La interposición de un notario imparcial ejerciente de una función pública consistente en la dación de fe, con todo lo que conlleva, apoyado en un sistema de publicidad eficiente, ha aportado mucha mayor seguridad que los *deed* anglosajones. La última crisis *subprime* nos va a proporcionar la prueba. En palabras del también nobel

Douglass C. North, el mercado de vivienda residencial es un mercado imperfecto. Se trata de ver qué forma es más eficiente en predicarse de cualquier clase de inmueble.

En la ignorancia de estos detalles, muchos estudios económicos comparan los distintos sistemas de transmisión inmobiliaria considerando al notario como un coste, que se evita en los sistemas que no imponen su intervención. Pero no es así. Al final sucede lo dicho, ya sea en formulaciones más o menos elegantes. Cuando la cosa es seria nadie se automedica. Lo único que le interesa al ciudadano es ver qué sistema de atención sanitaria le presta mejor servicio. O dicho en lenguaje económico, los costes de transacción pueden tener carácter voluntario u obligatorio, pero siempre son necesarios. Se trata de ver qué sistema los minimiza de forma más eficiente.

La relevancia económica de los bienes inmuebles. Los bienes raíces no son los más valiosos, obviamente. Un cuadro puede tener mayor valor, sin duda. Pero nadie duda de que en la mayoría de las familias, la mayor inversión de toda su vida es la compra de la vivienda. Por ello, la especial cautela y la prudencia en la negociación de la misma tienen gran importancia.

A nivel colectivo las cifras son elocuentes. Aunque algunos economistas se atrevan sin ruborizarse a calcular la suma de la riqueza inmobiliaria mundial con total autoridad, seremos más prudentes y utilizaremos datos constatados. A propósito de la crisis hipotecaria tenemos cifras completamente fiables. Las estadísticas del Banco Central Europeo anotan que en el año 2008 las hipotecas representaban 50% del PIB de la UE-27. El *Informe mensual*, febrero 2012, de Caja de Ahorros y Pensiones de Barcelona, “La Caixa”, reseña las cifras que viene costando la crisis hipotecaria en Europa en ayudas a los bancos: apoyos en capital y liquidez, 500,000 millones de euros, correspondientes a inyecciones directas en capital

(con y sin derechos políticos), recompra de activos tóxicos para eliminar la incertidumbre de los balances o concesión de créditos para liquidez; 1'100,000 millones en emisiones de deuda con aval público. Total, 1'600,000 millones de euros. Según datos de Eurostat, los pasivos de los Estados han aumentado en 643,625 millones de euros. Las pérdidas ya constatadas entre 2007 y 2010 han sumado 70,000 millones de euros hasta el momento y quedan todavía los riesgos potenciales derivados de los avales a entidades que no puedan pagar y de las entidades nacionalizadas que acaben resultando invendibles o fallidas.

El latigazo de una crisis hipotecaria en la economía global ha evidenciado sin lugar a dudas la necesidad de una regulación del mercado hipotecario en particular y del inmobiliario en general. Los *deeds* norteamericanos y sus registros han fallado estrepitosamente. Algunos encargados de los registros de *deeds* han denunciado porcentajes de documentación errónea superiores a 80%. Hoy nadie duda de la necesidad de mejorar la regulación.

Recordando las palabras de Robert J. Shiller en su obra *The Subprime Solution*: “Otra posible opción automática podría consistir en la exigencia de que cada prestatario hipotecario tenga la asistencia de un profesional parecido al *civil law notary*. Tales notarios actúan en diversos países, aunque no en Estados Unidos. En Alemania, por ejemplo, el *civil law notary* es un profesional formado que lee en voz alta e interpreta el contrato y suministra consejo legal a ambas partes antes de autorizar las firmas. Este enfoque beneficia especialmente a quienes no alcanzan a obtener un consejo legal competente y objetivo. La participación de tal figura nombrada por el gobierno en el proceso del préstamo haría más difícil a los prestamistas sin escrúpulos dirigir a sus clientes hacia simpáticos abogados que no advertirían adecuadamente a sus

clientes de los peligros que pudieran estar enfrentando”¹.

La función social de la propiedad inmueble. Es otra característica que no concurre en los bienes perecederos y, en general, en la gran mayoría de los bienes muebles. La protección constitucional del derecho de propiedad no lo configura como derecho ilimitado sino, antes bien, sujeto a una finalidad colectiva más o menos intensa pero que, en cualquier caso, comporta restricciones de importancia. Las limitaciones urbanísticas, medioambientales, las relativas a la calidad de la edificación, o a la formación de explotaciones agrarias viables, la protección de los consumidores o arrendatarios, los derechos de tanteo y retracto de carácter público o privado, y un largo etcétera, imponen un conocimiento de multiplicidad de normas cuyo cumplimiento implica también regulación y, con ella, un funcionario o delegatario de la función pública que controle y exija su cumplimiento. A través de lo que se ha venido en denominar “forma de control”, mediante la intervención del notario los estados controlan aspectos tan diversos como: 1) el blanqueo de capitales (a través de las comunicaciones y control de los medios de pago); 2) la fiscalidad (a través de las comunicaciones fiscales obligatorias); 3) aspectos urbanísticos (a través de la averiguación de la calificación, cargas y obligaciones urbanísticas, la constatación de las licencias de segregación o edificación); 4) la calidad de la edificación (con la referencia necesaria a las autorizaciones de habitabilidad, seguros de la construcción, licencias, certificados de eficiencia energética); 5) la protección de los consumidores (a través de los llamados requisitos de inclusión, control de contenidos o consentimiento informado); 6) políticas agrarias (unidades mínimas de cultivo, derechos de ad-

¹ *The Subprime Solution*. Princeton, Princeton University Press, 2008. p. 134.

quisición preferente a favor de colindantes o arrendatarios; 7) mantenimiento y puesta al día del catastro público. Sin ánimo de ser exhaustivo, la intervención notarial presta un servicio como “forma de control” que es de alta utilidad en esta combinación del derecho de propiedad con su propia función social. El notario, en el cumplimiento de esta función de control, forma parte del propio regulador. Por ello se ha dicho que el notario no es parte del mercado sino que se halla fuera del mismo precisamente para ejercer una función de regulación.

A modo de recapitulación podemos decir, pues, que la propiedad inmueble presenta características especiales que no se dan en otros tipos de bienes, en especial los de consumo o perecederos. Por ello no cabe tratarlos desde el punto de vista del análisis económico de las instituciones jurídicas como otros bienes de mercado. Su pervivencia en el tiempo, formando largas cadenas de titularidad, la concurrencia de diversos derechohabientes sobre el mismo bien, la complejidad de la legislación y la consecución de finalidades colectivas dentro del ejercicio individual del derecho de propiedad de los bienes raíces, hacen aconsejable una solución específica para este tipo de bien. A partir de aquí procuraremos ver las distintas soluciones existentes al día de hoy.

Puede discutirse sobre planteamientos de teoría económica keynesianos o monetaristas, pero en el mercado inmobiliario el tema está en otro lugar. Está en sus peculiaridades, que generalmente escapan a la encomiable agudeza de los economistas “generalistas”. Aunque, sin duda, las tesis económicas radicalmente liberales, con su correlato de informalismo y falta de regulación y control, han agravado seriamente los problemas y ha sido necesaria una crisis devastadora para purgar sus errores y sus consecuencias. Dos textos nos darán la dimensión de la ceguera:

El *New York Times*, en su editorial de 15 de octubre de

2010, bajo el título “La crisis de las ejecuciones hipotecarias” denunciaba: “Los mayores bancos —incluyendo el Bank of America, JP Morgan-Chase y Ally Bank, cuyo propietario es GMAC— han suspendido las ejecuciones hipotecarias después de admitir que habían aportado decenas de miles de declaraciones juradas a los tribunales, atestiguando hechos en relación a préstamos impagados que no habían sido verificados por los empleados que firmaban los documentos. Si hay problemas en el establecimiento de la cadena de títulos se plantea de nuevo la cuestión del valor de las titulizaciones de hipotecas. Esto significa litigios que pueden dañar los beneficios de los bancos y, en el peor de los casos, arriesgar una nueva crisis de la economía global”.

Por su parte, el nobel Paul Krugman, escribió: “El desastre de las hipotecas está convirtiendo en sinsentido las afirmaciones de que [los norteamericanos] tenemos un sistema eficaz de exigencia de los contratos. Las historias de terror se han multiplicado, como la del hombre de Florida al que arrebataron su casa aún cuando no tenía ninguna hipoteca [...] Los comentaristas conservadores como los de la página editorial del *Wall Street Journal* han salido diciendo que la falta de documentación adecuada es una trivialidad. De hecho, dicen que si un banco afirma que posee nuestra casa debemos aceptar esta palabra [...] A mí esto me hace pensar en la época en que los señores feudales se sentían libres para apropiarse de lo que quisieran, conscientes de que los campesinos no tenían ni voz ni voto en los Tribunales”.²

Tras estos textos, creo que la necesidad de regulación del mercado inmobiliario —superado un pueril informalismo— queda fuera de toda duda. Pero no tanto *por mor* de unas teorías económicas más o menos acertadas, cuanto por las pe-

² Ver Enrique Brancós Núñez. “Hipotecas *subprime*: un negocio heterodoxo”. *El País*, 21 noviembre 2010.

cularidades del objeto de este comercio. Planteamientos que son válidos para otros mercados no encajan, por su especialidad, en el mercado inmobiliario. No se trata de ser keynesiano o monetarista, neoclásico o institucionalista, liberal o totalitario, se trata de que los coches no andan sin ruedas.

Sistemas de documentación, control y regulación de las transmisiones inmobiliarias

Como cuestión previa cabe señalar que la función de control y regulación es ajena a los sistemas documentales que no obedecen a la autoría de un funcionario público o profesional ejerciente de una función pública. Ello es así por concepto y, sobre todo, por falta de delegación de autoridad. Un *solicitor* asesora. Un notario, además, autoriza. El primero se desenvuelve en la esfera de lo privado. El segundo es un instrumento de la acción del Estado, con todas las consecuencias que comporta.

Vamos a ver, seguidamente, los dos grandes sistemas. El anglosajón, basado en el *deed*, y los sistemas europeos continentales, basados en la escritura. Conviene, ante todo, aclarar que nada tienen que ver la escritura pública notarial con el *deed*, aunque frecuentemente se traduzcan erróneamente como sinónimos. Al no existir el concepto de escritura pública en los sistemas anglosajones, no hay traducción exacta. Tampoco el *notarized document* norteamericano es equivalente. *Rectius*, la escritura pública vendría a ser un *formal official document drafted by a notary acting as a civil servant*. Demasiado largo. Por ello, la pereza intelectual lleva a hablar de *deed* como sinónimo de escritura. Yo, personalmente, utilizo la contraposición entre *deed* y *acte authentique* o escritura pública, que desearía que pudiera imponerse evitando así la deliberada

confusión que sólo puede interesar al documento de menor calidad, el *deed*. Entrando en un análisis más profundo podemos contemplar el diferente final a que conducen uno y otro documento

El *deed* anglosajón³

Entremos en el concepto de *deed* a partir de su origen histórico en Reino Unido. El derecho inmobiliario inglés se caracteriza por la dualidad, derechos *in law* y derechos *in equity*. Los derechos *in law* son derechos tipificados, inflexibles, esclerotizados en su contenido, que deben ser constituidos según un determinado formalismo. El instrumento formal es el *deed*. El *deed* es, asimismo, un documento tipificado, de contenido tasado. En los entresijos de esta tipicidad estricta, nacen y viven los derechos *in equity*, que no requieren constitución formal y son de geometría variable.

En Inglaterra y Gales, el único documento que produce efectos *in law* y es inscribible en el Land Registry, es el *deed*. Es un documento privado, formal en su contenido, debe constar por escrito ante testigos y debe tener un contenido mínimo prefijado. Está inicialmente concebido como documento unilateral. No interviene en él un fedatario al uso del derecho continental. Resulta difícil distinguir el *deed* de cualquier documento privado que no tenga el valor de *deed*. Como dice Mackenzie y Phillips, “*the difference between a deed and a document which is merely ‘in writing’ is less obvious now (tras la supresión de la obligación de sellar el documento) but the distinction between the two is essential because, as we have said,*

³ Enrique Brancós. “La transmisión inmobiliaria en Europa: papel del notario y del Registro de la Propiedad”. *Noticias de la Unión Europea*. N.º 328, mayo 2012. Wolters Kluwer. España.

most legal estates and interests cannot be created or transferred unless a deed is issued”.⁴

El *deed* es asimilable a nuestro documento privado con testigos y puede presentarse al registro por correo sin excesivos controles de autoría y con toda la incerteza que ello genera. El Land Registry emite un juicio sobre el *deed* —y los *deed* precedentes, en su caso— que no constituye un documento auténtico ni ha estado sometido al control de legalidad como sucede con los *actes authentiques* continentales. Una vez valorado el *deed*, éste pierde su sentido y función, desaparece, y el Land Registry expide un título o certificado de propiedad (con varios grados según su fiabilidad, como podremos ver más adelante). La emisión de este certificado o título de propiedad le puede generar responsabilidad en los casos de rectificación por error en la atribución de propiedad, pero no en los de alteración del contenido del registro, que puede obedecer a muy diversas causas. Así, un poseedor real de la finca con un derecho *in equity* no inscrito puede vencer a un titular con *absolute title* emitido por el Land Registry.

Como consecuencia de la escasa fiabilidad de los títulos que se llevan a inscripción, el sistema inglés tiene que dar prioridad a la posesión visible de la finca sobre el contenido del registro. El titular de un derecho que se halle en actual possession (posesión real de la finca), tiene un *overriding interest* (derecho nacido fuera del Registry, que podía ser detectable a través de inspección —*notice*— diligente) que es preferente

⁴ Mackenzie y Phillips. *Land Law*. Oxford, Oxford University Press, 2010, p. 20. “La diferencia entre un *deed* y un documento meramente escrito es menos obvia actualmente (tras la supresión de la obligación del sello), pero la distinción entre ambos es esencial puesto que, como se ha dicho muchas propiedades inmuebles y derechos inmobiliarios no pueden ser creados ni transferidos si no es mediante la creación de un *deed*”.

a los derechos inscritos. Es decir, la publicidad posesoria prima sobre el registro. Como dicen los ingleses, *possession is nine tenths of the law* (la posesión es nueve décimas partes del derecho). Y el perjuicio del titular despojado será un caso de alteración del registro con base en un *overriding interest*, que no genera indemnización pues podía detectarse mediante la inspección diligente por parte del adquirente y no de rectificación por error y, por tanto, indemnizable por el Land Registry.

El desconocimiento del *acte authentique*, facilita el fraude, la suplantación de la personalidad y priva al documento de la presunción de legalidad. Y es sabido que la calidad de un registro de la propiedad depende de la calidad del documento que se inscribe. La fragilidad del *deed* influye negativamente en la publicidad registral. La inseguridad del sistema registral inglés queda patente en la propia web del H.M. Land Registry (www.landregistry.gov.uk). Ya su página general contiene una sección llamada a *property fraud advice* (avisos sobre estafas). Dentro del capítulo correspondiente advierte “*Fraudsters [...] may attempt to acquire the title by using a forged transfer or impersonating the owner*” (los estafadores pueden intentar adquirir el título utilizando una transmisión falsificada o suplantando la personalidad del propietario).

A título de curiosidad, el propio registro señala como supuestos de riesgo de fraude: *where a relationship breaks down o where a property is empty or is bought to let* (cuando una relación se rompe, o cuando una propiedad está vacía o cuando se compra para revender). Y arbitra unos remedios. Entre ellos designar hasta tres domicilios para ser notificado de cualquier modificación en las menciones del registro, o la introducción de *restrictions* o limitaciones a la disposición en la inscripción registral de la finca. Una de las *restrictions* consiste en dejar ordenado que no se registre ningún contrato relativo a la propiedad, “*unless a solicitor or other profesional conveyancer has cer-*

tified that they have checked the identity of the person who has signed the deed. This could help to prevent a fraudster forging a signature on a deed". Con esta última restricción parece como si, poco a poco, el sistema inglés fuera descubriendo una parte de la utilidad y función del notario continental.

Destacan la lentitud y los errores del sistema inglés. Tanto por la necesidad de la inspección del inmueble, como por el imprescindible análisis de los derechos concurrentes, como por los errores en la documentación. Murray y Stürner⁵ indican que los errores en la documentación rebasan con sorprendente frecuencia el 50% del total de asientos.

Por ello, desde la ley de 2002, el Land Registry busca su seguridad a través del *e-conveyancing*, la firma electrónica, que si bien en un principio pareció la solución a todos los problemas, en la práctica va mostrando sus limitaciones. Como señalan Mackenzie y Phillips⁶ para que el sistema fuera realmente eficaz habría que imponer que no sólo los derechos *in law* sino todas las situaciones *in equity* siguieran la formalidad del *e-conveyancing*, lo que es una contradicción en sí misma, porque precisamente los derechos *in equity* surgen al margen de las titularidades formales *in law*. No parece que ni la doctrina ni la jurisprudencia se hallen dispuestas a aceptar esta grave restricción. Se consideraría desproporcionado que un derecho *in equity* fuera negado por haberse contratado o adquirido al margen del *e-conveyancing*. Por otra parte, señalan Murray y Stürner⁷ que existe el temor de que un registro electrónico directamente operado por los *conveyancers* en sustitución del personal del registro quede degradado por el inaceptable nivel de errores de aquéllos. Ciertamente, con 120,000 asociados es difícil mantener un nivel uniforme de calidad.

⁵ Murray y Stürner. *The Civil Law Notary*. Beck, 2010, p. 65.

⁶ Mackenzie y Phillips. *op. cit.* p. 136.

⁷ *Ibid.* p. 66.

Otra característica. La incorporación de la propiedad inmobiliaria al Land Registry es relativamente reciente, faltan las largas cadenas de propietarios registrados que integran el seguro y altamente fiable tracto sucesivo de los sistemas continentales. No deja de ser sintomático que el Land Registry, tras la valoración del *deed* y de los antecedentes, clasifique los títulos de propiedad que expide en siete clases, de mayor a menor, según el grado de fiabilidad (3 para los *freehold: absolute, possessory* y *qualified*; y 4 para los *leasehold: absolute, good, possessory, qualified*).

La falta de una documentación auténtica y de un registro consolidado determina inexorablemente que los derechos "extrarregistrales" tengan gran trascendencia inmobiliaria registral, limitando o anulando los pronunciamientos registrales. Estas carencias desembocan en la consecuencia inevitable de tener que reconocer a la posesión una mayor eficacia de publicidad que al propio registro: la actual ocupación basada en un título —*legal* o en *equity*— que la justifique, es un *overriding interest*, un derecho preferente al del titular registral. La preminencia de la posesión sobre el Registry impone siempre la necesaria e inevitable inspección de la finca para descubrir cualquier posible ocupante. Así pues, quien adquiere un derecho del titular registral puede verse vencido por el titular de un derecho no inscrito si éste último está en la posesión real y actual de la finca y el adquirente pudiera haberlo detectado en una razonable inspección de la finca ("*when disclosure could reasonably been expected.*" s. 3, p. 2 [b], quedando excepcionalmente protegido sólo "*if the occupation would not be obvious on reasonably careful inspection of the land*", p. 2 c)). Así resulta claramente de la s. 3 de la *Land Registration Act 2002*.

En el caso Thompson *versus* Foy, primero que se falla aplicando ya la *Land Registration Act 2002*, se reafirma la tesis expuesta. Aunque el juez resuelve en contra del reclamante

por no estimar la existencia de una captación de voluntad, una influencia indebida, reconoce que de haberse dado ésta hubiera apreciado la existencia de la actual *occupation* como un *overriding interest* de acuerdo con la LRA 2002, porque dicha norma no ha supuesto variación alguna de los principios generales procedentes de la legislación anterior.

Mackenzie y Phillips⁸ reconocen que incluso el *absolute title*, el título de propiedad al que el Land Registry otorga mayor garantía, no es completamente seguro y que el propietario con dicho título puede perder su titularidad. Por otra parte —prosiguen— la *Estate guarantee* no siempre opera porque la compensación no procede para todos los sujetos que sufren una pérdida. Bajo la LRA 2002, la modificación del registro como consecuencia de un *overriding interest* no se conceptúa como una “rectificación” de un error que daría derecho a indemnización sino una “alteración” que no da lugar a indemnización “because, as we have seen, all registration of title is made subject to any overriding interest which may bind the estate”.

Todos los especialistas coinciden en señalar que los *overriding interests* y, en especial, la actual *occupation* constituyen el talón de Aquiles del sistema registral de Inglaterra y Gales. No cabe duda de que se trata de un esquema jurídico-conceptual rudimentario, casi primitivo, que hace muy complejo el tráfico jurídico inmobiliario convirtiendo en imprescindible de hecho la intervención del *solicitor* profesional, por más voluntaria que parezca o disponga la ley su innecesariedad. La inexistencia de la escritura pública o *acte authentique* rebaja la fiabilidad del Registry por la sencilla razón de que acceden al mismo documentos sin garantía y la consecuencia final es que hay que asegurarse mediante la averiguación de la *actual occupation* que no existan otros derechos incompatibles con los pronunciamientos registrales.

⁸ *Ibid.* pp. 127 – 129.

Todo ello, además, encarece el sistema, como tendremos ocasión de ver al hablar de los costes.

El sistema —o falta de sistema— del *deed* norteamericano es todavía más elemental. En síntesis, y salvando las grandes diferencias existentes en los distintos Estados, los registros norteamericanos no son sino colecciones de documentos carentes de autenticidad (recientemente apareció en la prensa la compra y registración del Empire State de New York por un personaje ficticio “Nelots (*stolen*, al revés) Properties”), ordenados por fechas, que sólo permiten acreditar su existencia en un momento del tiempo. En consecuencia, cualquier adquirente se ve compelido a tener que analizar la validez de las anteriores adquisiciones, hasta completar el plazo de prescripción (suponiendo que no se haya interrumpido), y contratar un seguro de título que le indemnice económicamente en caso de verse privado de la propiedad o derecho sobre la misma adquiridos.

En el otro lado, la Consumer Alert del California Department of Real Estate empieza avisando de que el encargado del registro de *deeds* no es responsable de verificar la validez, autenticidad o legitimidad del documento que se registra. Hay que reconocer que los fraudes muchas veces se ven facilitados por una defectuosa actuación del *notary public*, pero poco o nada tienen que ver los *notary* norteamericanos con los notarios de derecho latino-germánico europeos. Trataré más extensamente este tema. No obstante, la mayoría de las veces el origen del fraude está en el abuso de confianza con que se obtiene el *deed*. El estafador, advierte el California Department of Real Estate, induce al propietario de la finca a firmar documentos “sin importancia”, o que sólo producirán efectos si se dan “determinadas circunstancias”, documentos que al final resultan ser un *deed* fraudulentamente obtenido. A veces roban el *deed* del propietario y el estafador falsifica la firma de dicho propietario en un nuevo *deed*. Son supuestos,

todos ellos, verdaderamente inimaginables si estamos ante un notario de tipo latino-germánico que autoriza una escritura pública.

Los sistemas continentales europeos, aparentemente más complejos conceptualmente, resultan al final mucho más seguros y más fáciles de operar. En realidad, ninguno de los problemas que les aquejan se sufren en el continente.

La escritura pública o *acte authentique*

Estudemos ahora los sistemas fundamentados en la escritura pública o *acte authentique*. Junto a los sistemas registrales llamados de mera oponibilidad (en los que el registro solamente protege al que inscribe frente a títulos no inscritos), existen otros sistemas continentales en que el registro garantiza al adquirente, no sólo la prioridad de su adquisición, sino también la inamovible presunción de que el título inscrito del transmitente es inatacable una vez efectuada la adquisición por el tercero. Es la llamada presunción registral de exactitud y/o legalidad, que se añade a la inoponibilidad de lo no inscrito. Los segundos se conocen como sistemas de plena protección al tercero.

Dentro de este segundo esquema, el aspecto positivo de la protección del registro se produce por el lado del adquirente que, reuniendo el requisito de buena fe (y adquiriendo a título oneroso, en algunos países), se ve absolutamente protegido (a menos que sea nula su propia adquisición, en cuyo caso el problema reside en su propio acto adquisitivo). Pero, visto por su reverso, surge un aspecto negativo respecto del *verus dominus* inscrito en el registro, que mediante un acto fraudulento, falso o nulo puede verse privado de su titularidad en favor de un tercer adquirente. (Imaginemos que A es el titular registral. B falsifica un título adquisitivo —o adquiere

de un apoderado de A con poderes insuficientes, o adquiere siendo A incapaz, o un menor no asistido, o adquiere por un acto radicalmente nulo— e inscribe su derecho como comprador de A. Una vez figura B como titular, vende a C, adquirente de buena fe cuya posición deviene inatacable. Al final del proceso A se habrá visto injustamente privado de su propiedad y sin posibilidad de recuperarla). La tensión entre la protección al *verus dominus inscrito* y el tercer adquirente que confía en los datos del registro, se resuelve con el *acte authentique*, que hace altamente improbables estos supuestos.

Así pues, es necesario equilibrar esta tensión entre la protección del adquirente (seguridad del tráfico) y la protección del *verus dominus* (seguridad jurídica). Como veremos, el *acte authentique* es esencial e indispensable para obtener este equilibrio. De hecho, es la piedra angular de todo el esquema de protección. Sin un buen título no hay buen registro.

La fiabilidad de la titulación notarial es, pues, la base de los grandes sistemas registrales de la Europa continental. Y el esquema expuesto vale para todos ellos. Ahora vamos a ver brevemente las especialidades de cada tipo.

Sistemas basados en la abstracción causal. El sistema de seguridad jurídica preventiva de Alemania parte de un *acte authentique* necesariamente autorizado por un notario, que ejerce un control que abarca la identidad de los contratantes, la representación, las facultades dispositivas, el consentimiento informado y la legalidad del contrato. Se evitan los *forged transfer* o la *impersonation of the owner* sobre los que fatalmente tiene que advertir la web del Land Registry en los *property fraud advice*. Se consigue, además una mejor información del consentimiento con la consiguiente eliminación de vicios. El BGB refuerza la fiabilidad del sistema imponiendo la intervención del notario alemán y dando a la inscripción registral el carácter de constitutiva del derecho inscrito.

En el *acte authentique* alemán pueden observarse dos partes netamente diferenciadas: el contrato propiamente dicho y el acuerdo sobre la transferencia abstracta de propiedad o *Auflassung*, que se concreta exclusivamente en un párrafo al final de la escritura en que el vendedor o transmitente, en su calidad de actual titular registral, consiente en que la finca se inscriba a nombre del adquirente. En el registro solamente se inscribe esta última parte del documento, el acuerdo abstracto de transferencia en virtud del cual el actual titular registral consiente en que la propiedad sea inscrita a favor de su adquirente.

Es lugar común de la teoría del derecho que un mero acuerdo abstracto tiende a desproteger al contratante débil o menos informado. La abstracción impide tomar en cuenta la buena o mala fe en el adquirente. La abstracción actuando por sí sola supondría la exclusión de toda idea de moralidad en las transacciones. Por ello, no se prescinde del acuerdo causal, que se recoge en la primera parte del documento notarial alemán. De hecho, se yuxtapone el negocio causal al abstracto. La ineficacia de este convenio causal no dejará sin efecto la *Auflassung*, con lo que el adquirente quedará protegido y, después de él, obviamente el subadquirente. La insuficiencia del convenio causal para generar el desplazamiento de la titularidad se reconduce a una acción personal de enriquecimiento a favor del titular inicial despojado y contra el adquirente en virtud de la *Auflassung*. Excepcionalmente, el parágrafo 812 del BGB contempla la posibilidad de que el propietario ilícitamente despojado reclame la restitución del bien —no la nulidad de la inscripción registral— si éste todavía pertenece registralmente al adquirente que fue su contraparte en el contrato claudicante.

En el documento, el notario alemán debe velar por la correspondencia entre los dos elementos, contrato causal y *Auflassung*. El notario tiene la obligación de advertir de cual-

quier vicio o defecto que perciba en el negocio que autoriza y que pudiera desembocar en esta falta de correspondencia. El resultado final es que muy pocos, estadísticamente irrelevantes, son los casos en que la *Auflassung* tiene que deshacerse por defectos del convenio causal. Así se equilibra en el sistema alemán, a través de la escritura que contempla ambos aspectos del negocio, la tensión entre la seguridad del transmitente y la de los sucesivos adquirentes.

El sistema alemán tiene, además, tal grado de antigüedad en el tracto sucesivo y es tan segura la validez de la *Auflassung* como consecuencia de la abstracción de causa y el control notarial de legalidad, que en ningún momento hay que echar mano de los *overriding interests* en favor de un actual possessor preferente. En el BGB, tampoco se precisa un plazo acelerado de usucapión para sanar los defectos del derecho inscrito.

Algún autor añade como complemento la función calificadora del encargado del Registro de la Propiedad alemán. No obstante, descartando aspectos puntuales y situaciones concretas en que el funcionario encargado de la inscripción tiene perfecto conocimiento de la falta de disponibilidad en el transmitente o en que resulta incumplida alguna obligación administrativa, la función calificadora del encargado es muy escasa. La calificación del negocio causal por el encargado del registro sería la antítesis del sistema alemán. La sede donde se conciertan el negocio causal y la *Auflassung* es la escritura. El registrador alemán no califica el fondo del negocio porque no tiene trascendencia registral alguna. El negocio de fondo queda bajo la responsabilidad del notario.

Sistemas causalistas con presunción de exactitud registral. El derecho holandés y el español no crean la distinción entre negocio causal y transmisión abstracta. El negocio causal contenido en la escritura pública o *acte authentique* es el motor de la transmisión.

En Holanda no hay transmisión inmobiliaria sin escritura ante notario holandés y posterior inscripción registral. Pero, dentro del mismo patrón causalista, la actividad del encargado del registro es radicalmente distinta en Holanda y en España. Mientras en España el registrador entra en el análisis del negocio causal, en Holanda eso es impensable y la valoración se reduce a los aspectos formales de documento. Pero entre uno y otro sistemas no se aprecian diferencias en cuanto a seguridad. Frente a este tercero el registro siempre se presume exacto. En Holanda, tras la reforma del *Código civil*, tal protección deriva indirectamente del carácter constitutivo de la inscripción. El derecho no inscrito no genera propiedad y, por consiguiente, no puede prevalecer sobre el inscrito que sí ha generado tal derecho. Es el mismo efecto que en España produce el artículo 34 LH.

El encargado del registro en Holanda, de acuerdo con el artículo 19 (3.1.2.3) comprobará la coincidencia del bien, que el disponente es el titular registral y que no hay títulos incompatibles. Sólo podrá rechazar la inscripción si los documentos no son conformes (formalmente, más que de contenido) a la ley o si no se ha dado cumplimiento a algún requisito legal necesario para la inscripción (art. 20.3.2.1.4). El negocio debe pertenecer a un tipo que comporte la inscripción pretendida. Se trata, pues, de una comprobación requisital. Con este esquema, tal como ha puesto de manifiesto María Sánchez Moreno, se consigue en Holanda que una escritura de compraventa quede inscrita en menos de una hora contada desde su presentación en el registro, con el consiguiente ahorro de tiempo y costes. Actualmente se puede inscribir ya directamente una ficha normalizada confeccionada por el notario en la que se contienen los datos esenciales para practicar la inscripción registral. Con ello se agiliza la inscripción y se rebaja su coste, como tendremos ocasión de ver.

Sistemas de mera oponibilidad sin presunción de exactitud registral. Francia e Italia prescinden de la presunción de legalidad/exactitud del registro. En cierto modo la escritura aporta las presunciones de exactitud y legalidad, sin que el registro se ocupe de las mismas. Se entiende que el control notarial de legalidad hace estadísticamente irrelevantes los supuestos de ineficacia de la transmisión. Por ello el registro es de mera inoponibilidad de los derechos no inscritos frente a un tercero. El registro sólo ordena la prioridad.

Hasta tal punto el control de legalidad se confía a la actividad del notario que el artículo 2.674 del *Codice civile* italiano sólo permite denegar la inscripción si el título notarial inscribible no reúne los requisitos formales (y en las herencias si no se presenta copia auténtica del testamento, certificado de defunción y escritura de aceptación de herencia). En otro caso, si el encargado del registro retrasa o rehusa la inscripción, puede incurrir en responsabilidad. Según el artículo 2674 bis, si considera que la escritura es abiertamente nula (“*gravi e fondati dubbi sulla trascrivibilità di un atto o sulla iscrivibilità di un ipoteca*”) deberá practicar la inscripción haciendo simplemente una reserva que los interesados pueden eliminar acudiendo al juez, que decidirá.

Siguiendo una línea similar, en Francia, salvo en lo referido a la inoponibilidad de los derechos no inscritos, no se contemplan efectos civiles de la inscripción “por no predominar en Francia relación del Registro de la Propiedad con los aspectos puramente civiles de la publicidad inmobiliaria”, tal como dice García García.⁹

De hecho el *Registre Foncier* sólo deniega la inscripción por falta de menciones relativas a la correcta identificación de la finca o del derecho que se pretende inscribir (*Décret 55-*

⁹ García García. *Derecho inmobiliario registral o hipotecario*. Madrid, Civitas, 1988, tomo 1, pp. 348 y 352.

22, *Décret 55/1350*, modificado por el *Décret 2012-14*, *Ord. 2010-638* y arts. 2428 y 2430 CC).

A modo de conclusión cabe decir que ninguno de los sistemas continentales, basados en el *acte authentique*, sufre problemas de seguridad. Aunque el registro no se ocupe del fondo del negocio. Desde luego las advertencias de la web del Land Registry, “*Fraudsters [...] may attempt to acquire the title by using a forged transfer or impersonating the owner*”, o del California Department of Real Estate, son impensables en nuestro sistema. Por el contrario, en los sistemas continentales la escritura pública es suficiente para sostener la seguridad del registro. Como dice García García en el caso de Francia: “El notariado es tradicionalmente base esencial en el sistema francés, sobre todo teniendo en cuenta que el registro no da presunción de legalidad ni de exactitud, lo que exige que el funcionario que expida el documento sea el responsable de la legalidad y la validez del acto que autoriza”. Es decir, basta el control de legalidad notarial sin más para sustentar todo un sistema cuya práctica diaria demuestra, en términos estadísticos, que resulta absolutamente seguro.

Una adecuada regulación del mercado hipotecario ha de pasar por una protección de los derechos mediante un sistema de seguridad jurídica eficiente. Puede asegurarse a la vista de lo expuesto que dicha seguridad está más conseguida en los sistemas de notariado latino-germánico en que el título inscribible es la escritura pública o *acte authentique* que en aquellos que desconocen la figura del notario. Y, por otra parte, se demuestra que si el control de legalidad y validez lo realiza el notario, no es necesario que el registro entre en su consideración para que el sistema sea seguro. Es por ello seguramente que algunos estados de Estados Unidos tratan de desarrollar la figura del *civil law notary* que se aproxima a los notarios de corte latino-germánico. Es el caso de Luisiana, Florida y Alabama, a los que se quieren sumar otros. En

este sentido, el regulador va virando desde el informalismo que preconizaba hace algunos años hacia posiciones más prudentes y cercanas a nuestro sistema. En definitiva, la nueva economía institucional lleva razón al considerar que hay sistemas más eficientes que el libre mercado sin regulaciones.

Otros sistemas. En la UE podemos encontrar también el modelo absolutamente exento de intervención de fedatario en Suecia y algún otro país de reducida dimensión. Ello no significa en absoluto que las partes prescindan de la intervención de un “experto”. En este caso, llenan esta función los propios intermediarios de la operación, con los inconvenientes que señalan Murray y Stürmer en la sección de su estudio dedicada a Suecia. La ausencia de identificación oficial y de control de la autenticidad de la firma, facilitan el fraude y la suplantación de personalidad. La falta de una profunda educación jurídica y la ausencia de pericia legal, hacen que la calidad del asesoramiento a vendedores y compradores sea bastante cuestionable. Y el conflicto de intereses, puesto que el intermediario persigue una comisión por vender, es difícilmente conciliable con la imparcialidad en el asesoramiento. Que la ausencia de un notario en funciones de *gatekeeper* no es un método más seguro ya se ha visto suficientemente. Que tampoco es más barato queda demostrado en el estudio de Murray y Stürmer que se cita en el apartado relativo a costes. Y al “precio de la libertad” habría que añadir, además, el coste individual y social derivado del aumento de la litigiosidad consecuencia de un asesoramiento deficiente. Este precio es el que paga en concepto de seguro de título el usuario norteamericano y ya está demostrado que no resulta en absoluto competitivo, como corroboran Murray y Stürmer. Así también lo entienden Knieper (*Economic Analysis of Notarial Law and Practice*) y Schiller (*The Subprime Solution*). Como demostración basta comparar la evolución

de dos burbujas inmobiliarias. En Estados Unidos la *foreclosure* de las hipotecas *subprime* ha sido absolutamente caótica. El nobel Paul Krugman ha calificado las *foreclosures* basadas en documentos de dudosa autenticidad, cuando no abiertamente falsos, de procesos medievales, totalmente carentes de garantías. Por el contrario, la ejecución de las hipotecas españolas no ha presentado problema jurídico alguno en los juzgados, independientemente del debate político sobre la oportunidad de los desahucios.

El costo

Tal como comentaba en la introducción, muchos estudios económicos comparan los distintos sistemas de transmisión inmobiliaria considerando al notario como un coste, que se evita en los sistemas que no imponen su intervención. Pero no es así. Los costes de transacción pueden tener carácter voluntario u obligatorio, pero siempre son necesarios. Se trata de ver qué sistema los minimiza de forma más eficiente.

La superioridad de los sistemas notariales latino-germánicos combinados con un registro de publicidad, sobre el seguro de títulos, está más que demostrada en cifras. No es preciso insistir. Hablé de ello en el Congreso Notarial español de 2004. También Ricardo Díaz Hidalgo en la Asamblea de Notarios de Punta del Este, en 2006. En 2007, Ernesto Tarragón Albella con motivo del XXV Congreso Internacional del Notariado celebrado en Madrid. Hoy disponemos de los datos por internet y la evidencia es absoluta. Más si se tiene en cuenta que frecuentemente las compañías excluyen riesgos en sus pólizas sin que ello suponga reducción de la tarifa o incluyen otros, *endorsements*, que cobran aparte. Y, todavía más, si se considera que el coste del seguro de títulos no comprende el coste del abogado o asesor que

deberá controlar el propio contrato de compraventa y el cierre o *escrow*. Y con eso todavía no se ha garantizado el asesoramiento imparcial para la contratación del propio seguro de título, que en buena ley requeriría un profesional independiente.

Si queremos comparar con el Reino Unido, el informe *Doing Business 2012, Registering Property in United Kingdom*, para una propiedad en Londres de cerca de 1,2 millones de libras anota unos costes asociados de entre 3.500 y 10.000 libras (amplio margen, por cierto) para la labor del *solicitor* del vendedor (entre ellas determinar “*who is in actual occupation*” —según consta en el informe— aspecto que hemos tenido ocasión de analizar en detalle al hablar del *deed*) y de entre 300 y 1,000 libras para la labor del *solicitor* del comprador. El procedimiento puede tomar entre 1 y 4 semanas. No presentando ventaja económica ni de tiempo y, considerando sus limitaciones en materia de seguridad jurídica a las que antes se ha hecho referencia, no cabe decir que el *deed* británico deba tomarse como modelo a seguir, antes al contrario. El sistema notarial latino-germánico ha conseguido precisamente lo que Douglass North y la nueva economía institucional consideran fundamental, reducir los costes de transacción por un método, en este caso un híbrido entre lo público y lo privado, que reduce la incertidumbre y, por ello, es más rápido, más seguro y más barato.

No es necesario extenderse sobre este punto. La evidencia cumple la tarea. Basta relacionar lo que se ha dicho al comparar los distintos sistemas desde el punto de vista jurídico con su correlato económico.

La imparcialidad

Señala Rolf Knieper,¹⁰ citando a Murray y Stürner, que en Suecia, la estructural relación fiduciaria entre el *broker* inmobiliario y el vendedor perjudica al comprador con la necesaria implicación del *broker* en la preparación de los documentos legales. En Gran Bretaña, la asociación entre *lawyers* y bancos desequilibra la neutralidad y en Estados Unidos, la fidelidad de los *lawyers* se decanta por las instituciones financieras y las aseguradoras de títulos.

Tenemos un ejemplarizante caso práctico con ocasión de la crisis *subprime* en los intermediarios de hipotecas en Estados Unidos. La experiencia de los intermediarios en la crisis *subprime* de los Estados Unidos ha sido nefasta precisamente por obedecer a un sistema de incentivos equivocado que, además, no era obligación poner de manifiesto de una manera explícita. Basta con entrar en la web del FBI y consultar sus informes anuales sobre el fraude hipotecario para ver que los intermediarios engañaron a las entidades crediticias falseando estudios de solvencia, falsificando títulos de propiedad o inventando identidades de compradores/prestatarios inexistentes, pero también a los compradores de viviendas financiadas mediante las hipotecas que comercializaban tales intermediarios ocultando aspectos esenciales de los contratos de crédito hipotecario que les aconsejaban. El propio presidente Bush reconoció que seguramente los consumidores no sabían lo que estaban firmando.¹¹ La externalización de la labor

¹⁰ Rolf Knieper. *Eine ökonomische Analyse des Notariats*. C. H. Beck. München 2010.

¹¹ “Muchos de los prestatarios (*subprime*) se confundieron en los términos de sus contratos o fueron engañados por prestamistas irresponsables [...] la verdad es que probablemente no entendieron lo que estaban firmando”. George W. Bush, agosto 2007.

de comercialización de los créditos hipotecarios determinó la disociación de incentivos entre la entidad crediticia y el intermediario. Cuando era la propia entidad quien comercializaba, estaba directamente interesada en el buen fin de la operación, por lo que controlaba el proceso con mayor rigor. El incentivo del intermediario se centraba exclusivamente en cobrar su comisión.

El problema se ha vuelto no sólo contra los prestatarios mal aconsejados, sino también contra los prestamistas y los inversores en préstamos hipotecarios. La documentación presenta tantos fallos que está resultando muy dificultoso poder ejecutar las hipotecas. Los documentos falsificados aparecen por millares. Son ya muchos los encargados de los registros de *deeds* que denuncian porcentajes de documentación errónea superiores a 80%. Los informes del FBI apuntan en esta dirección y son todavía más claras las denuncias de los responsables de los registros.

El papel jugado por los *notaries* debe reconocerse que tampoco ha sido muy brillante, pero poca cosa tienen que ver los *notaries* americanos con nuestra profesión. Como lamenta un especialista,¹² “durante cientos de años hemos confiado en los documentos notarizados. Como parte desinteresada, desde todos los puntos de vista podía confiarse en que los documentos eran ciertos. Desde que los bancos empezaron a tener empleados notarios, esta noción se acabó. En nombre de la conveniencia de los negocios, los banqueros han subvertido las reglas del derecho y la integridad del proceso judicial. Atrás en el tiempo, en 1984, nuestra Corte Suprema reconoció la importancia de los notarios y el valor que su firma y sello comportan. En una reclamación contra Texas sobre la prohibición de ser notarios los ciudadanos

¹² Bryan Mahany. *Forged Mortgage Documents-Where Were The Notaries?* www.mahanyertl.com

extranjeros, la Corte dijo lo siguiente sobre la importancia de los notarios: “Con la facultad de conocer documentos como testamentos y contratos, *leases* e hipotecas; tomar declaraciones extrajudiciales; administrar juramentos; y la facultad de rechazar precedentes; los notarios de Texas se hallan implicados en incontables asuntos de importancia para el funcionamiento diario del gobierno del estado. La comunidad de Texas depende del notario para asegurar que las personas que realizan los documentos están cuidadosamente identificados, que rechazan cualquier identificación que sea falsa o incierta, y que las declaraciones están ordenada y cuidadosamente administradas. Los títulos de las fincas y la sucesión de las propiedades dependen del cuidado e integridad del notario, tanto como de la familiaridad del notario con la comunidad, para verificar la autenticidad de los documentos celebrados. Es seguro que podría resultar un gran daño del deshonesto o negligente cumplimiento de las obligaciones de los notarios [...]”.

Lamentablemente el tiempo ha corrido a peor y hoy los notarios empleados de los bancos están siendo cuestionados en gran parte de los documentos “notarizados”, como no podría ser de otra manera. Lo que viene a demostrar que los eventuales *firewalls* no funcionan. El incentivo y el interés a proteger deben estar en el mismo lado. Cuando la regulación no hace coincidir el interés protegido con el incentivo, tarde o temprano la falla acaba saliendo a la luz. Téngase en cuenta que estas palabras de la Corte Suprema se dictaron en un sistema notarial mucho menos intenso que el nuestro, en que el notario es funcionario o ejerciente de una función pública, redactor de documento, controlador de la legalidad y severamente sujeto a un control y a las correspondientes sanciones disciplinarias.

El sistema (o mejor la falta de verdadero sistema) de seguridad en las transmisiones inmobiliarias característico de

los países anglosajones, desconocedores del notariado latino-germánico, no ha ayudado en nada a mitigar los problemas.¹³ Los avisos, *consumer alerts*, sobre estafas mediante títulos fraudulentos, obtenidos con engaño o falsificados e inscritos en el registro de deeds que se publican en la web del Land Registry inglés (www.landregistry.gov.uk) o del California Department of Real Estate (www.dre.ca.gov/) pondrían los pelos de punta a cualquier notario latino-germánico. Este nivel de inseguridad es impensable en nuestro sistema.

Robert J. Shiller, en su obra *The Subprime Solution*, apunta la idea de que con un sistema notarial al estilo de la Europa continental, seguramente no se hubiera producido. A la misma conclusión llegan Malcolm Ridell y Antonio Capiello en *Does the Rest of the World Need the “Civil Law Notary Model? A Preliminary answer from the Real Estate Crisis in the United States and China*.

De hecho, casi nada hay de común entre el *notary* norteamericano y el notario latino-germánico. En el año 2000 tuve el honor de presentar en esta misma ciudad de Lima, con motivo de la XXV Jornada Notarial Iberoamericana una ponencia en la que creo que hablé de un aspecto fundamental de la función del notario latino-germánico: la obtención del consentimiento informado. Aunque sólo sea para recordarla juntos resumo aquí su tesis:

Pensar que la forma notarial es simplemente cualquier intervención del notario es tomar la parte por el todo. Claro que para ello es preciso entender el por qué de las “condiciones de forma” en nuestro sistema. La actividad del notario añade a la escritura una serie de presupuestos que van mucho más allá de la mera identificación y el juicio de

¹³ Enrique Brancós. “Carencia del sistema adquisitivo anglosajón. La escritura frente al *deed*”, en: *El Notario del Siglo XXI*. Madrid, noviembre-diciembre 2012, n° 46.

capacidad. Tal como ha explicado magistralmente Rodríguez Adrados, la doble condición del notario —como funcionario público y como profesional del derecho, inescindibles una de la otra desde la cual enfoca la redacción el control del documento, asume su autoría como propia y responde de ella estampando su signo, firma y rúbrica— dota a la escritura pública de una serie de presupuestos de los que carecen los demás documentos y le otorga una superior consideración. Estos presupuestos aportados por el notario a la escritura pública establecen el conjunto de presunciones que permiten que el ordenamiento la considere como título ejecutivo.

Así pues, el notario latino-germánico es el único que aporta a la escritura pública un especial y trascendental valor añadido que se concreta en:

La presunción de legalidad. La presunción de que el documento responde a la legalidad se desprende, en la materia que estamos tratando, del artículo 18 de la *Ley 2/2009*, que reza: “En su condición de funcionarios públicos y derivado de su deber genérico de control de la legalidad de los actos y negocios que autorizan, los notarios denegarán la autorización del préstamo o crédito con garantía hipotecaria cuando el mismo no cumpla la legalidad vigente y, muy especialmente, los requisitos previstos en esta ley”. En una frase altamente descriptiva resume Bolás: “cuando el notario deniega la autorización de una escritura porque su contenido no se ajusta a la ley [...] no hay documento alguno, no hay dación de fe, y, sin embargo, hay notario y función notarial escrupulosamente ejercida”.

Conviene resaltar que los sistemas que imponen controles de legalidad en la fuente, es decir, en el momento de perfección del negocio, producen menor distorsión en el tráfico que los de carácter represor de las actuaciones ilícitas ya producidas. Especialmente cuando la sanción consiste en la

ineficacia y la reposición al estado anterior, que no siempre resulta posible o, cuando lo es, implica un notable coste económico y una inevitable pérdida de tiempo. Por ello el mejor control de legalidad es aquel que no deja rastro en la estadística porque no hay “platos rotos”. En este sentido resulta preferible el control notarial de legalidad a los controles que puedan ejercerse en momentos posteriores, incluida la revisión que en última instancia ha de corresponder al poder jurisdiccional.

La presunción de consentimiento informado. Estas fueron mis palabras en la XXV Jornada Notarial Iberoamericana de Lima, año 2000: “El “consentimiento informado” es un concepto que, permítanme la pirieta, donde viene mejor formulado en el ordenamiento español es en relación a un don especialmente preciado: la salud. Con gran exactitud se formula en nuestra *Ley general de sanidad*. Precisamente en esta sede el legislador es muy consciente del valor del objeto sobre el que versa el consentimiento y, por ello, da tanta trascendencia a la “información” del consentimiento. Con meridiana claridad afirma: “Todos tienen los siguientes derechos con respecto a las distintas administraciones públicas (sanitarias)[...] 5. A que se le dé en términos comprensibles [...] información completa, continuada, verbal y escrita, sobre su proceso, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento [...] 6. A la libre elección entre las opciones que le presente el responsable [...]” (artículo 10 *Ley general de sanidad* de 25 de abril de 1986). Y, añade la jurisprudencia: “y eso de una forma objetiva, veraz, completa y asequible, o en términos comprensibles, de forma que si así no se hace no se puede estimar válidamente formado el consentimiento”. El precepto refleja, con toda rotundidad, el criterio unánime de la doctrina y la jurisprudencia en torno a que la información previa es presupuesto imprescindible para la formación del

consentimiento. De hecho no hay consentimiento sin información previamente adquirida.

La exigencia de consentimiento informado pasó a integrar la definición del artículo 17 bis. de la *Ley del notariado*. Sólo añadiría que esta información, que es parte del asesoramiento general que se pretende ahora en todas las normas reguladoras del crédito hipotecario, hubiere sido el mejor antídoto para evitar la crisis que se vivió con las hipotecas *subprime* estadounidenses. Que no hay que comparar con las españolas. En España nunca se ha llegado a los extremos de morosidad de Estados Unidos tratándose de hipotecas individuales. Las hipotecas contratadas por particulares durante la burbuja inmobiliaria española todavía hoy se pagan en una proporción muy elevada. Los documentos notariales españoles han resistido el envite y la inmensa mayoría de los prestatarios siguen pagando sus hipotecas. La verdadera crisis ha venido por la elevadísima deuda de las grandes empresas promotoras inmobiliarias.

La presunción de consentimiento no viciado. El juicio de capacidad efectuado por el notario no solamente resulta imprescindible en los supuestos de apreciable deficiencia mental que determinaría una incapacidad declarada, sino que, además, constituye una medida de aseguramiento del grado de discernimiento de una persona presuntamente capaz en el momento de contratar. Estados de disminución de la conciencia apreciados por el notario, constituyen base suficiente para denegar su función.

La intervención del notario también evita la mediatización del consentimiento en aquellos casos en que se pretende forzar la voluntad del contratante débil o inexperto mediante técnicas de venta agresivas, tan frecuentes hoy en los mercados.

Puede presumirse, pues, casi con absoluta certeza, que quien otorga en presencia del notario se halla en su perfecto

raciocinio en el momento de contratar. Baste aquí recordar la descripción de la ley alemana de la documentación pública, parágrafo 17 (1): “El notario debe averiguar la voluntad de las partes, aclarar los hechos, instruir a las partes sobre la trascendencia jurídica del negocio y reproducir sus declaraciones de forma clara e inequívoca en la escritura. Debe poner especial cuidado en evitar los errores y las dudas con el fin de que las partes inexpertas y faltas de conocimientos específicos no sufran perjuicio”.

Esta actividad del notario sólo puede desarrollarse adecuadamente desde la imparcialidad. De ahí la importancia de que los Estados fomenten una estructura en que el notario esté en situación de defenderla.

Una regulación adecuada debe definirse sobre si funcionará un sistema de cautelas, *firewalls*, más o menos completo o debe cortar por lo sano y, hacer que cada pieza del mecanismo regulador sea completamente independiente de los demás y que sus incentivos los reciba exclusivamente de aquella parte a la que debe proteger. Estamos en el dilema sobre si lo que procede es colocar unos supuestamente efectivos *firewalls* a unos operadores que pueden tener un conflicto de intereses en el negocio o prohibir toda intervención a una persona que presente dicho conflicto de intereses encargando la labor de asesoramiento y control a otro operador distinto.

La propuesta de Directiva Europea sobre crédito hipotecario residencial se ha planteado el problema en relación a los intermediarios del crédito hipotecario. La propuesta de Directiva es consciente de la importancia de la transparencia en cuanto a la posición del intermediario y, por tal motivo, exige que el intermediario informe al cliente si actúa en calidad de intermediario vinculado (que actúa bajo la órbita de un solo prestamista o grupo), si posee participación directa o indirecta superior a 10% de los derechos de voto o del capital de un prestamista determinado o viceversa y, muy

importante, “cuando se trate de intermediarios de crédito no vinculados, la existencia, en su caso, de comisiones abonables por el prestamista al intermediario de crédito por sus servicios. Los intermediarios de crédito no vinculados informarán al consumidor, cuando éste así lo solicite, de los diferentes niveles de comisión que abonen los distintos prestamistas que proporcionan los contratos de crédito que se ofrecen al consumidor. Se informará al consumidor que tiene derecho a exigir esa información”. La directiva tiene que acabar exigiendo que se declare si “se cobra de los dos lados” y cuánto se cobra. ¿Es esta la solución para resolver los conflictos de intereses o es mejor cortar por lo sano e impedir absolutamente que una persona represente intereses contrapuestos? En España, concretamente, los problemas generados por la comercialización de determinados productos financieros como las acciones preferentes, la deuda subordinada, los *swaps*, o antiguamente las llamadas “primas únicas”, ha demostrado que los *firewalls* raramente funcionan. Así lo vio también la Comisión Europea en su trabajo “*On the follow up in retail financial services to the consumer markets scoreboard, 2009*” que denuncia la confianza que los consumidores depositaron en empleados de las instituciones financieras locales que les prestaron un deficiente asesoramiento.

En resumen, sería una ucronía especular sobre si la intervención de los notarios latino-germánicos, con todo su sistema de seguridad jurídica preventiva, habría evitado la crisis *subprime*, pero lo cierto y verdad es que la afirmación del presidente George W. Bush, “muchos de los prestatarios (*subprime*) se confundieron en los términos de sus contratos o fueron engañados por prestamistas irresponsables [...] la verdad es que probablemente no entendieron lo que estaban firmando”, y la previsión del parágrafo 17 (1) de la ley alemana de la documentación pública que acabo de transcribir son completamente antitéticas. Probablemente lleven buena

parte de razón Shiller y Ridell, y hubiera hecho bien el regulador americano en acercarse al sistema latino-germánico de seguridad jurídica preventiva.

Otro ejemplo al que prestar atención es el de las sociedades de tasación españolas. A fecha de hoy en España cinco sociedades de tasación controlan 52% del mercado y 72% de los ingresos de las tasadoras proceden de las entidades financieras. La banca puede detentar hasta el 25% del capital de las sociedades de tasación. Obviamente, esta situación está lejos de ser la deseable. Existe un sentimiento popular en el sentido de admitir que las tasaciones hipotecarias han sido excesivamente influenciadas y en buena medida corresponsables de la devastadora burbuja inmobiliaria que ha acabado estallando en España. Por ello el Ministerio de Economía ha anunciado dos medidas cruciales: reducir la participación de la banca al 10% del capital de las sociedades de tasación; obligatoriedad de aceptar cualquier tasación homologada que aporte el cliente. De hecho, la ley actual 2/1981 ya dictaba que “Las entidades de crédito, inclusive aquellas que dispongan de servicios propios de tasación, deben aceptar cualquier tasación de un bien aportada por el cliente, siempre que sea certificada por un tasador homologado de conformidad con lo previsto en la presente ley y no esté caducada según lo dispuesto legalmente”. La única novedad es que ahora el incumplimiento de este precepto será sancionable, que no es poca cosa.

Se trata de un nuevo ejemplo sobre la dificultad con que funcionan las cautelas o *firewalls* cuando no hay una verdadera separación en las diferentes funciones necesarias para conformar el crédito hipotecario. El regulador adoptó la norma adecuada: exigir la tasación para asegurar la viabilidad de la operación. Pero colocó equivocadamente el mecanismo de incentivos permitiendo que las entidades crediticias impusieran la tasadora “de su confianza”. Tanto la elevada

participación accionarial de los bancos en las sociedades de tasación, como la gran concentración de trabajo en determinadas entidades financieras, las convirtieron en dependientes. El incentivo no estaba en liderar el mercado a través de la calidad de la tasación sino en cumplir los designios de su accionista de referencia y fuente principal de negocio. Se ha hecho necesario un segundo paso en la regulación porque el primero tuvo problemas de diseño (admitiendo una participación bancaria de hasta 25%) y de ejecución (pues existía la norma que imponía la libertad de elección de la tasadora, pero su incumplimiento no se sancionaba).

El problema puede repetirse, con mayor o menor intensidad, en algunas materias relacionadas con el crédito hipotecario que contratan los clientes/consumidores tales como seguros de amortización, seguros de la vivienda, gestiones relacionadas, elección de notario, etc. El regulador debe también garantizar la libertad de elección. De otra forma no se fomenta el servicio de mejor relación calidad/precio en interés del cliente/consumidor, fin deseable en sí mismo, sino el servicio que mayor beneficio aporta al operador que se halla en situación de dominar al cliente cautivo.

Es ilustrativa una comparación con el régimen de libre elección de notario. En este aspecto, la legislación notarial española es especialmente cuidadosa. Como dice Rodríguez Adrados, “el derecho notarial tiene por tanto que considerar el derecho a la libre elección de notario como uno de sus principios —‘principio’ le llama la sts 23.3.197—, y precisamente como principio ‘independiente’, y no mera secuela de otros principios, como los de rogación o profesionalidad, según ha venido ocurriendo”.

El artículo 126 del reglamento notarial dispone: “en las transmisiones onerosas de bienes o derechos realizadas por personas, físicas o jurídicas, que se dediquen a ello habitualmente, o bajo condiciones generales de contratación, así

como en los supuestos de contratación bancaria, el derecho de elección corresponderá al adquirente o cliente de aquellas, quien sin embargo, no podrá imponer notario que carezca de conexión razonable con algunos de los elementos personales o reales del negocio”.

La *Orden EHA/2899/2011* dispone en el artículo 30.1 que: “En materia de elección de notario se estará a lo dispuesto en el *Reglamento notarial* aprobado por decreto de 2 de junio de 1944 y demás disposiciones aplicables”. Los *Criterios específicos de buenas prácticas bancarias del servicio de reclamaciones del banco de España, memoria 2011*, declara: “El Reglamento Notarial consagra el derecho de los particulares a la libre elección de notario, derecho que en los actos y contratos que hayan de otorgarse por varias personas se ejercerá por quien de ellas deba satisfacer los derechos arancelarios notariales, y en todo caso por el adquirente de bienes o derechos vendidos o transmitidos onerosamente por quienes se dedican a ello habitualmente”.

El *Real decreto legislativo 1/2007*, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la *Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios* y otras leyes complementarias, en su artículo 89.6, dispone que: “En todo caso tienen la consideración de cláusulas abusivas [...] 6. La previsión de pactos de renuncia o transacción respecto al derecho del consumidor y usuario a la elección de fedatario competente según la ley para autorizar el documento público en que inicial o ulteriormente haya de formalizarse el contrato”.

El diseño de la norma por el regulador parece, pues, más que suficiente. No obstante, algunas tensiones han aparecido puntualmente en la práctica que deberían resolverse siendo aún más intensos en la salvaguarda de la imparcialidad. Especialmente en un momento de gran concentración bancaria. Estamos —como sucedía con la libre elección de la

tasadora— ante una norma bien diseñada por el regulador pero cuya infracción deberá acompañarse de una sanción más efectiva.

Pero, en cualquier caso, lo que cada vez se evidencia con mayor plenitud es que los *firewalls* son de eficacia algo dudosa y que el regulador no debe apoyarse en un operador que presente conflictos de interés, por más cautelas que establezca, sino por un controlador absolutamente independiente. Comparando con otros *gatekeeper*, la situación del notario como funcionario imparcial es una solución que evita los problemas de sesgo parcial que denuncian Knieper, Murray y Stürmer. Sobre todo si se refuerza con las correspondientes sanciones por incumplimiento el mecanismo de elección del notario por el contratante menos informado. El sistema notarial es más que suficiente en este aspecto. La existencia de ciertos elementos de protección como el *numerus clausus*, o la retribución por medio de arancel, o la demarcación territorial constituyen instrumentos que posibilitan la verdadera y plena independencia del notario y, con ella, la necesaria superación de los conflictos de intereses en aras de la imparcialidad. Así lo ha venido a reconocer recientemente el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

El catastro y el registro de la propiedad

Traigo a colación ambas instituciones porque se complementan mutuamente generando sinergias positivas tanto desde el punto de vista de seguridad —al quedar perfectamente definido el objeto del negocio jurídico inmobiliario, la finca— como en el terreno de la reducción de costes. Baste en este último aspecto consultar el informe *Doing Business 2012* para ver como el Kadaster holandés —unido con el registro desde 1825— hoy puede inscribir los cambios

de titularidad cobrando una tarifa plana de 87 euros y arrojar beneficios a fin de año. En cuanto a la necesidad de que el mercado hipotecario descansa sobre una adecuada identificación catastral de las fincas, bastaría con ver los múltiples estudios previos tendentes al establecimiento de un mercado hipotecario de dimensión europea.

No es preciso profundizar mucho para descubrir que de nada sirve la hipoteca si el objeto sobre el que recae, la finca, no es identificable y localizable en la realidad, es decir, sobre la superficie de la Tierra. Para ello la institución responsable de la identificación, el catastro, y el organismo responsable de los derechos, el Registro de la Propiedad, deben operar conjuntamente. Actualmente son ya quince los países comunitarios que han unificado ambas instituciones: Bélgica, Países Bajos, Francia, Italia, Grecia, Lituania, Letonia, República Checa, Eslovaquia, Hungría, Chipre, Bulgaria, Rumania, Suecia y Finlandia. En algunos casos, como Suecia (2008) o Finlandia (2010), las organizaciones catastrales han absorbido el registro de la propiedad. En otros, en los que se mantienen dos instituciones diferenciadas, se comparte la misma base de datos (Austria, Eslovenia, Estonia y recientemente Dinamarca) o se está trabajando, como en el caso de Alemania, Portugal o Polonia, para utilizar una única base de datos en el futuro. Añadamos que en Noruega, Islandia y Suiza, ambas instituciones están también fusionadas. En la dirección absolutamente opuesta, en España, el Registro de la Propiedad y el Catastro mantienen su independencia. Es más, el Registro, en una absurda, innecesaria y antieconómica actitud corporativista, está desarrollando el proyecto Geobase que pretende ser su propia base gráfica, al margen de la del Catastro. Cuando el Kadaster holandés unificó ambas instituciones ya en el año 1825.

En Alemania, la *Ley de introducción de las transacciones jurídicas electrónicas y del archivo registral de la propiedad electrónico*

en el procedimiento registral de la propiedad, permitirá coordinar notaría, registro y catastro en 2014. Uno de los estados federales que tiene prevista y más avanzada su introducción es Baden-Württemberg, donde los registros de la propiedad están gestionados por la organización notarial. Sin duda, la permeabilidad entre estas tres instituciones ha de mejorar la eficiencia, rapidez y seguridad del sistema.

En cuanto al catastro, como institución responsable de la identificación de las fincas, la Coordinadora de Relaciones Internacionales en la Dirección General del Catastro de España, Amalia Velasco Martín-Varés,¹⁴ presenta el siguiente panorama europeo. “Veinticuatro de los 27 países de la Unión Europea disponen actualmente de catastro. Sólo en tres: Reino Unido, Irlanda y Malta no existe un Catastro como tal. Los correspondientes *Ordnance Survey* equivalentes a nuestro Instituto Geográfico, realizan los mapas topográficos que registran los datos físicos del terreno, pero no reflejan los límites de los inmuebles por los derechos que sobre ellos tienen los titulares, ni recogen su naturaleza uso y valor. En estos tres países no se ha elaborado una cartografía catastral en la que se han delimitado las parcelas, en base a los títulos de propiedad u otros derechos, con el acuerdo de los titulares y creando un mapa continuo. Y, por tanto, no disponen de una base gráfica que pueda servir de apoyo al Registro de la Propiedad”.

El sistema de identificación de la finca en el registro inglés se obtiene mediante la delimitación de la finca sobre un mapa topográfico con un rotulador de color rojo. Es lo que se denomina “plano topográfico aparente” que solamente representa los elementos que son visibles en el territorio. Con esta forma arcaica y precaria de identificación del objeto de la transmisión uno de los problemas adicionales de los

¹⁴ Amalia Velasco Martín-Varés. *El notario del siglo XXI*. Madrid, n.º 39, septiembre-octubre 2011, p. 54.

overriding interests (derechos extrarregistrales prioritarios a los registrales) consiste en poder determinar la parte afectada y la libre de una actual occupation (posesión efectiva). Son frecuentes los casos en que el Land Registry comete errores en la identificación de las fincas a la hora de expedir los títulos de propiedad.

Por contra, siguiendo a Amalia Velasco Martín-Vares, “en Dinamarca, Suecia, Finlandia, Polonia, Los Países Bajos, Alemania, Austria, Lituania, Letonia, Estonia, Chipre, República Checa, Hungría, Eslovaquia, Eslovenia, Rumania, Bulgaria, Grecia, Noruega, Suiza, Islandia y recientemente en Portugal, todos los bienes inmuebles deben estar por ley registrados y localizados en un mapa continuo para todo el territorio, del que se obtiene su forma y superficie. Así, en estos países: no se reconoce la titularidad de la finca si no está inscrita (obligatoriedad del registro); no se inscribe sin levantamiento topográfico (obligatoriedad de disponer de una cartografía topográfica como base); y no es válido el levantamiento topográfico si no identifica los límites de la finca. No basta como en el Reino Unido, Irlanda o Malta (en donde la inscripción en el Registro de la Propiedad es también obligatoria), con disponer de un topográfico aparente. Es necesario por ley contar con un verdadero catastro.

Frecuentemente se olvida algo tan elemental como que el objeto de transmisión no es la finca registral, ni la catastral. Lo que se compra y se vende o lo que se hipoteca es la finca real. Por más que digan el registro o el catastro, la incorporación de una identificación gráfica, a menos que haya sido delimitada con intervención de todos los propietarios de las fincas contiguas, no puede producir el efecto de convertir al comprador en dueño de la parte extralimitada de la finca “virtual” sobre la real. En caso de conflicto, será el juez, a la vista de todo un conjunto de pruebas, quien decidirá el ámbito de las fincas, la comprada y las contiguas.

Por ello, todos los países de la UE describen la finca sobre bases gráficas, más o menos consolidadas por el tiempo. Sólo en España se presenta la curiosa especialidad de que no hay dos fincas, la real y la catastral, sino tres: la real, la catastral y la registral. Con una dificultad añadida, la finca registral se describe literariamente —es decir, con palabras, expresando la cabida y nombrando quienes son los vecinos por los cuatro puntos cardinales— mientras que la descripción catastral es gráfica, mediante planos. A veces, resulta del todo imposible determinar si una finca descrita literariamente se corresponde con la finca descrita gráficamente por el catastro. La única solución es la correspondencia de la finca real con la catastral gráfica, atendidas las limitaciones de la descripción literaria como medio de expresión de la realidad geográfica. Sólo por razones corporativas de escaso calado se entiende la resistencia a la definitiva sustitución de las identificaciones registrales por las catastrales, que es la solución adoptada desde hace tiempo por toda la Europa que goza de catastro parcelario. De los veinticuatro países comunitarios que tienen catastro, en diecinueve de ellos registro y catastro comparten la misma base de datos y en tres, Alemania, Portugal y Polonia, se trabaja para establecer la base única. Grecia también deberá avanzar en este sentido.

En la mayoría de los países de la UE el notario gestiona una negociación en la que las partes se hallan interesadas en determinar con exactitud el objeto de su transacción, tanto para conocer la extensión de su derecho, como para evitar incurrir en responsabilidad. Y es en este momento cuando el notario es de vital importancia para corregir los datos erróneos y adecuarlos a la realidad, comunicándolos al catastro/registro. Lo mismo se puede decir cuando se modifican las fincas mediante operaciones de segregación, agrupación o modificación. Colabora de esta forma en una tarea de alta prioridad para los Estados: disponer de un ca-

tastro que determine con precisión todo el mosaico de fincas de su territorio, sin huecos ni solapamientos, para llegar desde este punto de partida a lo que se denomina catastro multifuncional, como base de datos compartida, completa e interoperable, donde junto a los datos específicamente catastrales se publiquen la titularidad, las cargas, las limitaciones urbanísticas, medioambientales, usos, deudas fiscales, etc. Es otra de las actividades en las que el notario colabora con el regulador.

En la actualidad gran número de países están desarrollando aplicativos informáticos que permiten realizar las operaciones de modificación desde Internet. Amalia Velasco Martín-Vares reseña que Países Bajos, Dinamarca, Lituania, Finlandia, Rumania, Eslovenia, Bulgaria, Alemania, Polonia, entre otros, están realizando una labor de centralización de todas las bases de datos de los Registros distribuidas en el territorio, estandarizando los procesos relativos a la verificación de la documentación, la digitalización, los modelos de datos que permiten hacerlos interoperables y, sobre todo, están agilizando los procesos de comprobación de datos, actualización y corrección. Un ejemplo: el Kadaster de los Países Bajos permite a los notarios la remisión de las escrituras y la corrección de los datos gráficos y literales a través de Internet utilizando los aplicativos del propio Kadaster. Otro: el proyecto NETSVEP de Lituania permite al notario acceder a los datos catastrales y registrales, obtener directamente toda la información necesaria sobre datos catastrales, titularidad, cargas, y formalizar los trámites de inscripción registral y catastral de la operación realizada. En España, ANCERT dispone de un programa informático avanzado que permite convertir la planimetría gráfica que puedan aportar los técnicos en planimetría catastral, con lo que la coordinación pasa a ser extremadamente sencilla.

Otro pilar fundamental en la línea de modernización

del catastro/registro y de aumento de su funcionalidad consiste en la facilitación del acceso informático a sus base de datos por parte de los operadores jurídicos. Los notarios tienen acceso directo y sin traba alguna a las bases de datos de registros y catastros informatizados en toda la UE continental. Sólo en España el acceso de los notarios a la base de datos del registro se halla limitado desde un doble punto de vista. En primer lugar, el registrador tiene a su cargo controlar el interés legítimo en la consulta del registro, aunque el interés se presume. Tal restricción, amén de inviable porque supondría calificar las intenciones de los solicitantes, es anacrónica. La *Freedom Information Act* aprobada por el Congreso de los Estados Unidos en 1966 suprimió el requisito de comprobación del interés legítimo para el acceso a los registros públicos americanos. El Land Registry de Inglaterra y Gales desde 1990 puede consultarse por el público en general. Antes de esta fecha sólo lo podía consultar el propietario o una persona por él autorizada. En segundo lugar, el acceso al registro no se efectúa directamente a la base de datos sino a la información procesada y tratada por el registrador. Con el inconveniente de que el operador no queda enterado del contenido exacto del registro, sino de las conclusiones que el registrador extrae de los libros. Y es posible que determinados asientos, de ser conocidos en su literalidad, no sean interpretados en idéntico sentido por el interesado y por el registrador. Por contra, el acceso al catastro español está informatizado y los notarios pueden acceder al mismo de forma telemática en consideración a su condición de funcionarios públicos y a los efectos de su función.

Nuevas tecnologías, mejoras de proceso productivo y ahorro de costos

El notariado español, en un *simposium* celebrado en Barcelona en 1999 se planteó la doble necesidad de incorporar los avances telemáticos al ejercicio de su función; incorporar su función pública a la Sociedad de la Información.

La *Ley 24/2001* introdujo la tecnología telemática en el artículo 17 bis de la *Ley del notariado* español: “1. Los instrumentos públicos a que se refiere el artículo 17 de esta ley, no perderán dicho carácter por el sólo hecho de estar redactados en soporte electrónico con la firma electrónica avanzada del notario y, en su caso, de los otorgantes o intervinientes, obtenida la de aquél de conformidad con la ley reguladora del uso de firma electrónica por parte de notarios y demás normas complementarias [...] En todo caso, la autorización o intervención notarial del documento público electrónico ha de estar sujeta a las mismas garantías y requisitos que la de todo documento público notarial y producirá los mismos efectos. En consecuencia: a) con independencia del soporte electrónico, informático o digital en que se contenga el documento público notarial, el notario deberá dar fe de la identidad de los otorgantes, de que a su juicio tienen capacidad y legitimación, de que el consentimiento ha sido libremente prestado y de que el otorgamiento se adecua a la legalidad y a la voluntad debidamente informada de los otorgantes o intervinientes; b) los documentos públicos autorizados por notario en soporte electrónico, al igual que los autorizados sobre papel, gozan de fe pública y su contenido se presume veraz e íntegro de acuerdo con lo dispuesto en esta u otras leyes. Las copias autorizadas de las matrices podrán expedirse y remitirse electrónicamente, con firma electrónica avanzada, por el notario autorizante de la matriz o por quien le sustituya legalmente. Dichas copias sólo podrán expedirse

para su remisión a otro notario o a un registrador o a cualquier órgano de las administraciones públicas o jurisdiccional, siempre en el ámbito de su respectiva competencia y por razón de su oficio. Las copias simples electrónicas podrán remitirse a cualquier interesado cuando su identidad e interés legítimo le consten fehacientemente al notario.

El gran acierto del 17 bis de la *Ley del notariado*, que adapta la firma electrónica a la escritura pública, ha consistido en mantener lo necesario y prescindir de lo sobrero. Se mantiene la presencia del notario para la identificación, el juicio de capacidad, el control de legalidad, el consentimiento informado, la autoría del documento. Sin estos controles fallaría el sistema de seguridad jurídica preventiva. Y este control notarial hay que colocarlo en el momento y en el lugar de formación y prestación del consentimiento. Por el contrario, se facilita y simplifica todo lo mecánico de la transmisión y posterior operación del documento mediante la circulación de la copia auténtica electrónica. Se mueve la copia electrónica, la escritura se produce manteniendo la presencia.

La ventaja de este sistema reside en que la depuración o control se efectúa en el “momento de la verdad” es decir cuando nace el contrato, sea o no susceptible de inscripción en un registro. De hecho, en España ni la mitad de la contratación sometida al control notarial queda afectada por una posterior calificación, sin que se planten problemas de seguridad jurídica dignos de mención. No obstante, algunos integristas españoles del registralismo buscan llevar la actuación del registrador a este momento de la verdad. Construyen así un sistema de “telecalificación” sin ver —y menos hablar— con los contratantes. Parten de una “capacidad supuesta” y de un “consentimiento informado innato” en los contratantes. En definitiva, olvidan que no sólo es importante “el momento de la verdad” sino también “el lugar de la verdad”. Es difícilmente imaginable como se puede controlar un proceso sin

estar ni en el momento ni en el lugar en que se desarrolla. Este es, precisamente, el acierto del artículo 17 bis de la *Ley del notariado* español.

La mejora introducida con la circulación telemática es determinante de un cambio radical tanto en celeridad como en ahorro de costes. Como apunta César Belda, hasta el año 2001 el notariado español se articulaba en cerca de 3,000 despachos por toda España, sin interrelación entre ellos. La *Ley 24/2001* permitió que los notarios españoles pudieran comunicar escrituras públicas entre notarios y con administraciones públicas con valor de documento público, utilizando para la comunicación la firma electrónica reconocida notarial. A partir de ese momento se pudieron celebrar negocios simultáneamente entre notarias situadas a kilómetros de distancia y en tiempo real, convirtiendo al notariado español en una única oficina notarial con 3,000 sedes distintas, que intercambian documentación entre sí como si estuvieran en el mismo edificio, con la consiguiente potencialidad y mejora de la imagen y del servicio que es fácilmente imaginable. El notariado español se colocó a la cabeza del europeo en cuanto a grado de modernización. Y los requisitos técnicos de la firma electrónica que utiliza (2,048 bites) son los más altos de cuantos sistemas de seguridad existen en el mundo.

Esta técnica se está ya ampliando al tráfico internacional a través del proyecto EUFIDES que permite que dos notarios de dos distintos países puedan autorizar en práctica simultaneidad una escritura pública y su ratificación, cada uno con su cliente, que evita con EUFIDES todo desplazamiento. Como explica María de los Reyes Sánchez Moreno el Proyecto EUFIDES depende en su funcionamiento de los medios telemáticos. Precisa de una adecuada plataforma de comunicación entre los dos notarios colaboradores y de un servicio de autenticación de las firmas electrónicas. En este

momento se dispone de una plataforma a la que es fácil acceder una vez se poseen los códigos necesarios y, por otra parte, el programa “Bartolus”, que ya existía, se ha demostrado muy eficaz y rápido en la certificación de las firmas electrónicas de los notarios europeos. Sistemas como “Bartolus” deberían sustituir a la apostilla en el seno de los países implicados. Algunos países, como la propia Holanda, no exigen la apostilla cuando el notario receptor considera suficientemente probada la autenticidad de la firma. Un futuro reglamento europeo sobre comunicación digital hará depender además esta cuestión del reconocimiento mutuo: si un Estado admite como suficientes los documentos sin apostilla de otro Estado, éste no la podrá exigir en los documentos del primero. En cualquier caso, queda decir que el Proyecto EUFIDES está abierto a cualquier posibilidad técnica futura que pueda mejorar su funcionamiento. Las líneas fundamentales del Proyecto EUFIDES se diseñaron con el objeto de ser aprobadas por la CNUE, el Consejo de los notariados europeos con notariado latino, y habiéndose ya aprobado por la Asamblea de la CNUE, y por lo que a España se refiere, presentado oficialmente en el Congreso Notarial de Madrid en mayo de 2012, el siguiente paso debe ser su aprobación por la Comisión Europea como un proyecto que se integrará en el más ambicioso que persigue la creación del espacio jurídico europeo. La firma electrónica ha permitido asimismo la implementación de nuevas utilidades. Entre ellas:

E-hipotecario es la segunda aplicación que el notariado español puso en práctica y fue precisamente para facilitar que la parte más débil en los contratos financieros —los deudores— no tuvieran que desplazarse a los bancos y pudieran suscribir sus préstamos —hipotecarios o no— con el notario de su localidad, o con el que tuvieran su mayor confianza. El aplicativo no sólo comunica con firma electrónica el conte-

nido de la escritura de hipoteca firmada por el deudor a la Entidad financiera para que ésta tome conocimiento y pueda aceptar; incorpora además un sistema que abona al deudor el importe del préstamo en su cuenta, asegurando de esa forma la inmediata disponibilidad del dinero prestado.

Programa para la coordinación notarías/catastro. Una de las necesidades más urgentes para el futuro de la seguridad jurídica es la necesaria adecuación del contenido jurídico del título de transmisión o hipotecario a la realidad física de la finca que se transmite o hipoteca. Uno de los principales problemas existentes consiste en la no correspondencia entre la realidad física de la finca y su descripción contenida en el título. La realidad física sólo puede ser recogida a través de un sistema georeferenciado, habitualmente utilizado por los catastros inmobiliarios. En tanto que la descripción jurídica no está coordinada con él y suele derivar de arrastres históricos sobre descripciones antiguas. Es preciso terminar con esa dicotomía. Para ello se ha dispuesto un sistema —un programa informático avanzado— que permite convertir la planimetría gráfica que pueden aportar los técnicos —arquitectos, ingenieros, etc.— en planimetría catastral, con lo que la coordinación pasa a ser extraordinariamente sencilla. El notario vela porque tanto los linderos cuanto las cabidas de las fincas coincidan con las que constan en la planimetría catastral. Y en caso de discrepancia inicia un procedimiento que permita subsanarla. El procedimiento pasa por citar y obtener el consentimiento de todos aquellos que puedan verse afectados por ese procedimiento, pero también por convertir en planos georeferenciados los dibujos o planos que son aportados por los arquitectos y los técnicos. De esa forma, unificando los dos aspectos, el proceso de coordinación ha empezado en España con más de diez mil expedientes resueltos en medio año.

Publicidad de los sorteos que se celebran ante notario. Para garantizar la imparcialidad y la seriedad de los sorteos en España, éstos suelen celebrarse ante notario. Sin embargo el público en muchas ocasiones no conoce cuáles son las bases —los requisitos o procedimientos— a los que ese sorteo va a ajustarse. Es por eso que el notariado ha desarrollado una base de datos denominada ABACO donde los notarios remiten esas bases o procedimientos así como el resultado de los sorteos. De esa forma la persona que pretende un sorteo sabe que el notario controlará que éste se ajuste al procedimiento previamente fijado, y que su resultado será conocido por todo el mundo en orden a poder reclamar el premio que corresponda.

Registro de seguros de vida. Una de las aplicaciones que mayores beneficios ha proporcionado a los ciudadanos españoles la ha constituido esta base de datos. Suele ser frecuente que los ciudadanos contraten seguros de vida, incluso para el caso de accidente, al contratar otro tipo de cosas —hipotecas, visa, etc.—. Y también es frecuente que al fallecer una persona los herederos ignoren que ese seguro de vida existe. Por otro lado la compañía aseguradora puede ignorar que ese asegurado ha fallecido. Con ello, y hasta ahora, no era extraño que ese seguro se perdiera, o mejor dicho, que la compañía aseguradora no lo pagara a los herederos del asegurado.

Desde hace cinco años los notarios españoles vienen obligados, al autorizar la herencia de cualquier ciudadano, a preguntar a la base de datos de seguros si el fallecido era titular de algún seguro de vida. Y en tal caso notificarlo a sus herederos. Sólo en el primer año de funcionamiento de este sistema las compañías de seguros abonaron 21 millones de euros más que el año anterior a los beneficiarios de los seguros de vida.

Página web para subastas extrajudiciales. El notariado está a punto de lanzar un servicio web que garantice una adecuada publicidad en los supuestos de subastas sobre fincas ejecutadas, por el procedimiento extrajudicial con intervención de notario, y en garantía de la obtención de un mejor precio para los deudores embargados y ejecutados. Tal servicio requiere necesariamente una verificación de los sistemas de consignación de cantidades para las personas que quieran participar en las subastas, a través de una adecuada pasarela de pago que garantice la identidad de los participantes. Y por otra parte una garantía de las identidades de los participantes, a través de una plataforma que conecte a todas las notarías donde se pueda verificar la identidad de quienes deseen participar.

La llamada “forma de control”

El artículo 24 de la *Ley del notariado* español dispone: “Los notarios en su condición de funcionarios públicos deberán velar por la regularidad no sólo formal sino material de los actos o negocios que autorice o intervenga por los que están sujetos a un deber especial de colaboración con las autoridades judiciales y administrativas”.

La colaboración con las autoridades judiciales y administrativas supone un sinfín de comunicaciones. Las nuevas tecnologías las han facilitado. El notariado español ha desarrollado el llamado Índice Único Informatizado que consiste en parametrizar todas las escrituras en una ficha completa que contiene todos los datos necesarios para las distintas administraciones. El índice es una aplicación informática donde constan todos los negocios o actos jurídicos posibles a realizar en una notaría. Para cada acto se prevén las personas que obligatoria o voluntariamente pueden intervenir en él, así como los elementos esenciales del negocio: precio, forma

de pago, objeto del negocio y características, así como las personas físicas o jurídicas que intervienen. Esa captura de datos que se realiza día a día en todas las notarías de España ha permitido disponer de una base de datos interrelacionada con más de 500 millones de datos desde el año 2004.

Oficina para la Prevención del Blanqueo de Capitales. Al encontrarse todos los datos interrelacionados resulta sencillo poder seguir aquellas operaciones en las que las escrituras públicas se utilizan como medio para blanquear capitales. Pero también aquellas otras en que la escritura en sí es un medio para defraudar el pago de los impuestos.

Tanto en un caso como en otro, las búsquedas y consultas se encuentran exclusivamente permitidas para las autoridades judiciales o, en su caso, las fiscales. Y siempre después de haber acreditado que se encuentra abierto un procedimiento judicial o fiscal. El funcionamiento de la OCP ha permitido a España dentro del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI), organismo incardinado dentro de la OCDE, obtener una de las mejores calificaciones en acciones preventivas y represivas de las operaciones del blanqueo de capitales y represión del terrorismo.

Pago de impuestos y presentación en los registros. De la autorización de escrituras públicas se derivan en España, como en la mayor parte de los países, hechos impositivos que obligan a pagar impuestos. El notariado ha desarrollado un sistema que no sólo comunica por vía telemática la copia auténtica de la escritura pública a la administración, sino también verifica el pago por vía telemática. Con la remisión de la escritura la administración puede posteriormente comprobar el hecho imponible y la corrección de la liquidación practicada. Esta aplicación que el notariado siempre realiza a instancias de los clientes ha colocado la función notarial también como

actividad gestora muy importante, permitiendo además recibir una compensación económica. Y con el mismo protocolo de seguridad VPN se ha conseguido, además presentar las escrituras en los registros de la propiedad y mercantiles españoles.

Cambios de titularidad en el catastro. Se realiza automáticamente a través de la remisión selectiva de datos que se efectúa quincenalmente a partir del Índice Único Informatizado.

Obtención de los números de identificación fiscal de las sociedades que se constituyen. Dichos números son, en Europa, un requisito indispensable para que una persona jurídica pueda contratar. Hasta que pusimos en marcha la aplicación las sociedades demoraban unos días en ese proceso —3 ó 4— con el importante perjuicio que suponía estar un periodo de tres o cuatro días sin actividad. Después de implantar nuestro sistema de comunicación y recepción por vía telemática, desde que la escritura de constitución de la sociedad se firma, hasta que puede empezar a contratar, el lapso de tiempo se estima de 15 a 20 minutos.

Obtención de las denominaciones por vía telemática. De la misma forma, la obtención de la denominación de una sociedad que pretende constituirse, por vía telemática del Registro Mercantil Central, de forma que se garantice que no existe ninguna otra sociedad con idéntica denominación, demora escasamente 24 horas.

Centro Estadístico del Notariado. Como también es fácil concluir, el tratamiento de toda esa información, cuando no se trate de datos protegidos, sino meramente económicos, permite ofrecer a la sociedad unos indicadores económicos y sociales imprescindibles para conocer buena parte de nuestra

realidad y adivinar nuestras tendencias. Es por ello que hace un año pusimos en marcha nuestro Centro Informático del Notariado (Cienotariado) a través de cuya web, abierta y gratuita, permite conocer, con un sencillo mecanismo de preguntas, el detalle de nuestros movimientos económicos.

De resultados de esa aplicación podemos ofrecer a nuestros ciudadanos, pero también a nuestra administración, por ejemplo donde se incrementa más el precio, o dónde disminuye. En qué se compra más. O se vende. Y quién compra, según qué tendencias, etc.

Base de datos de poderes procesales. En España, como en la mayor parte de los países, los pleitos empiezan con el hecho de que la persona que quiere pleitear, o que tiene que defenderse acudan al notario y otorguen un poder facultando al apoderado o al procurador para que los represente en juicio y fuera de él. El procedimiento obliga luego a comunicar la copia a todas las partes y también al juzgado. Y el expediente tiene que conllevar todas las copias de todas las representaciones. Por duplicado. Lo que viene a implicar un coste en papel, en fotocopias y en almacenamiento inmenso. Los notarios hemos desarrollado un procedimiento por el cual el particular sólo se lleva un código seguro de verificación (csv) que hace constar luego el abogado al principio de la demanda. Mientras tanto el notario envía una copia del apoderamiento, junto con una ficha que permite su localización, a la base de datos de la Justicia española. Cuando el pleito empieza, el Secretario Judicial sólo tiene que conectarse y comprobar que el poder existe y que es suficiente para el juicio. Sin fotocopias ni papel. Además permite que, si el demandante en algún momento quiere revocar el apoderamiento, lo pueda hacer en cualquier notaría, sin tener que pasar por el apuro de pedirle la copia a su abogado.

En definitiva, las nuevas tecnologías no han hecho sino potenciar la actividad del notario como instrumento del regulador para poder conocer de forma más directa e inmediata el mercado inmobiliario y reaccionar antes frente a sus excesos, así como prevenir y reprimir las actuaciones que resulten contrarias a la ley. Al propio tiempo, mejoran el servicio prestado al ciudadano ahorrándole tiempo, costes y desplazamientos, ampliando la información disponible para tomar sus decisiones y haciendo realidad la obtención de un consentimiento verdaderamente informado.

Conclusiones

Los bienes inmuebles presentan unas características que exigen que el mercado inmobiliario requiera una regulación y un control que no son necesarios en los mercados de bienes perecederos.

La permanencia de la propiedad inmueble a lo largo del tiempo hace que los propietarios de las fincas se sucedan unos a otros formando largas cadenas de titularidad en las que el fallo de un eslabón precedente actúa como una carga de profundidad que anula las transmisiones posteriores en virtud de la regla *nemo dat quod non habet* (nadie puede transmitir lo que no es suyo).

La concurrencia de distintos derechos y titularidades sobre una misma finca introduce mayor complejidad que en la contratación de otros bienes, lo que provoca la necesidad de recurrir al asesoramiento especializado. Esta necesidad se ve incrementada si se atiende al elevado valor que casi siempre representan los inmuebles en relación a la economía de las familias.

La relevancia económica de los bienes inmuebles se manifiesta también en relación al Estado. Sólo el parque de hipotecas tiene una dimensión equivalente a cerca del 50% del PIB de la Unión Europea. El Estado es el primer interesado en la regularidad de las cadenas de transmisiones y en la certeza y determinación de los derechos reales inmobiliarios con el fin de evitar factores de riesgo desestabilizadores de la economía.

Finalmente, la función social del derecho de propiedad se hace especialmente presente en la propiedad inmueble en forma de múltiples limitaciones de carácter administrativo y social, que no concurren en los mercados de bienes perecederos.

Por tales motivos, se revela necesaria la regulación del mercado inmobiliario estableciendo mecanismos que: a) garanticen la estabilidad de las titularidades; b) eviten las asimetrías informativas; c) protejan al consumidor o contratante débil y menos informado; y d) ayuden al Estado en sus políticas públicas.

Estos mecanismos deben, además, procurar la mayor eficiencia al menor coste. Por ello, ya después de la desamortización posterior a la Revolución Francesa, se encomienda a un servidor público, el notario, y a un instrumento, la escritura pública, la responsabilidad de garantizar la regularidad de las transmisiones y, con la suma de todas de ellas, la solidez de la cadena de titularidades. Se acompaña la medida con la creación de registros de publicidad de dichas transmisiones para evitar los supuestos de doble venta y para dar a conocer los derechos no posesorios, entre otras finalidades. Nace así, la protección del llamado tercero hipotecario.

El área del derecho anglosajón, que no conoció tales leyes desamortizadoras, quedó con la antigua regla *nemo dat quod non habet*. Los registros de la propiedad anglosajones llegan más tarde y con una eficacia mucho más menguada debido

a su menor fiabilidad, en buena medida como consecuencia de la falta de la titulación auténtica y del control jurídico que en el Continente aportaban los notarios.

La reciente crisis de las hipotecas *subprime* y las gravísimas dificultades que en Estados Unidos han acompañado a la posterior ejecución de hipotecas, en muchas ocasiones imposible judicialmente por no quedar acreditada la cadena de titularidades, han demostrado palpablemente la superioridad del notariado latino-germánico sobre el *deed* privado anglosajón.

En el terreno de los costes, tampoco se revela superior la libertad de forma inherente al *deed*. Se acostumbra a considerar que la obligatoriedad de la intervención notarial implica un coste que no tienen los sistemas anglosajones. Pero no es en absoluto exacto. Por las razones expuestas al inicio, dada la complejidad del comercio inmobiliario, la intervención de un profesional se hace siempre necesaria, aunque no sea obligatoria. Y, entrando ya en comparaciones, se puede observar que la ordenación de la propiedad inmueble propia del sistema continental, controlada a través de la escritura pública o *acte authentique* publicada en el registro a lo largo de dos siglos, gracias a su fiabilidad rebaja los costes de transacción, mejora los controles públicos sobre el tráfico inmobiliario, evita las asimetrías informativas y protege al consumidor o contratante débil y menos informado. Por otra parte, le peor sistematización del sistema anglosajón determina unos elevados costes en asesoramiento, como se desprende del informe *Doing Business 2012, Registering property in United Kingdom*.

El seguro de títulos típico de Estados Unidos, por su parte, se revela notablemente deficiente. Representa un coste elevado y tiene el inconveniente añadido de que no evita el coste social e individual de la litigiosidad ni el trauma personal de perder la propiedad o el derecho a la finca adquirida.

La crisis *subprime* ha puesto también al descubierto problemas de parcialidad de los bancos y los intermedios y asesores jurídicos en la contratación inmobiliaria y, muy especialmente, en la formalización de los préstamos hipotecarios. Parcialidad que ha redundado en títulos erróneos, cuando no falsos. Algunos registros denuncian porcentajes de hasta el 80% de inscripciones basadas en títulos defectuosos. La consecuencia final ha sido en algunos casos la pérdida de la vivienda por sus propietarios que nunca firmaron ninguna hipoteca y, en otros que se cuentan por decenas de miles, la imposibilidad de plantear judicialmente la reclamación de los créditos hipotecarios.

La regulación del mercado inmobiliario se revela, pues, imprescindible. El informalismo y la falta de control se han demostrado no sólo inoperantes sino abiertamente nocivos, agravando las consecuencias de la crisis con la inseguridad jurídica en las llamadas cadenas de títulos y su correspondiente coste social e individual.

El notario de corte latino-germánico se revela como un instrumento especialmente apto, en su condición de funcionario o delegatario de una función pública, para ejecutar las políticas de transparencia y regulación del mercado inmobiliario. El control de legalidad, la información del consentimiento, la eliminación de asimetrías informativas, la protección del consumidor y del contratante menos habituado, forman parte de su actividad y su cumplimiento viene garantizado por un estricto régimen disciplinario. Siendo cierto que un buen título es la base necesaria de un buen registro, el *acte authentique* o escritura se revela, por su parte, como el documento más idóneo por las garantías que incorpora y por su valor y efectos de fe pública.

Las nuevas tecnologías incorporadas al quehacer del notario y, especialmente la transmisión telemática y segura de datos, le permiten acceder a la información y transmitirla con

un notable ahorro de tiempo y costes para el usuario. El acceso telemático a los registros, al catastro, a las administraciones públicas (fiscales, urbanísticas, medioambientales, etc) potencian la eficacia de la función y abren nuevos campos en los que el servicio notarial obtiene sinergias positivas.

Con la tecnología de firma electrónica para la emisión de copias auténticas de la escritura pública es posible mantener la presencia del notario para la identificación, juicio de capacidad, control de legalidad, consentimiento informado, autoría del documento, en el momento y lugar del otorgamiento, sin los cuales fallaría el sistema de seguridad jurídica preventiva, y simplificar todo lo mecánico de la transmisión y posterior operación del documento. La escritura se produce manteniendo la presencia del notario y su control directo, y se mueve la copia electrónica.

La circulación de la copia auténtica electrónica de la escritura pública facilita, además, el tráfico internacional permitiendo su otorgamiento y formalización a distancia sin necesidad de desplazamiento. El proyecto europeo EUFIDES es una buena muestra de la colaboración internacional y del amplio y prometedor futuro que tiene ante sí una institución tan antigua pero a la vez tan actual y útil como es el notariado latino-germánico.

RE
GES
TA

Bases para la ley general que armonice y homologue la organización y el funcionamiento de los registros públicos inmobiliarios y los catastros

Antonio Gutiérrez Ysita

ANTONIO GUTIÉRREZ YSITA,
notario del Estado de México.

La tierra es el punto de partida. Su distribución, la forma en que se divide y explota repercute sobre la economía y la organización de cada país. A ellos se vincula la producción, la industria, el equilibrio entre la ciudad y el campo, la prosperidad, el bienestar de los habitantes y hasta el sistema político.

Bernardino C. Horne

Es frecuente e inquietante que el marco jurídico no embone en la práctica de la legalidad. Lo anterior da margen a vacíos jurídicos y administrativos que alimentan la corrupción, obstaculizan el tráfico inmobiliario y el desarrollo económico; convirtiendo a los trámites administrativos en un calvario para quien los gestiona y una pesadilla para los ciudadanos necesitados de un servicio.

INICIO CON ESTOS CONCEPTOS PORQUE ME PARECEN PROFUNDOS, esenciales y referentes para resaltar la importancia de la fracción XXIX R, adicionada recientemente al artículo 73 de la *Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos*.

Es importante reconocer que el *Pacto por México* que promovió el Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, al igual que las iniciativas legislativas que impulsaron los principales partidos políticos de nuestro país, así como el estudio, análisis y la elaboración de los dictámenes discutidos y aprobados en el pleno del Congreso de la Unión, como es el caso de esta adición al artículo 73 de nuestra Carta Magna, forman parte de las reformas estructurales que permiten a México tener bases jurídicas más sólidas para un mayor desarrollo nacional.

Para lograr esta nueva facultad para el Congreso de la Unión, fue necesaria la dialéctica al enfrentar criterios divergentes que parecieran trastocar los cimientos jurídicos de la soberanía de los estados, del Distrito Federal y la autonomía de los municipios e ir en contra del pacto federal. Sin embargo, el análisis y el debate fueron tan profundos y los fundamentos empleados fueron contundentes y determinantes para justificar, con toda precisión, los beneficios jurídicos, económicos, sociales y políticos para nuestro país.

Sección III

De las facultades del Congreso.

Artículo 73. El Congreso tiene facultad:

Fracción XXIX R. Para expedir la ley que armonice y homologue la organización y el funcionamiento de los registros públicos inmobiliarios y personas morales de las entidades federativas y los catastros municipales.

Esta adición estuvo respaldada por la iniciativa presentada por el senador Raúl Cervantes Andrade, del grupo parlamentario del Partido Revolucionario Institucional, en la que se reconoce que los registros públicos inmobiliarios y los catastros, no siendo del ámbito federal, requieren fortalecerse en beneficio del Estado mexicano, conservando y respetando la soberanía de las entidades federativas y la autonomía de los

municipios. En la exposición de motivos se precisan cuatro objetivos, que relaciono a continuación y que me sirven como sustento para expresar, lo que a mi juicio personal, considero una serie de reflexiones, para abundar en su contenido.

☞ *Elevar la recaudación de contribuciones locales, principalmente, los impuestos de traslación de dominio y el impuesto predial.* Es indispensable que la actividad notarial y los sistemas y procedimientos registrales estén vinculados con la información catastral y los padrones fiscales; lo cual, permitirá la actualización inmediata con los valores comerciales precisados en la escritura pública, sustituyendo, con esto, a los valores catastrales y quedando justificado el incremento en el impuesto predial y, por consiguiente, en el impuesto sobre adquisición de inmuebles o traslado de dominio, impuesto sobre la renta y valor agregado, cuando se causen. De igual forma, con el cruce de información del catastro con la información registral que se relaciona en la escritura pública, por la que se transmite la propiedad de un inmueble, se podrá confirmar o corregir la identificación y localización del predio, así como la actualización en su descripción, contra la información física que reportan los catastros y, en su caso, las características de construcción que también incrementan los impuestos; en su caso, abriendo la posibilidad de relacionar los usos, destinos, reservas y provisiones que señalan los planes de desarrollo urbano, así como domicilios y datos de propietarios; sumándose al mejoramiento de las condiciones de vida de la población rural y urbana con el ordenamiento de los asentamientos humanos y la dotación de servicios.

Teniendo sistemas eficientes de control catastral y registros inmobiliarios confiables y complementarios, se facilita la supervisión para expedir licencias de subdivisión, conjuntos urbanos y construcción que generan derechos y contribuciones que son importantes para elevar la recaudación de

los estados y municipios. Con estos servicios, así como los concernientes al suministro y cobro de agua potable y mejoras, se complementan los incrementos y habrá una mayor recaudación.

Otro factor importante para elevar la recaudación de impuestos nace de la propia *Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos*, que divide y distingue a la tierra en pública, privada y social. Dentro de ésta última, destaca la ejidal, que si bien, se encuentra controlada por el Registro Agrario Nacional, representando aproximadamente 54% del territorio nacional, según el INEGI, no está incorporada a los asientos registrales que se materializan en los registros públicos de la propiedad, instituciones que son responsabilidad de las entidades federativas y en los padrones catastrales y prediales, que en lo individual, existen y que son competencia de los municipios. Por esta razón, los ejidatarios omiten pagar impuestos sobre adquisición de inmuebles y otras operaciones traslativas de dominio, derechos sobre licencias de construcción, derechos por subdivisiones y fusiones que, por sí solas, impactan al desarrollo urbano y la ecología y obstaculizan el desarrollo ordenado inmobiliario, creando certidumbre jurídica para la inversión y la explotación agrícola en general, marginándolos del crédito hipotecario.

Lo más absurdo es que los núcleos agrarios están organizados para exigir de los ayuntamientos toda clase de servicios que señala la fracción III del artículo 115 constitucional, sin retribuir con ninguna contribución y, en cambio, la autoridad se encuentra maniatada jurídicamente para exigir y cobrar impuestos y derechos, en virtud de que la tierra social está amparada por ser inalienable, imprescriptible e inembargable.

Todos los días, en cada núcleo ejidal de la República Mexicana se transmiten derechos ejidales sobre parcelas, sin el control ni la supervisión de autoridades estatales y municipales porque a los ejidatarios, comuneros y poseesionarios no les

interesa ni les conviene adoptar el dominio pleno para que sus inmuebles se incorporen al derecho común. Ya es necesario tomar decisiones para erradicar la simulación y la protección que, durante años, ha dañado a los municipios y al desarrollo económico, principalmente en materia de desarrollo urbano ordenado y que impacta en otras actividades como la minería, la agricultura, la ganadería etc.

Lo más grave es que incumplen lo dispuesto en la fracción IV del artículo 31 y fracción I del artículo 36 ambos de nuestra Carta Magna.

Otro elemento que debe considerarse, no para incrementar la recaudación pero sí para ordenar e integrar el patrimonio federal, de los estados, del Distrito Federal y de los municipios, es el relativo al registro, control y supervisión de la propiedad pública, con bienes del dominio público y bienes del dominio privado para evitar ocupaciones e invasiones de asentamientos humanos irregulares en la propiedad del Estado.

☞ *Contar con bases de datos e información geoestadística que permita diseñar políticas públicas de planeación y reordenamiento urbano y de vivienda.* Sin duda, es importante tener un mosaico inmobiliario que incorpore los tipos de propiedad que contempla nuestra Carta Magna, para que estén debidamente registrados y catastrados, en forma individual, y se les puede asignar valores independientes y concentrarlos en una base de datos que permita consultarla a través de medios electrónicos. Esta base de datos debe ser flexible para realizar los diversos movimientos jurídicos y accesible para la incorporación de usos, destinos, reservas y provisiones que señalan los planes federales, estatales y municipales para el desarrollo urbano y el desarrollo rural integral. Lo anterior, con objeto de tener la seguridad jurídica y bases sólidas y ordenadas para promover la inversión nacional y extranjera, generar empleo y garantizar a la población

campesina su bienestar, su participación e incorporación en el desarrollo nacional. Considerándolos como factores que les permita organizar la producción agropecuaria, su industrialización y comercialización y para que se garantice el abasto de alimentos básico. Tener tierra susceptible para edificar y dotar de vivienda digna a los mexicanos tanto en las áreas urbanas como en las rústicas, de conformidad con lo que dispone el artículo 4º de la Constitución. Garantizar, proteger e impulsar la explotación minera, e incrementar la actividad industrial, agrícola y ganadera y de servicios, es otro factor importante en la política pública y la planeación.

Es importante e indispensable para el desarrollo económico, social y político tener registros públicos inmobiliarios dotados de la más alta tecnología y de la más exigente eficiencia y eficacia de las personas que los operen para que garanticen los derechos de propiedad en general y, en los casos que sean necesarios, se lleve a cabo la regularización de la tenencia de la tierra, para que los registros públicos inmobiliarios incorporen a poseedores que se conviertan en propietarios; los padrones catastrales extiendan el control cartográfico a zonas no catastradas y fiscales que amplíen el número de causantes y, lo más importante que garanticen certeza y seguridad jurídica en las transmisiones y adquisiciones de propiedad inmobiliaria; ya que la tierra, siendo el origen y el punto de partida de todo proceso económico, recibe las inversiones en construcciones e instalación de equipo y maquinaria necesarios para los procesos de transformación de productos, la fabricación, distribución y comercialización de los mismos, como todo proceso económico.

Con base en la experiencia estoy seguro que el sistema SIREM WEB, diseñado por el personal técnico del Instituto de la Función registral del Estado de México, que suplió al errático sistema SIAR, modificado a SIREM es el más confiable y el que aporta soluciones de fondo y forma para sus fines.

☞ *Aumentar la certeza jurídica de los derechos de propiedad de los inmuebles a efecto de favorecer su heredabilidad o la transmisión de su dominio sin conflictos y a la vez facilitar a las familias y a las empresas el acceso al crédito y a otras fuentes de financiamiento en su beneficio.* El Estado tiene la obligación de garantizar la certeza y seguridad jurídica de la propiedad en general y proteger toda transmisión de propiedad para que fluya el crédito sobre la misma y la federación, los estados, el Distrito Federal y los municipios reciban mayores ingresos por concepto de impuestos, derechos y toda clase de contribuciones.

La homologación de sistemas y procedimientos basados en la ley y con la ayuda de la tecnología, permite el cruce de la información legal contenida en los asientos registrales materializados en los registros públicos inmobiliarios, con la información física y real que reportan los catastros. Por esto, debe existir una vinculación de información para ser utilizada en diversas áreas jurídicas, administrativas, productivas, financieras, fiscales y encargadas de elaborar estadísticas. Información necesaria y de vital importancia para la planeación de diversos programas que permitan alcanzar objetivos precisos en las políticas gubernamentales y empresariales, incluyendo la vivienda y el crédito.

La ejecución y supervisión de las acciones corresponde a las entidades federativas y a los municipios, para lo cual, se justifica la nueva facultad del Congreso para expedir una ley que homologue la organización y el funcionamiento de los registros públicos inmobiliarios y los catastros. ley en la que, además, se precisen los lineamientos para que los sistemas y procedimientos sean uniformes en todas las entidades federativas y en los municipios, así como la forma para vincularlos entre sí y relacionarlos con los usos del suelo, con los domicilios y datos de los interesados y, desde luego con las notarias y el número de la escritura pública.

☞ *Contar con bases de datos homogéneas que ayuden a las autoridades fiscales y a las del ámbito de la procuración de justicia en sus labores de investigación.* La iniciativa está debidamente fundamentada y motivada ya que reconoce, al Registro Público de la Propiedad, como una herramienta fundamental para el desarrollo económico, mediante el cual se garantiza la certeza y seguridad jurídica en la tenencia de la tierra y como punto de partida para la inversión nacional y extranjera.

Como parte importante, en la motivación, se establece que el Registro Público de la Propiedad funcione con un sistema registral eficiente y eficaz, que sea un apoyo de certidumbre para la inversión y facilidad para que se incrementen las expectativas de recuperación de las inversiones de capital y disminuya el riesgo para los acreedores hipotecarios; publicite los actos jurídicos que, conforme a la ley, precisan de este requisito para surtir efectos frente a terceros y se considere como garante de legalidad en las transacciones del mercado inmobiliario, contribuyendo a reducir los costos de averiguación, seguro, litigiosidad e incertidumbre.

También reconoce la atribución que tienen los estados y el Distrito Federal con base en los códigos civiles, con algunas excepciones, también por la ley registral y, en otros estados por reglamentos que, siendo obsoletos estos últimos, deben superarse con una ley Registral uniforme para todas las entidades federativas, y la adecuación de los códigos civiles en materia registral, sin olvidarnos de una ley para el uso de medios electrónicos en la que se contemple la firma y sello electrónicos.

Diversas instituciones como el Banco Mundial, con su informe Doing Business, el Fondo Monetario Internacional, Banco Interamericano de Desarrollo, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), el Instituto Mexicano para Competitividad, el Colegio Nacional del

Notariado Mexicano, la Escuela de Graduados de Administración y Política Pública, la Asociación de Bancos de México y la Sociedad Hipotecaria Federal, entre otros, hacen referencia a las grandes diferencias en los resultados de eficiencia en los diversos registros públicos de la propiedad de nuestro país; resaltan el índice de ejecutabilidad contractual como lo hace la Calificadora Moody's; comparan la mala calidad, la falta de idoneidad, orden, continuidad y pulcritud en los registros, encontrando mucha disparidad en su funcionamiento y operatividad, así como en los sistemas y procedimientos que siguen, denunciando los escasos y erráticos avances de modernización y reportan los principales problemas que se relacionan enseguida.

☞ *Sistema de registro ineficiente.* La sustitución de libros por el sistema de folio real electrónico con el que se optimiza la función registral y se genera mayor seguridad y confiabilidad en el mismo, en virtud de que un solo folio contiene toda la información registral de una propiedad, con todos sus movimientos de cambio de propietarios, gravámenes, limitaciones y anotaciones preventivas. El sistema evita asientos registrales con métodos anacrónicos, obsoletos, así como el errático e inoperante procedimiento de siga la flecha, de libro a libro y de inscripción a inscripción enlazadas con notas de relación y los focos de corrupción tan alarmantes y preocupantes que en la actualidad se han disparado por el rezago y retraso en la entrega de los servicios.

☞ *Tecnología inadecuada.* Las inscripciones de asientos registrales en libros son inseguros, retrasan su materialización, generan ineficiencia, incentivan corrupción, motivan la disparidad, el error, la omisión y hacen inviable la construcción de una base de datos estatal, municipal y nacional que sea de utilidad para la rápida inscripción,

consulta y vinculación con la información de los catastros, con los padrones fiscales y con la posibilidad de relacionar los usos del suelo. A la fecha, no le sirven a las autoridades fiscalizadoras y de procuración de justicia, ni al mercado de la vivienda y, menos aún, para el desarrollo y ordenamiento urbano o para el desarrollo económico nacional, porque más que garantizar certeza y seguridad jurídica, propician lo contrario y la inversión nacional y extranjera se ve seriamente afectada.

En los últimos seis años, se han diseñado sistemas que en vez de dar resultados satisfactorios, han complicado aún más el funcionamiento y operatividad de los registros públicos inmobiliarios con la famosa “digitalización” que para lo único que han servido es para gastar enormes cantidades de dinero en resguardar información incompleta, errónea o imprecisa que, además, da origen al absurdo e inoperante procedimiento siga la flecha cibernético, esto es, de imagen a imagen hasta tener el historial completo de una finca. El registro público inmobiliario es dinámico, en constante movimiento jurídico que requiere un sistema de folio real electrónico respaldado por un sistema operativo tan sencillo como consultar un correo electrónico y transmitir, de la misma forma, la petición o la respuesta. Se ha invertido y perdido mucho tiempo y dinero y se ha aceptado el engaño de empresas que ofrecen todo y entregan basura. Como si la certeza y seguridad jurídica dependiera de la fama y supuesto prestigio de empresas internacionales o de empresas nacionales que se dedican a medir indicadores de seguimiento de un modelo integral que no ha funcionado en México, que tiene fallas estructurales de importancia.

Por la negativa y obstructiva actividad operativa de sistemas elaborados por personas y técnicos que no conocen ni están familiarizados con el funcionamiento y la dinámica registral, ni tampoco con los principios registrales,

menos aún con la certeza y seguridad jurídica que debe proporcionar el Registro Público de la Propiedad, se sugiere analizar el sirem web implementado en el IFREM, para que en su caso se adopte como base uniforme.

☞ *Los sistemas electrónicos empleados por los registros públicos de la propiedad, carecen de fundamento jurídico. La mayor parte de los estados, carecen de una ley registral en la que esté relacionado el uso de medios electrónicos, firmas y sellos digitales y esté prevista la transferencia de información que se origina en las notarías públicas con el otorgamiento y formalización del acto jurídico consignado en escritura pública tradicional o escritura digital, que se transmite vía electrónica al Registro Público de la Propiedad; la cual da origen al folio real electrónico, evitando errores y omisiones en virtud de que en caso de transferencia jurídica electrónica, no sería necesario que el personal que trabaja en los registros públicos de la propiedad capture nuevamente la información, prescindiendo también de gestores, cómplices de la corrupción.*

☞ *El tiempo de respuesta de una inscripción puede oscilar, actualmente, entre dos o tres días hasta ocho meses, o más dependiendo de la entidad en la que se encuentre la oficina registral, originando un rezago importante que genera inseguridad jurídica y corrupción. La transferencia electrónica se convertiría en la herramienta esencial para obtener registros inmediatos, seguros y confiables que erradicarían la corrupción y garantizarían, con mayor certidumbre la seguridad jurídica de los actos jurídicos, cumpliendo cabalmente con los principios registrales principalmente el de prelación y desde luego con la ley. La consulta de los folios reales electrónicos estaría reservada a los notarios y a las personas que justificaran su interés jurídico o legítimo, previo el pago en línea de los derechos correspondientes.*

☞ *Capacitación inadecuada del personal directivo y operativo.* La profesionalización y capacitación de los servidores públicos es indispensable, motivo por el cual, se propone iniciar con el curso intensivo que dio buenos resultados en el Estado de México. Sin embargo, la capacitación debe ser continua y permanente y, la ley, además de su reglamento, debe estar respaldada por los códigos civiles, criterios jurídicos uniformes, códigos de conducta y manuales de organización y procedimientos ajustados a ley. Los salarios, también deben estar homologados para todas las entidades federativas.

☞ *El sistema registral está desvinculado de los sistemas catastrales.* La propiedad legal respaldada por los asientos registrales materializados en libros o folios debe estar vinculada con el catastro que registra las características físicas e identifica los límites de los inmuebles.

Su desvinculación genera frecuentemente diferencias en la delimitación de propiedades y contradicciones entre ambos registros. Los dos sistemas deben configurarse con una base de datos homogénea, que permita cruzar información, con ayuda tecnológica, y se pueda identificar y leer con los lenguajes utilizados a través de medios electrónicos. Es fundamental, sobre todo, la forma para capturar los datos de identificación del predio y su propietario con los datos del folio real electrónico y viceversa, ya que con una sola letra de diferencia, no se consigue el cruce de información.

☞ *Falta de una coordinación.* Ya lo expresamos anteriormente, el lenguaje, el sistema y los procedimientos que manejan los notarios para materializar los actos jurídicos en escrituras públicas, folios notariales, testimonios y escrituras electrónicas, deben estar homogeneizados con los folios reales electrónicos, materializados en los registros públicos inmobiliarios, y estrictamente vinculados con la información

de los catastros municipales, los organismos de vivienda, y con programas de regularización de la tenencia de la tierra, como si fueran una sola unidad para obtener información integral.

Estos esfuerzos han sido dispersos, no se han dado de manera uniforme y se continúa operando con sistemas operativos muy diversos. Libros obsoletos, con inscripciones manuscritas, en ditto u offset; imágenes digitalizadas que contienen infinidad de errores y omisiones y que nos obligan al procedimiento siga la flecha cibernética de imagen a imagen hasta obtener el historial completo de una finca sin que esté prevista la vinculación y cruce de información con el catastro y con desarrollo urbano para usos del suelo y otras instituciones.

☞ *Falta de uniformidad en el acceso a la información registral.* Si la finalidad esencial del Registro Público de la Propiedad es proporcionar publicidad a los actos y hechos jurídicos otorgados ante notario público, para enfrentar a terceros, tal pareciera que los sistemas y procedimientos son opuestos entre las dos instituciones, no obstante que desempeñan funciones complementarias; motivo por el cual, deben sufrir idénticas metamorfosis en cuanto a tecnología, lenguaje, principios, criterios y objetivos.

Hasta la fecha, no se tiene un sistema único de acceso a la información registral en el país debido a la regulación jurídica actual, lo cual es preocupante ya que la diversidad nacional ha impedido contar con registros públicos inmobiliarios eficaces y eficientes, que garanticen la certeza y seguridad jurídica a través de sus inscripciones en folios reales electrónicos que concentren todos los datos y movimientos que reporte un inmueble.

De igual forma, la diversidad de leyes y disposiciones así como la falta de autonomía jurídica u operativa, ocasiona

una desvinculación con el proceso de desarrollo económico de las entidades federativas, que contrasta con la falta de programas de modernización serios y confiables, y la falta de tecnología, propicia procesos registrales lentos, obsoletos, inseguros, presupuestos reducidos que se hacen más evidentes cuando se trata de implementar programas constantes de profesionalización y capacitación para los servidores públicos. Impactan negativamente las legislaciones desactualizadas e inoperativas para el uso de lenguajes y sistemas electrónicos, que además no contemplan firmas y sellos digitales y obstaculizan trámites y registros en línea y que tampoco tienen prevista la vinculación con otros registros lo que resalta la presencia de una evolución desigual de la actividad registral, tanto humana como tecnológica.

Si bien es cierto que los catastros municipales son fundamentales para el funcionamiento de la economía nacional, ya que constituyen el registro de la propiedad inmobiliaria del país y controlan el inventario de los terrenos, construcciones y demás bienes inmuebles, en el que se contiene las dimensiones, características, calidad, valor de los predios y de las construcciones, así como su localización y descripción exacta y son la base fundamental para el cobro de impuestos prediales y de adquisición de bienes inmuebles o traslado de dominio; también es cierto que no refleja beneficios fiscales óptimos para la administración de la propiedad, relacionado con la planeación, el reordenamiento urbano y la vivienda. No existe una relación de modernización de los catastros que esté homologada con los registros públicos inmobiliarios, que garanticen la certeza y seguridad jurídica de la propiedad y por consiguiente, le ofrezcan confianza a la inversión en general.

La mayoría de los catastros municipales opera en condiciones deficientes; cuentan sólo con una descripción genérica de los predios y el nombre del propietario, siendo

omisos en cuanto al domicilio, la CURP, el RFC, el tipo de propiedad, la clasificación de los predios, el uso de suelo, la topografía, los servicios públicos, etcétera y por la misma razón, es imposible obtener datos estadísticos, sobre el registro y control de la propiedad pública, privada, social; siendo urbana y rústica, con sus delimitaciones y localizaciones.

Muchos catastros operan sólo con planos y cartografías de papel, con datos desactualizados y desarticulados para hacerlos compatibles con los objetivos del modelo óptimo de catastro impulsado por la SEDESOL y el INEGI, instituciones que no tienen atribuciones para establecer procesos que garanticen la seguridad jurídica de la propiedad inmobiliaria.

La SEDESOL en su momento y el INEGI más recientemente, no han logrado emitir un lenguaje ni un sistema operativo que sea confiable y eficiente para los registros públicos inmobiliarios y los catastros municipales, para que estén entrelazados con los usos del suelo, que provengan de una homologación uniforme, con procesos estandarizados que faciliten las validaciones en el marco de la administración de la propiedad y del ordenamiento territorial al que estén vinculados, como si fuera una sola unidad, como debe ser entre la escritura pública, el folio real electrónico, la información catastral, el pago de los impuestos federales y municipales y los usos del suelo; para que todo esto sirva no solo para el desarrollo urbano ordenado y los programas de vivienda y la titulación de la misma, sino que, además, estén vinculados con leyes para la extinción del dominio, *Ley federal para la prevención e identificación de operaciones con recursos de procedencia ilícita*, así como con el RFC y la CURP.

Mucho cuidado hay que tener para aceptar que instituciones ajenas a los registros públicos de la propiedad pretendan implementar e instalar sistemas operativos que, aparentemente, han tenido éxito en ciudades pequeñas de la República Mexicana ya que el volumen de información

es muy escaso en comparación a otros registros. La desactualización es la principal causa de la evasión: muchos predios que están urbanizados siguen pagando como si fueran rústicos, predios construidos pagan como baldíos y otros, la mayoría, que no pagan ninguna contribución como los ejidos.

Se puntualiza que México requiere modernizar las instituciones registrales para estar a la vanguardia a nivel nacional e internacional, para coadyuvar con el trabajo de las autoridades fiscales y de procuración de justicia, para facilitar y proteger las transmisiones de dominio de los inmuebles y para que los estados y los municipios puedan diseñar mejores políticas de desarrollo, ordenamiento urbano y de vivienda, ya que el Banco Mundial nos ubica en el lugar 140 de 174 países en atención a de los servicios registrales que ofrecemos.

Es importante reconocer y aceptar que la inquietud para modernizar, actualizar y vincular los registros públicos inmobiliarios con los catastros nace desde hace muchos años. Con la intervención del gobierno federal e instituciones del mismo nivel, desde el año 2005, se aceptó un modelo integral basado en la experiencia de registradores españoles, ampliamente criticado por un servidor desde esa época. Desde esa fecha, todos los intentos habían sido rechazados y criticados porque las propuestas vulneraban el “pacto federal”, aunque los objetivos y la motivación de las propuestas se compartían por tener como finalidad el fortalecer el sistema jurídico mexicano, en un área de especial importancia para toda la población, por referirse a la certidumbre jurídica de los actos relativos al patrimonio de los mexicanos, pero que atentaba contra la autonomía y soberanía de las entidades federativas y se precisaba como una manifiesta intervención e injerencia de la instancia federal.

Las propuestas siempre han estado enfocadas a “estable-

cer las bases de coordinación entre la federación, el Distrito Federal, los estados y los municipios, en materia de operación de registros públicos de la propiedad, de comercio y catastral”, es decir, no sólo se refiere a la forma y términos del procedimiento registral, sino que expresamente se habla de interferir mediante *Bases de coordinación*, esto es, lineamientos generales y obligatorios respecto de la operación misma de las instituciones registrales de cada entidad federativa.

En la iniciativa, dentro de la motivación y de sus fundamentos jurídicos, se precisa que el Registro Público de la Propiedad, como instrumento de publicidad del régimen de propiedad, pertenece al ámbito del derecho civil, y éste forma parte del régimen interior de los estados y del Distrito Federal, en su parte más íntima, uno de sus elementos esenciales, que es la propiedad raíz “su territorio”; lo que nos lleva a considerar que el Congreso estaría pretendiendo legislar en lo relativo al régimen interno de las entidades federativas, lo que debe quedar dentro del ámbito de facultades de las legislaturas locales, no sólo acorde a los artículos 40, 115 y 124 de la *Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos*, sino además, porque se trata de la vida interna de los estados y del Distrito Federal y de uno de los elementos que mejor definen y resaltan su soberanía, “la tierra”.

Si se le restringe la libertad a las entidades federativas para legislar como mejor convenga a sus intereses en lo relativo a su régimen interior como lo es el régimen de propiedad, se le restaría autonomía e independencia, y entonces, el régimen federal que establece nuestra Constitución será letra muerta, frente a un régimen centralista de hecho. Sin embargo, la tierra no tiene nada que ver con la facultad que tiene el Congreso para expedir una ley general que armonice y homologue la organización y el funcionamiento de los registros públicos inmobiliarios y de personas morales de las entidades federativas y los catastros municipales.

La interesante y completa iniciativa, hace referencia a las limitaciones que el Congreso tiene para legislar sobre aspectos contemplados en el artículo 115 constitucional, sobre todo en el manejo del su patrimonio municipal y la administración libre de su hacienda, sin lo cual, los estados no pueden considerarse plenamente autónomos e independientes.

Lo anterior, no debe suponer que la federación no pueda contribuir con los estados y el Distrito Federal en la mejora de sus políticas y administración, inclusive en la capacitación del personal y modernización de los sistemas y herramientas de sus registros públicos de la propiedad y de los catastros, como de hecho lo realiza desde hace varios años. Es de resaltar que a la fecha, la federación y los estados, incluyendo el Distrito Federal, tienen celebrados convenios en virtud de los cuales llevan a cabo importantes programas de modernización, en materia de Registro Público de la Propiedad y Catastro. Y para ello, no ha sido necesaria la injerencia en la autonomía de los estados a través de una reforma constitucional como la que se aprobó.

Estos convenios entre la federación, los estados y el Distrito Federal, en materia registral inmobiliaria no han dado ningún resultado positivo. Se han invertido más de 4,500'000,000.00 de pesos (cuatro mil quinientos millones de pesos) entre las aportaciones del gobierno federal y las entidades federativas en un modelo integral que le dio mayor importancia a los indicadores en los que está estructurado que a la eficiencia y eficacia de los servicios. Al inversionista, al notario, al propietario, al acreedor y a cualquier interesado en un servicio registral, no le importa cómo se llame la institución; ni qué estructura administrativa tenga; tampoco le importan los indicadores y la calificación que asigne la calificadora extranjera o la empresa nacional que supervisa la ejecución del modelo; de igual forma, no le importa quién dirige la institución. Muy al contrario, lo que sí le importa

es que la atención sea cortés, amable y respetuosa; que su respuesta sea rápida, eficaz y eficiente y que no se enfrente a la corrupción para obtener un servicio que garantice certeza y seguridad jurídica a su propiedad, a su inversión o a su crédito.

La solución no sólo es de dinero, es de decisión política y de actitud y aptitud de los servidores públicos, de conocimiento, profesionalización, preparación y capacitación; así como de un sistema operativo basado en la ley con apoyo tecnológico, que esté diseñado para que el procedimiento sea amable para el usuario y esté vinculado con la información catastral, los usos del suelo y los datos de identificación de los propietarios y deudores, y con la función notarial, en donde se origina el acto jurídico.

Ejemplo por demás objetivo es que, a partir del año 2007 hasta el 2012, en el presupuesto de egresos de la federación, la Cámara de Diputados, autorizó partidas específicas para ser aplicadas a la modernización de los registros públicos de la propiedad y, desde 2011 se incluyó a los catastros municipales:

☞	2007: \$416'700,000.00
☞	2008: \$416'700,000.00
☞	2009: \$374'400,000.00
☞	2010: \$337'813,554.00
☞	2011: \$414'404,302.00
☞	2012: \$314'400,000.00

En seis años, la federación ha presupuestado para el Pro-

grama de Modernización de los Registros Públicos de la Propiedad y los Catastros, la cantidad de \$2'274,417,856.00 más una cantidad similar que aportaron, en proporción, las entidades federativas para estandarizar los procesos para la homologación de la función registral a nivel nacional y modernizar los catastros.

Al final de la administración federal anterior, se destinaron recursos federales y estatales por un monto cercano a los 4,550 millones de pesos y, los resultados alcanzados a la fecha, son tan ínfimos y limitados que podemos afirmar que se reducen al establecimiento de una metodología para medir los indicadores siguientes: visión integral del programa estatal de modernización, marco jurídico; procesos registrales, tecnología de la información, gestión de calidad; profesionalización de la función registral; políticas institucionales de gestión y acervo documental, participación y vinculación con otros sectores e indicadores de desempeño, con lo cual se demostró el apego de los registros públicos al modelo integral de registros públicos de la propiedad, misma que reconoce cuatro niveles de evaluación y cumplimiento.

☞ *Nivel crítico*, con menos de 25% de apego al modelo integral.

☞ *Nivel insuficiente*, entre 25% y 50% de apego al modelo integral.

☞ *Nivel suficiente*, entre 50% y 75% de apego al modelo integral.

☞ *Nivel satisfactorio*, entre 75% y 100% de apego al modelo integral.

Al inicio de la aplicación de la metodología (2007):

☞ 2 alcanzaron el nivel de “satisfactorio”.

☞ 8 el nivel de “suficiente”.

☞ 12 el nivel de “insuficiente”.

☞ 10 registros obtuvieron el nivel de “crítico”.

Los resultados obtenidos al mes de agosto de 2012.

☞ 13 tienen el nivel “satisfactorio”.

☞ 10 tienen el nivel “suficiente”.

☞ 7 tienen el nivel de “insuficiente”.

☞ 2 registros se mantienen en el nivel de “crítico”.

Si contemplamos sólo estos resultados, pareciera que el modelo integral y la modernización tuvieron un resultado aceptable, sin embargo, un registro público inmobiliario, podría escalar en las cinco evaluaciones que se practicaron, iniciando con 30.00 (insuficiente), 57.59 (insuficiente), 66.11 (suficiente), 76.45 (satisfactorio) y llegar al nivel satisfactorio con una calificación de 83.14 como sucedió en el Estado de México, pero con todo y esto, reportaba, en junio del 2010, un rezago de 90,223 documentos pendientes de inscripción y para despachar; y con fechas de entrega o respuesta que iban de 3, 6, 9 y más meses y una corrupción evidente y extremadamente acelerada, motivada por defectos operativos, y derivados de la errática, deficiente, omisa e inoperante “digitalización”, que sirve, únicamente para resguardar la in-

formación pasiva incompleta y desactualizada contenida en los libros de registro, pero nunca como opción y solución para un registro dinámico y que, adicionalmente a lo anterior, se complica, aún más, cuando compañías generosamente contratadas, con personal inexperto o no familiarizado con los asientos registrales, captura los datos con error y omisiones que van a los folios reales, creando inseguridad jurídica.

Se afirma y reconoce que la *Ley federal para la prevención e identificación de operaciones con recursos de procedencia ilícita*, recientemente aprobada por el Congreso de la Unión, establece en el artículo 8º la facultad a la Unidad Especializada en Análisis Financiero de la Procuraduría General de la República, de celebrar convenios con las entidades federativas para acceder directamente a la información disponible en los registros públicos de la propiedad de las entidades federativas del país, para la investigación y persecución de los delitos de operaciones con recursos de procedencia ilícita, íntimamente relacionada con la actividad notarial, que tiene la obligación de reportar mes con mes.

La causa principal que llevó al Congreso a adicionar la fracción XXIX R al artículo 73 constitucional, para facultar al Congreso para expedir una ley general que armonice y homologue la organización y el funcionamiento de los registros públicos inmobiliarios y personas morales de las entidades federativas y los catastros municipales fue el fortalecimiento de estas instituciones para que resuelvan los problemas que conlleva un deficiente registro inmobiliario y un incipiente catastro municipal.

Conforme al criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, las leyes generales sirven para delimitar, y en su caso, clarificar las facultades de la federación, de las entidades federativas y de los municipios, en aquellas materias de responsabilidad concurrentes, a efecto de evitar la dispersión de recursos y esfuerzos.

Esto es, en el sistema jurídico mexicano las facultades concurrentes implican que las entidades federativas, incluso el Distrito Federal, los municipios y la federación, puedan actuar respecto de una misma materia, pero será el Congreso de la Unión el que determine la forma y los términos de la participación de dichos entes a través de una ley general.

Se afirma que las leyes generales norman ámbitos sobre los cuales se requiere la coordinación de los tres órdenes de gobierno y versan sobre la armonización de una materia sin que ello implique un demérito ni una subordinación de las facultades constitucionales que cada orden de gobierno tiene.

La motivación que se plasmó en la iniciativa es ejemplar y por lo mismo, creo que al referirnos a los principios rectores y fundamentales de la *Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos*, sólo abriremos la oportunidad para obtener mayores y robustas reflexiones sobre el tema.

La sociedad evoluciona y se transforma y por lo mismo, la Constitución, como norma suprema, contiene el proyecto de nación y el acuerdo presente de la sociedad. Compuesta de 136 artículos y 9 títulos que abarcan la parte dogmática y la orgánica. En la primera, se incluyen los primeros 24 artículos que precisan los derechos fundamentales de igualdad, libertad, propiedad y seguridad pública y en la segunda la soberanía, forma de gobierno, manera en que se integra la federación, división de poderes, distribución de facultades entre los órganos federal y local, los derechos sociales, la supremacía y su inviolabilidad.

Es conveniente situar a la Constitución en el marco de la teoría de los sistemas jurídicos y ubicarla como un subsistema del universo jurídico integrado por todo el conjunto de normas que está determinado por su jerarquía.

Con apego a lo anterior, señalamos que toda familia tiene derecho a disfrutar de una vivienda digna y decorosa, lo cual está previsto en artículo 4 de nuestra Carta Magna y, la

inversión económica aplicada a su construcción, se realiza y edifica sobre la tierra que es el punto de partida de todo proceso económico y social.

La certeza y seguridad jurídica se justifica y comprueba con la escritura pública que contiene el acto jurídico que legitima a su propietario, de donde se genera el pago de impuesto sobre adquisición de inmuebles o traslado de dominio, impuesto sobre la renta, en los casos de transmisión de dominio, si no está exenta por la ley y los derechos, entre los cuales destaca el correspondiente a la inscripción del acto jurídico en el Registro Público de la Propiedad, institución más que centenaria encargada de dar publicidad.

A través de diversos artículos de la *Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos*, nos percatamos de la facultades implícitas, explícitas y concurrentes por las que se precisa que la Federación, los Estados, el Distrito Federal y los municipios establecen, en el ámbito de sus respectivas competencias, sistemas integrados de justicia (artículo 18), seguridad pública (artículo 21), dejando aparentemente suelta la coordinación y control inmobiliario que debe ser fundamental.

Como preámbulo del presente estudio hice referencia a que la tierra, como punto de partida, repercute sobre la economía y está vinculada a la producción, la industria y el bienestar de los habitantes; por eso, el artículo 25 constitucional, determina que la rectoría del desarrollo nacional corresponde al Estado, quien debe garantizar que sea integral y sustentable para que fortalezca la soberanía de la nación y que, mediante la competitividad y la mejora regulativa, se impulse un mayor crecimiento económico, que aliente la inversión y motive la generación del empleo. En este precepto jurídico, se hace referencia a la expansión de la actividad económica en los ejidos y se motiva la implementación de una política para el desarrollo industrial sustentable.

El Estado está facultado constitucionalmente (artículo

26), para organizar un sistema de planeación del desarrollo nacional que implique solidez, dinamismo, competitividad, permanencia y equidad al crecimiento de la economía para la independencia y la democratización política, social y cultural de la nación.

Toda la infraestructura carretera, ferroviaria, hospitalaria, industrial, comercial etc. se asienta sobre la tierra, que es el origen y punto de partida de todo proceso económico, social, jurídico y político. Para que el Estado pueda cumplir con mayor eficacia las metas y objetivos del *Plan nacional de desarrollo*, es indispensable, contar con datos reales y oficiales concentrados en un sistema nacional de información estadística y geográfica que esté íntimamente relacionado con los registros públicos inmobiliarios a través del folio real electrónico; la información catastral a través de una clave única nacional, las reservas, usos, destinos y provisiones que señala la Constitución y la *Ley general de asentamientos humanos*, los tipos de propiedad, el registro federal de contribuyentes y la clave única de registro de población de los propietarios.

Innecesario hacer mención al artículo 27 que, como base fundamental, señala que la propiedad de las tierras y aguas comprendidas dentro de los límites del territorio nacional corresponde originalmente a la nación, la cual ha tenido y tiene el derecho de transmitir el dominio de ellas a los particulares, constituyendo la propiedad privada. De ahí que son obligaciones de los mexicanos y ciudadanos contribuir con los gastos públicos, así de la federación, del Distrito Federal o del estado y municipio en que residan, de manera proporcional y equitativa que dispongan las leyes (artículo 31 fracción IV) e inscribirse en el catastro de la municipalidad, manifestando la propiedad que el mismo ciudadano tenga (artículo 36 fracción I).

A partir de la promulgación de la adición de la fracción XXIX al artículo 73 constitucional, se despertó una serie de

comentarios, criterios divergentes y debates teóricos académicos que, desde luego, hay que respetar y valorar. En mi concepto, la adición que es la base jurídica de esta nueva facultad para el Congreso, abre la posibilidad para sentar las bases jurídicas y para poner en orden un asunto de gran importancia, que podría señalarse como de seguridad nacional: “la tierra”, su distribución, la forma en que se divide y explota y sus repercusiones en la economía, su organización, el equilibrio entre ciudad y campo, la prosperidad y el bienestar de los habitantes y hasta el sistema político y ajustarlo a lo que señala el artículo 121 de la Carta Magna.

Recordemos, que entre otros factores, el origen y la lucha para que México alcanzara su independencia y, más tarde, el proceso revolucionario que culminó con la promulgación de nuestra norma suprema, estuvieron motivados por “la tierra”. De ahí que desde 1870 se dispuso que el control de la misma estaría a cargo del Registro Público de la Propiedad en donde se registraban también los oficios de hipoteca.

Hay voces que afirman que se viola la soberanía estatal y la autonomía municipal. Esta última como principio esencial del municipio libre estructurado en el artículo 115, definiéndosele como la base de la división territorial y organización política y administrativa de las entidades federativas. Muy discutible porque el artículo 39 precisa que la soberanía nacional reside esencial y originalmente en el pueblo y el artículo 41, aclara que el pueblo ejerce su soberanía por medio de los poderes de la unión, en los casos de la competencia de éstos y por los estados en lo que toca a regímenes internos, sin contravenir las estipulaciones del pacto federal. Curiosamente no relaciona al territorio.

Es cierto que después de 97 años transcurridos, nuestra Constitución ha sufrido, hasta la fecha, 573 reformas y adiciones dentro de las cuales destaca con mayor número el artículo 73, que al consultarlo y como base o referencia

del presente estudio, relaciono las fracciones XXIX C, XXIX D, XXIX F, XXIX G, XXIX H, XXIX I, XXIX J, XXIX K, XXIX L, XXIX Ñ, XXIX O y XXIX R, relativas a facultades para expedir leyes que establezcan la concurrencia de los gobiernos federal, estatales y municipales en materia de asentamientos humanos; planeación nacional del desarrollo económico y social; informes estadísticos de geografía; promoción de inversión mexicana y regulación de la inversión extranjera, transferencia de tecnología; generación, difusión y aplicación de los conocimientos científicos y tecnológicos; protección en materia del ambiente y preservación y restauración del equilibrio ecológico; la creación de tribunales de lo contencioso administrativo; protección civil; cultura física y deporte; turismo; pesca, acuicultura, seguridad nacional, cultura, protección de datos personales y para armonizar y homologar la organización y el funcionamiento de los registros públicos inmobiliarios y de personas morales de las entidades federativas y los catastros municipales.

Sin perjuicio de su competencia constitucional en el desempeño de sus funciones o la prestación de los servicios a su cargo, los municipios observarán lo dispuesto por leyes federales y estatales, percibirán las contribuciones sobre la propiedad inmobiliaria, de su fraccionamiento, división, consolidación, traslación y mejora, así como las que tengan por base el cambio de valor de los inmuebles.

Los ayuntamientos, están facultados para proponer a las legislaturas estatales las cuotas y tarifas aplicables a impuestos, derechos, contribuciones de mejoras y las tablas de valores unitarios de suelo y construcciones que sirvan de base para el cobro de las contribuciones sobre la propiedad inmobiliaria; formular, aprobar y administrar la zonificación y planes de desarrollo urbano municipales; participación en la creación y administración de sus reservas territoriales; participar en la formación de planes de desarrollo regional; autorizar con-

trolar y vigilar la utilización del suelo; intervenir en la regularización de la tenencia de la tierra urbana; otorgar licencias y permisos para las construcciones y celebrar convenios para la administración y custodia de zonas federales (artículo 115); por último, el contenido del artículo 121, es más que preciso y claro al señalar que en cada Estado de la Federación se dará entera fe y crédito de los actos públicos, registros y procedimientos judiciales de todos los otros. El Congreso de la Unión, por medio de leyes generales, prescribirá la manera de probar dichos actos, registros y procedimientos, por lo que las leyes de un Estado solo tendrán efecto en su propio territorio y, por consiguiente no podrán ser obligatorias fuera de él y los bienes muebles e inmuebles se registrarán por la ley del lugar de su ubicación, aún con la prevención que marca el artículo 124 que dice: “las facultades que no estén expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los estados”, pudiendo agregar que éstos, tendrán las facultades para legislar, en el ámbito de sus competencias, las leyes locales que se ajusten a los lineamientos de la ley general en materia de Registro Público de la Propiedad y de los Catastros.

En resumen; han pasado 146 años desde que empezó a operar el Registro Público de la Propiedad en México, primero en el Estado de Veracruz en 1868, después en el Estado de México en 1870 y en el Distrito Federal en 1871 igual que otros estados de la república mexicana. El artículo 121 de la *Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos* dispuso que en cada estado de la federación se dará entera fe y crédito de los actos jurídicos, registros y procedimientos judiciales de todos los otros, el Congreso de la Unión, por medio de leyes generales, prescribirá la manera de probar dichos actos, registros y procedimientos; precisando que las leyes de un estado sólo tendrán efecto en su propio te-

ritorio y, por consiguiente, no podrán ser obligatorias fuera de él; así como los bienes muebles e inmueble se registrarán por la ley del lugar de su ubicación.

Con fundamento en este precepto legal, el Congreso, antes de la adición de la fracción XXIX R al artículo 73 constitucional, ya tenía no sólo la facultad, sino la obligación de expedir una ley general para prescribir la manera de probar los actos jurídicos dentro del Registro Público de la Propiedad.

Durante todos esos años se han desarrollado esfuerzos tendientes a agilizar y simplificar los trámites registrales, iniciando con un sistema para la inscripción de inmuebles y créditos en libros manuscritos, pasando posteriormente a impresión en ditto y offset. También se intentó utilizar la microfilmación en carrete y en jaquet, hasta llegar al folio real y finalmente al folio real electrónico en la actualidad en algunas entidades federativas.

Lo mismo aconteció con relación a su organización, pasando de simples tenedurías de libros que estaban a cargo de jueces civiles que actuaban también como notarios a oficinas registrales coordinadas por una delegación del ejecutivo, hasta llegar a una dirección general y finalmente a la creación del instituto de la función registral, en el caso del Estado de México, con personalidad jurídica y patrimonio propios por ser un organismo público descentralizado.

Por lo que respecta a su legislación en el Estado de México, empezó siendo una obligación contemplada en la *Constitución política del Estado libre y soberano de México* y de igual forma la actividad notarial; acompañada por un capítulo en el *Código civil* y un reglamento específico para el Registro Público de la Propiedad, hasta que, en el año del 2011 se expidió la *Ley registral del Estado de México* y se modificó el Capítulo Octavo del *Código civil* en materia registral; ordenamientos jurídicos en los que está previsto y contemplado el uso de medios electrónicos, consultas y pagos en línea, transferencias

electrónicas para inscribir en folios reales electrónicos los actos jurídicos otorgados y formalizados ante notario, las resoluciones judiciales y respuesta a través de los mismos medios y su vinculación con el catastro y el desarrollo urbano.

Como dato complementario se logró bursatilizar los derechos de Registro Público de la Propiedad con lo que se consiguió la autonomía presupuestal, lo que se puede consultar con mayor detalle en la revista *Escriva* de mayo del año pasado.

Cabe destacar que en el sexenio de 1969-1975, cuando se imprimió el mayor esfuerzo para transformar al Registro Público de la Propiedad, se contempló y desarrolló la vinculación entre la información notarial y registral con la catastral, a través del formulario para el pago del impuesto sobre traslado de dominio que contenía, además de la descripción del inmueble, el tipo y valor de operación, los datos del libro, sección, volumen, fojas, asiento y fecha, la clave catastral y el número de escritura respectiva con el nombre del notario.

Es conveniente aclarar que no sólo es necesario e indispensable una ley que armonice, fije las políticas y señale las directrices encaminadas a legislar, en los congresos locales una posible unificación legislativa, sino que también se contemple el rescate, la importancia y el valor económico, social y político de la tierra, acompañado del compromiso institucional de los gobernadores, jefe de gobierno y presidentes municipales, para corregir las fallas, los errores y las omisiones que, hasta la fecha, han venido operando en los sistemas operativos y en los procedimientos administrativos, tanto en la organización como en el funcionamiento de los registros públicos inmobiliarios y en los catastros, hasta llegar a la profundidad y esencia del problema que se conoce y reconoce como conducta contaminada, acompañada de un escaso sentido común, la falta de conocimiento y la escasa

experiencia de los servidores públicos que tienen a su cargo la aplicación de la ley y, como responsabilidad, el respeto a la legalidad.

Somos testigos que, en muchas ocasiones, la acción legislativa no embona ni encuentra respaldo ni acomodo en la acción política para que la modernización institucional, como meta y objetivo simplifique y agilice los trámites para dar un servicio eficiente y eficaz.

La acción política ha motivado, con nombramientos y recomendaciones, la improvisación de servidores públicos sin conocimiento ni preparación; resalta el tráfico de influencias, la tolerancia, la complicidad y la corrupción disfrazada de usos y costumbres que dañan y laceran a las instituciones.

Es importante aplaudir el interés del gobierno federal y del Congreso federal por su preocupación para armonizar y homologar la organización y el funcionamiento de los registros públicos inmobiliarios y vincularlos con la información contenida en los catastros municipales; sin embargo, hay que ser prudentes para celebrar las nuevas facultades que tiene el Congreso federal si no se tocan las actitudes y aptitudes de los servidores públicos encargados de aplicar la ley y realizar la evaluación constante y permanentemente para evitar que se desplome la expectativa positiva generada por la reforma y adición al artículo 73 constitucional.

Al ciudadano no le interesan los procesos de modernización, ni el modelo integral y menos aún los indicadores. Lo que sí es de su interés es el costo proporcional y el servicio rápido y eficiente. Cuando esto no se da, expresa su profundo malestar por la deficiencia en el servicio y la corrupción que se le presenta, pero carece de elementos para hacer frente. La reacción social ante la eventual frustración de la expectativa generada con la adición es frenada por criterios confusos, faltos de razón, de justificación y de motivación,

imperando la arbitrariedad y el capricho. Las ya históricas reformas estructurales aprobadas por el Congreso de la Unión, referentes a telecomunicaciones, educación, política, competencia económica financiera, hacendaria, energética etc., originaron un fuerte debate político que, en algunos casos, se polarizó dentro de la sociedad y los medios de difusión pero, afortunadamente, en la actualidad, han sido promulgadas y esperan leyes secundarias y reglamentarias en las que se precise el funcionamiento y la operatividad de las mismas. De la misma forma, ha despertado inquietud, de estudiosos del derecho, la adición de la fracción XXIX R al artículo 73 de la *Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos*, existiendo manifestaciones en contra, bajo el argumento de que se viola el pacto federal, así como la soberanía y la autonomía de los estados, del Distrito Federal y de los municipios.

Independientemente de la magnífica justificación y motivación plasmada en la iniciativa presentada y aprobada en el Congreso de la Unión, es obligado tener presentes los principios rectores y fundamentales de la propia Carta Magna que, en diversos artículos justifican las facultades implícitas explícitas y concurrentes que permiten la expedición de leyes generales para el óptimo funcionamiento de las atribuciones exclusivas que tienen los estados y los municipios.

A manera de conclusión, puedo afirmar que la iniciativa, la motivación y la justificación jurídica, así como la necesidad de tener una ley general que marque los lineamientos que deben observar los estados que carezcan de leyes para armonizar, homologar y uniformar las posibles leyes registrales que tengan vigencia en dichas entidades federativas son magníficas, de gran trascendencia e indispensables.

Será necesario que la ley general contemple las bases en que debe estar sustentado el lenguaje, sistema y procedimiento para que las leyes locales estén en armonía

con la tecnología y el uso de las mismas con firmas y sellos electrónicos o digitales y esté prevista la consulta y la transferencia de la información a los registros públicos de la propiedad.

Indispensable será que los gobiernos locales entiendan y acepten la importancia que tienen los registros públicos inmobiliarios para el control de los diversos tipos de propiedad y garanticen la certeza y seguridad jurídica sobre la misma y que tengan prevista la vinculación con los catastros municipales y con los usos del suelo para tener una mayor recaudación de impuestos y contribuciones.

Se requiere del apoyo político y económico de los gobernadores, de los estados y del Jefe del Gobierno el Distrito Federal para que la modernización llegue a través de servicios confiables y expeditos a la ciudadanía y que a los servidores públicos se les exija profesionalizarse, prepararse, capacitarse y actualizarse para que su atención sea respetuosa, cordial y amable y su trabajo eficiente y eficaz.

Debemos aceptar que el Registro Público de la Propiedad debe ser analizado y diagnosticado con base en su íntima correlación con la génesis de la propiedad en México y las formas de adquirir y transmitir la propiedad. De igual forma, debemos procurar y precisar su hermandad con el sistema notarial mexicano. No menos importante es su estrecha vinculación con el catastro fiscal urbano y rural; con los usos del suelo y la ecología y aceptar la importante e innegable influencia de la tecnología para conjugar y armonizar, entre las instituciones, un enlace técnico-jurídico indispensable para la integración y el desarrollo de un sistema y del procedimiento registral innovador que necesitamos para enfrentar, con éxito, la competitividad que nos impone el mundo globalizado.

Una vez que las legislaturas locales expidan la ley registral que armonice y homologue la organización y el funcionamiento del registro público inmobiliario, los

REGESTA
BASES PARA LA
LEY GENERAL QUE
ARMONICE Y
HOMOLOGUE LA
ORGANIZACIÓN Y EL
FUNCIONAMIENTO DE
LOS REGISTROS PÚBLICOS
INMOBILIARIOS Y LOS
CATASTROS

servidores públicos que estén a cargo de la institución se deben obligar a respetar la jerarquía de leyes para que la embonen con la legalidad y eviten caer en vacíos jurídicos y administrativos que alimentan la corrupción, obstaculizan el tráfico inmobiliario, el crédito, la inversión, el desarrollo económico; convirtiendo los trámites administrativos en un calvario para quien los gestiona y una pesadilla para los interesados.

Requisito indispensable es que se cambie la actitud y la aptitud de los servidores públicos que se comprometan y ajusten a principios rectores de legalidad y a un código de ética que sirva para combatir la corrupción.

Como contribución, pongo a consideración de los interesados el sistema SIREM WEB, comentado, que permite una base y una visión objetiva de los beneficios que de él se obtienen.

CRÉ
DI
TOS

Colegio de Notarios del Estado de México

Lic. Rafael Martín Echeverri González

Presidente del Consejo Directivo
del Colegio de Notarios del Estado de México

Lic. Carlos Otero Rodríguez

Secretario del Consejo Directivo
del Colegio de Notarios del Estado de México

Lic. Norma Vélez Bautista

Tesorera del Consejo Directivo
del Colegio de Notarios del Estado de México

Lic. Jorge Ramos Campirán

Primer Vocal del Consejo Directivo
del Colegio de Notarios del Estado de México

Lic. Juan Manuel Valdés Rodríguez

Segundo Vocal del Consejo Directivo
del Colegio de Notarios del Estado de México

Lic. José Antonio Reyes Duarte

Tercer Vocal del Consejo Directivo
del Colegio de Notarios del Estado de México

Lic. Teresa Peña Gaspar

Cuarta Vocal del Consejo Directivo
del Colegio de Notarios del Estado de México

Lic. René Gámez Imaz

Quinto Vocal del Consejo Directivo
del Colegio de Notarios del Estado de México

Escriva

Revista del Colegio de Notarios del Estado de México

Consejo Editorial

Lic. Fernando Trueba Buenfil

Lic. J. Claudio Ibarrola Muro

Las opiniones de los autores sólo son de su
responsabilidad y no necesariamente reflejan
la opinión ni el criterio del Colegio de Notarios
del Estado de México.

Prohibida su reproducción total o parcial
sin permiso escrito del Colegio de Notarios
del Estado de México.

Producción

Edición y diseño

José Luis Trueba Lara

Corrección y cuidado editorial

Lucía Segovia y Patricia Lozano Palestina

Preprensa, impresión y negativos

Ediciones Corunda

CO

Esta entrega de *Escriva*
se imprimió en mayo de 2014,
tuvo un tiraje de mil ejemplares y,
de nueva cuenta, se formó
con tipos Bembo, cuyo nombre se debe al
cardenal que fue autor del primer libro
“verdaderamente ilustrado” de la historia.

LO

FÓN