

ES

CRI

VA

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

ES
CRI
VA

ÍN

DI

CE

CARTA DEL EDITOR

Fernando Trueba Buenfil [10]

DOXA

**Los compromisos y los retos del
notariado mexiquense (2013 - 2014)**

Rafael Martín Echeverri González [18]

**Las nuevas tecnologías
en la función notarial**

Francisco Javier García Más [36]

La función del derecho notarial

Isidro Muñoz Rivera [70]

**La empresa familiar:
su gobierno corporativo**

Víctor Manuel Garrido de Palma [100]

José María Luis Mora
y el Estado de México
José Luis Soberanes Fernández [150]

LEX

El derecho de defensa
Óscar Cruz Barney [172]

La prevención, detección y sanción
de operaciones con recursos de procedencia
ilícita en la actividad del notario público
Patricia Lucila González Rodríguez [200]

REGESTA

El principio de legalidad y la debida
fundamentación de la función
registral
Erick Benjamín Santin Becerril [236]

CRÉDITOS [256]

CAR

TA

Carta del editor

Fernando Trueba Buenfil

NUESTRA REVISTA, DESDE SU PRIMERA ENTREGA, ES IDÉNTICA a un mapamundi: basta llegar a un nuevo artículo para adentrarse en un territorio distinto y, tal vez, distante de sus antecesores. Evidentemente, esta peculiaridad no sólo la descubrimos y la comprendemos por el contenido de los textos que a lo largo de sus ediciones han recogido temas históricos, clásicos y de absoluta actualidad, sino también por sus autores: en cada número de *Escriva* han convivido plumas de los más distintos orígenes, autores de muchos países y tradiciones, de diferentes lugares de nuestra patria y, por supuesto, de los más importantes espacios académicos. Como es de esperarse, este volumen no es la excepción, pues en sus páginas nos acompañan algunos autores españoles y a ellos se suman los espléndidos trabajos que fueron elaborados por los integrantes del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México y los que son —como ya es costumbre— obra de notarios mexiquenses. De esta manera, *Escriva* se reafirma y se muestra como un espacio donde

lo cercano y lo lejano conviven sin problema, donde la reflexión y el análisis de lo inmediato se mezcla con las argumentaciones filosóficas y las dedicadas a la historia; en fin, estamos ante un mapamundi de las discusiones jurídicas y notariales de nuestros tiempos.

Además, es importante destacarlo, este número de *Escriva* tiene una peculiaridad sumamente valiosa: por primera vez desde que se inició su publicación, durante el pasado bienio hemos logrado la edición de dos números anuales y hemos cumplido de manera constante con el compromiso que adquirimos con nuestros lectores y con el notariado mexiquense, lo cual le ha inyectado gran vitalidad y ha abierto la puerta a notarios, juristas y pensadores que nos acercan a sus mundos.

Los esfuerzos y los afanes que enfrentamos tienen sentido: hoy vivimos en un mundo absolutamente interconectado, en un planeta que ha dejado atrás las pequeñas aldeas y las fronteras infranqueables, por esta razón *Escriva*, la revista de los notarios mexiquenses, es una gran puerta, un mapa que nos permite adentrarnos en la Tierra como ciudadanos del planeta.

DO

XA

Los compromisos y los retos del notariado mexiquense (2013 - 2014)

Rafael Martín Echeverri González

RAFAEL MARTÍN ECHEVERRI
GONZÁLEZ, Presidente del
Consejo Directivo del Colegio
de Notarios del Estado de
México.

LA RAZÓN POR LA CUAL LA INSTITUCIÓN DEL NOTARIADO HA acompañado el desarrollo de la humanidad durante una gran parte de la historia, es porque es una institución socialmente útil que ha logrado adaptarse a los constantes cambios, necesidades y desafíos de una sociedad cada vez más informada, que exige un servicio oportuno, eficaz y eficiente.

En la actualidad, los retos que debemos asumir los depositarios de la fe pública, se traducen en un compromiso que implica una adaptación constante y cada vez más acelerada a los cambios frecuentes en materia normativa y tecnológica, con el objetivo de que el notariado siga siendo una institución confiable que resuelva los problemas que la sociedad le plantea.

La organización interna del notariado debe adecuarse constantemente para responder a este compromiso, para lo cual debe actuar como órgano coordinador que promueva la investigación, el estudio, la actualización y la superación académica de sus agremiados, con el único fin de brindar más y mejores servicios a la comunidad, en particular, a la del Estado de México.

Resulta también de especial importancia, en esta época en que los valores sociales, éticos y morales se han de-

pauperado, el que el Colegio revise los instrumentos con que cuenta para preservarlos a fin de actuar como su garante, para mantener e incrementar el prestigio profesional de sus integrantes y ser dignos depositarios de la confianza del Estado y de la sociedad.

Con esta convicción emprendimos el reto de encauzar el esfuerzo colectivo de nuestro colegio, con compromisos concretos que se desdoblaron en dos aspectos que consideramos prioritarios; el fortalecimiento interno de la institución y el mejoramiento de las relaciones con las dependencias y organismos públicos y privados que se vinculan al quehacer notarial.

Poder Ejecutivo Estatal. El 16 de enero del año pasado, el titular del Poder Ejecutivo Estatal tomó protesta al actual consejo directivo y se comprometió a impulsar tres proyectos legislativos que le planteamos: la expedición de la Ley de Voluntad Anticipada del Estado de México que se publicó en la *Gaceta del Gobierno* el pasado 3 de mayo de 2013; la hipoteca inversa que se estableció por primera vez en el país, mediante adiciones al Código Civil del Estado, publicadas en la *Gaceta del Gobierno* el 7 de mayo del año anterior y el Convenio de Divorcio ante Notario, figura novedosa, que fue ampliamente discutida al interior del gremio y cuyo proyecto de iniciativa se presentó al Ejecutivo del Estado, el pasado mes de diciembre con un agregado: los convenios de disolución y liquidación de la sociedad conyugal y el cambio de régimen patrimonial; este proyecto se discutirá por la LXVIII Legislatura del Estado de México, dentro del Cuarto Periodo Ordinario de Sesiones que inició el pasado 6 de septiembre de 2014.

En materia legislativa, también se presentaron al Ejecutivo propuestas de reformas y adiciones a la Ley del Notariado, la primera de ellas se publicó en la *Gaceta del*

Gobierno el 21 de febrero del año anterior, ella consistente en adicionar la fracción IX al artículo 115, para establecer como causal de nulidad de un instrumento público, que la actuación del notario sea consecuencia de violencia física o moral. La segunda adicionó los artículos 138 bis y 138 ter para crear el Instituto de Estudios Notariales, órgano del colegio de notarios encargado de impartir estudios de postgrado con reconocimiento de validez oficial, el Instituto es el primero en su tipo en la República Mexicana y el segundo en Latinoamérica; para iniciar su funcionamiento imparte —desde el mes de junio de 2014— la maestría en Derecho Notarial, en la cual se ha contado con catedráticos de talla internacional provenientes de Argentina y España y en breve participará un notario de origen alemán.

Para revisar el proyecto de iniciativa de Ley del Notariado del Estado de México, se efectuaron de manera abierta 23 sesiones, llegando a analizarse los 240 artículos del proyecto, en el presente año se ha realizado el estudio particular de diversos temas que por su importancia requieren un análisis más profundo, a fin de contar con un ordenamiento sistemático y congruente.

Con el Poder Ejecutivo del Estado, se ha mantenido una relación cordial y de permanente colaboración, de manera especial con su Titular, el doctor Eruviel Ávila Villegas, la Consejera Jurídica, el Secretario Técnico del Gabinete, el Secretario de Desarrollo Económico y la Secretaría de Turismo. En tal virtud, asistimos a diversos eventos y reuniones, destacando la ceremonia conmemorativa de la erección del Estado de México, en que se entregaron las preseas; la del Día del Abogado, la conmemorativa del Inicio de la Lucha por la Independencia de México y el Informe del Titular del Ejecutivo Estatal.

Poder Judicial del Estado. Con el Poder Judicial se firmó un

convenio de colaboración el 6 de febrero del año anterior, trabajándose de manera conjunta en dos vertientes: la primera consistente en la emisión de criterios para la protocolización de expedientes judiciales; en este tema se celebraron nueve reuniones de trabajo en la sede del colegio y tres reuniones regionales en Toluca, Tlalnepantla y Texcoco, con jueces y notarios de las diferentes regiones, para conocer sus puntos de vista e incorporarlos al documento final, el cual se presentó durante la conferencia magistral que ofreció el maestro en derecho Baruch Delgado Carbajal, presidente del Tribunal Superior de Justicia y del Consejo de la Judicatura del Estado de México, dentro de la Jornada del Notariado Mexiquense celebrada del 5 al 7 de junio de 2014 en el municipio de Ixtapan de la Sal.

La segunda vertiente se refiere a asumir la única de las atribuciones contenidas en la Ley del Notariado que no hemos ejercido, a pesar de haberse establecido hace casi veinte años, la mediación; para tal efecto se celebraron dos conferencias, una durante la Jornada del Notariado Mexiquense en Ixtapan de la Sal, la otra en la sede del colegio el día 28 de agosto de 2013.

En correspondencia se ha participado en diversos eventos del Tribunal Superior de Justicia y del Centro Estatal de Mediación, se asistió también a la inauguración de los juzgados mercantiles y del juicio oral mercantil.

Poder Legislativo del Estado. Con el Poder Legislativo del Estado en breve tiempo firmaremos el convenio de colaboración en el que se fijará el monto de los honorarios notariales que se cobrarán al otorgarse las escrituras de voluntad anticipada.

Colegio Nacional del Notariado Mexicano. Asistimos de manera regular a las sesiones del Consejo Directivo del Colegio

Nacional del Notariado Mexicano, donde difundimos la actividad realizada en nuestro Colegio y comunicamos los temas más trascendentes tratados en ese consejo nacional, entre nuestros agremiados.

Convenios con instituciones. Se celebraron convenios con diversas instituciones para ampliar los servicios que el notariado presta a la comunidad, para mejorar y coordinar acciones de interés para el Colegio.

Con el instituto hacendario a fin de tener participación en las reuniones de los funcionarios fiscales del Estado y los municipios, celebrándose dos reuniones regionales, una el 7 de mayo de 2013 en Toluca y la otra el 8 de mayo del mismo año en Texcoco, con la participación de funcionarios municipales y notarios del Valle de Toluca y del Valle de México, respectivamente.

Con el Sindicato de Maestros al Servicio del Estado de México, para prestar servicios notariales en materia de testamentos con costo preferencial y para brindar a sus agremiados asesoría notarial gratuita.

Con el Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia del Estado de México (DIFEM), para prestar servicios notariales en materia de testamentos para personas con discapacidad física, auditiva y visual, con un costo preferencial y para brindarles asesoría jurídica gratuita.

Con el Ayuntamiento de Naucalpan para la celebración de la Primera y Segunda Jornadas Notariales de Titulación durante los meses de agosto y septiembre, ejercicio exitoso que seguramente arraigará, fijándose las bases jurídicas y administrativas, que permitirán extender los beneficios de estas jornadas a otros municipios de la entidad.

Con el Instituto de Administración Pública del Estado de México, para establecer colaboración en materia de consultoría, asesoría y asistencia técnica, investigación, forma-

ción y capacitación, desarrollo de ciencia y tecnología, difusión y divulgación del conocimiento. Habiéndose efectuado un intercambio editorial y de colaboración.

Consejo Ciudadano de Seguridad Pública. Fuimos invitados a formar parte del Consejo Ciudadano de Seguridad Pública del Estado de México, representando a las organizaciones, colegios y asociaciones profesionales existentes en nuestra entidad, ocupando una de las 19 consejerías que conforman dicho organismo.

En el seno del Consejo Ciudadano de Seguridad Pública del Estado de México, se celebró una sesión extraordinaria, el día 20 de agosto de 2014, en la que el Presidente del Colegio de Notarios del Estado de México fue electo Presidente del Consejo Ciudadano de Seguridad Pública, órgano autónomo de consulta, análisis y opinión, auxiliar del Secretariado Ejecutivo del Consejo Estatal de Seguridad Pública del Estado de México.

Foro Plan Nacional de Desarrollo. Participamos en el Foro Estatal para la integración del Plan Nacional de Desarrollo 2012 - 2018, con el tema “México en Paz”, haciendo hincapié en la importancia de consolidarnos como un Estado de Derecho y que el respeto a la ley sea el camino para llevarnos a mejores condiciones de vida. En dicho foro presentamos la propuesta de establecimiento del Registro Nacional de Vehículos Automotores y la transmisión de propiedad de los mismos ante notario.

Consejo Directivo. En la actual gestión el Consejo Directivo ha sesionado con regularidad en forma mensual, celebrándose algunas reuniones fuera de la capital del Estado, en los municipios de Tepotzotlán, Texcoco, Ixtapan de la Sal, Cuautitlán y Chalco.

Para incorporar una mayor participación de los colegiados en las actividades de interés común, se integraron 23 comités, que aunados a quienes conformamos el Consejo Directivo, el Comité de Preservación de los Valores Éticos, la Dirección General Académica, la Unidad de Apoyo Social y el Centro de Mediación, consolidan la incorporación de 78 colegiados a las actividades de interés común del notariado mexiquense, que han respaldado de forma sustancial el programa de trabajo de la actual gestión.

Comités del Colegio. El Comité Editorial que encabeza Fernando Trueba, realizó los trabajos necesarios para la edición de cuatro números de la revista *Escriva*, el primero —identificado como primavera 2013— durante la Jornada del Notariado Mexiquense, el segundo como invierno 2013, que se entregó en el mes de diciembre, el tercero —correspondiente a la primavera 2014— se entregó durante la Jornada del Notariado Mexiquense y el cuatro es el que ahora tienes en tus manos.

El Comité de Vivienda que preside Jorge Valdés, acudió de manera permanente a reuniones con las instituciones nacionales de vivienda —como el INFONAVIT y el FOVISSSTE— y también con las instituciones de vivienda del Estado, habiendo organizado un curso para orientar en la aplicación del nuevo sistema notarial de titulación del INFONAVIT, el cual se realizó en el Hotel del Rey el día 24 de septiembre del año 2013.

El Comité de Asuntos Fiscales a cargo de Roberto Mendoza, asistió a diversas reuniones y presentó propuestas de reformas a la legislación de la materia, tanto al instituto hacendario, como a la Procuraduría Fiscal del Estado.

El Comité de Reconocimiento al Mérito Notarial, bajo la responsabilidad de Franklin Libián, se encargó de la revisión y análisis de los expedientes de los colegia-

dos, para determinar la procedencia en la entrega de preseas y reconocimientos durante la Jornada del Notariado Mexiquense 2013, en la cual se entregaron 53 reconocimientos y preseas de conformidad con lo establecido en nuestro reglamento interno y dos reconocimientos especiales que se otorgaron por acuerdo del Consejo Directivo.

Asimismo, se entregaron reconocimientos a 21 notarios en retiro durante la Jornada del Notariado Mexiquense 2014 y doce reconocimientos a presidentes de comités que han colaborado con el actual consejo directivo, durante la celebración de la ceremonia del XX Aniversario del Colegio de Notarios del Estado de México.

El Comité de Investigación Jurídica que preside Guadalupe Monter, se encargó de realizar la preparación del proyecto de iniciativa de reformas y adiciones al Código Civil y a la Ley del Notariado del Estado, para establecer los convenios de divorcio, de disolución y liquidación de la sociedad conyugal y de cambio de régimen patrimonial ante notario.

El Comité de Comunicación Social a cargo de Ramón Arana, dio seguimiento y continuidad, ya por cuatro años al programa de radio “Tu notario mexiquense en confianza”; asimismo, gestionó la participación del notariado en programas de Televisión Mexiquense para promover la Jornada del Notariado y el Mes del Testamento, de la misma forma logró un espacio en el periódico *El Sol de Toluca*, a disposición de los notarios, en forma semanal.

El Comité de Asuntos Municipales a cargo de Tania Lugo, participó en reuniones para dar a conocer a los funcionarios municipales los diversos procedimientos para regularizar el patrimonio inmobiliario municipal, así como las ventajas que tiene para la hacienda pública.

El Comité del Tribunal Superior de Justicia que enca-

beza don Luis Miranda Cardoso, participó en todas las reuniones que se celebraron en la sede del colegio y las regionales, aportando propuestas para la definición de criterios en la protocolización de expedientes judiciales.

El Comité de Atención Ciudadana, a cargo de Patricia Nieto, se ha encargado de la atención y seguimiento de las inconformidades presentadas en nuestra sede gremial, por los usuarios de los servicios notariales; de la organización de la asesoría notarial gratuita y de la atención y seguimiento a la página electrónica del Colegio.

El Comité de Seguridad que preside Miguel Larregui, se ha abocado a la atención de todos aquellos asuntos en que se han presentado situaciones de riesgo para la seguridad personal de los notarios y ha mantenido un vínculo con la Procuraduría General de Justicia del Estado para la atención y seguimiento de los mismos.

El Comité de Regularización de Inmuebles que encabeza Claudia Gabriela Francoz, se encargó de planear, organizar, concertar y dar seguimiento a las Jornadas Notariales de Titulación celebradas en Naucalpan de Juárez, durante agosto y septiembre y, dados los resultados otros ayuntamientos como los de Ecatepec y Nezahualcóyotl, realiza gestiones para promover su celebración en esos municipios.

Es oportuno destacar que este comité gestionó reformas a la legislación fiscal, que conceden subsidios durante la celebración de las Jornadas Notariales de Titulación o campañas de regularización de inmuebles, las cuales fueron aprobadas por la Cámara de Diputados para el ejercicio 2014.

El Comité de Mejora Regulatoria que encabeza Arturo Garduño, participó activamente en los programas de Mejora Regulatoria impulsados por la Secretaría de Desarrollo Económico del Gobierno del Estado, pre-

sentando diversas propuestas de reformas a la legislación local para la simplificación de trámites, asimismo, para avanzar en los procedimientos electrónicos que coadyuven a esta simplificación; los resultados concretos se traducen en algunas reformas a la legislación fiscal y en el establecimiento del *Boletín Electrónico Registral*, nuestra incorporación al uso de la firma electrónica estatal y el Aviso Electrónico de Testamento, que ha facilitado su presentación al Archivo General de Notarías del Estado de México.

Cabe mencionar que, como consecuencia de la actividad de este comité, se le otorgó al Colegio un lugar en el Consejo Estatal de Mejora Regulatoria que preside el Secretario de Desarrollo Económico, donde participamos activamente presentando diversas propuestas legislativas y administrativas para contribuir a la simplificación de trámites y procedimientos.

Dirección General Académica. La Dirección General Académica a cargo de Alfonso Portilla se encargó de la organización y evaluación del Curso de Formación de Aspirante a Notario, el cual contó en su XXI edición con 42 abogados inscritos y en la XXII con 37 participantes; de la misma manera fue el valioso enlace con algunos de los conferencistas que expusieron diversos temas en la sede del Colegio y en la jornada del notariado mexiquense.

Unidad de Apoyo Social. La Unidad de Apoyo Social, a cargo de la maestra Leticia Paniagua, se coordinó con el voluntariado del colegio, para la organización de diversos eventos encaminados a recaudar fondos para apoyar programas sociales. Asimismo, se entregaron aportaciones económicas al Instituto de Seguridad Social del Estado de México y Municipios (ISSEMYM) para habilitar el área de

trasplante de médula del Hospital de Oncología el 25 de junio de 2014 y a la Fundación UAEMEX el 2 de julio de 2014 para becas de movilidad y de titulación.

Centro de Mediación. Se instaló el Centro de Mediación, cuya primera directora es la notaria Patricia Ruiz de Chávez, quien se coordinó con el Centro Estatal de Mediación, Conciliación y Justicia Restaurativa del Poder Judicial del Estado, para que el 4 de febrero del año en curso el presidente del Tribunal Superior de Justicia, magistrado Baruch Delgado Carbajal, inaugurara el Primer Diplomado en Mediación y Conciliación para Notarios, lo que permitirá que en el mes de octubre del presente año, se cuente con los primeros notarios certificados para actuar como mediadores en el Estado de México.

Comité Administrador del Fondo de Garantía. A fin de cumplir con las disposiciones legales que lo rigen, se instaló el Comité Administrador del Fondo de Garantía del Notariado, incorporándose el vocal designado por la Consejería Jurídica, correspondiendo dicho nombramiento al Jefe de la Oficina Administrativa de la Consejería; y posteriormente dicho nombramiento fue expedido al titular de la Dirección de Legalización y del Periódico Oficial *Gaceta del Gobierno*. Este comité sesionó en cinco ocasiones, atendiendo los asuntos de su competencia.

Comité de Preservación de los Valores Éticos. Este comité sesionó en cinco ocasiones durante el periodo 2013 - 2014, revisando los estados financieros del Colegio y sus dictámenes de auditoría, de igual manera emitió diversas recomendaciones a los colegiados, en materia fiscal, ética, administrativa y también revisó el estatus que guardan las inconformidades presentadas al colegio por los usuarios de

los servicios notariales.

Curso de Actualización Anual. Otra de las decisiones trascendentes tomadas por la actual administración del Colegio fue obtener la recepción por videoconferencia en la sede gremial, del curso de actualización que imparte el Colegio Nacional del Notariado Mexicano, que ha contribuido a la actualización y mejor preparación de los colegiados y de los abogados que colaboran en las notarías de nuestra entidad.

Talleres y conferencias. Celebramos en la sede del Colegio, talleres y conferencias con temas de interés como la Ley Federal para la Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita; Ley Federal de Protección de Datos Personales, Actualización Fiscal en el ámbito local, Voluntad Anticipada, Cálculo del Impuesto sobre la Renta, redacción de escrituras, contando con la participación de notarios de otras entidades federativas, funcionarios federales y despachos especialistas.

Instituto de la Función Registral. Con el Instituto de la Función Registral del Estado de México se ha mantenido constante comunicación, realizando las gestiones y propuestas necesarias para mejorar los servicios que dicho instituto presta a los notarios, dándose la autorización de guardias en periodos vacacionales y una incorporación a procedimientos electrónicos como el boletín y el aviso de testamento; en el futuro el reto es la fijación de los criterios de calificación en los casos de insuficiencia normativa.

Infonavit. Con el Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores, hemos celebrado diversas reuniones con temas de interés común y en particular para

gestionar que las cancelaciones de hipoteca se sigan celebrando ante notario, en cumplimiento a la legislación civil local; al respecto se trabaja en la aplicación de un procedimiento electrónico, siendo nuestro estado el primero de la república en participar en este programa.

Día del Notario. Con el ánimo de fortalecer la identidad entre los colegiados, se festejó por primera vez el día del notario en una ceremonia celebrada el 3 de octubre de 2013, contando con la asistencia de la Consejera Jurídica y el Secretario Técnico del Gabinete Estatal.

Examen de aspirantes. A fin de cumplir con las disposiciones relativas de la Ley del Notariado y su reglamento, se realizaron en la sede de nuestro Colegio los exámenes teórico y práctico para obtener la constancia de aspirante a notario, los días 1 y 2 de agosto de 2013, con la participación de 14 sustentantes.

Donación de terreno. Ante la necesidad de contar con un espacio adecuado para albergar al Instituto de Estudios Notariales, en julio de 2013 se insistió en la solicitud de donación del inmueble ubicado en Parque Cuauhtémoc, realizándose las gestiones ante el Secretario de Finanzas del gobierno estatal, celebrándose la firma del contrato de comodato sujeto a condición de donación el día 4 de junio de 2014.

Jornada del Notariado Mexiquense. Para cumplir el objetivo de actualizar a los colegiados en temas trascendentes para el notariado, en junio de 2013 y 2014, celebramos en el municipio de Ixtapan de la Sal, la Jornada del Notariado Mexiquense, con una intensa actividad académica en la que colaboraron veinte conferencistas, entre ellos nota-

rios mexiquenses, del Distrito Federal, funcionarios de los poderes Ejecutivo y Judicial del Estado, con una participación sin precedente de 340 personas; dichas jornadas sirvieron de marco para que en cumplimiento a las disposiciones de nuestro reglamento interno y contando con la presencia del licenciado Javier Pérez Almaraz, presidente del Colegio Nacional del Notariado Mexicano, se hiciera entrega en ceremonia solemne de 22 preseas y 31 reconocimientos, en la correspondiente a 2013 y 21 reconocimientos a notarios en retiro en el año 2014, asimismo, se otorgaron, en el año 2013, reconocimientos especiales por el apoyo brindado al notariado mexiquense, al doctor César Camacho Quiroz y al licenciado Luis Enrique Miranda Nava y, en el año 2014, un reconocimiento especial al doctor Humberto Benítez Treviño, por su respaldo al notariado de nuestra entidad.

Convivencia anual. El 29 de noviembre del año anterior y con la finalidad de tener un punto de encuentro entre los notarios del Valle de Toluca y los del Valle de México, se celebró en el municipio de Huixquilucan la tradicional comida de fin de año, en la cual contamos con la presencia de la Consejera Jurídica, el Presidente del Colegio Nacional del Notariado Mexicano, el Secretario Técnico del Gabinete, funcionarios del Poder Ejecutivo Estatal, magistrados del Consejo de la Judicatura del Tribunal Superior de Justicia y el Presidente Municipal de Huixquilucan.

Obras editoriales. El pasado 18 de febrero se presentó en la sede del colegio, el libro de la doctora Silvia Mondragón Fiesco, editado por el Gobierno del Estado de México, titulado *La pluma y el papel. Semblanza histórica del notariado mexiquense*; asimismo, el 5 de marzo de 2014, se presentó

el libro de la autoría de nuestros compañeros Fernando Trueba Buenfil y Claudio Ibarrola Muro, editado por el gobierno de la entidad, titulado *El arte de la memoria notarial. Los trabajos y los días de los notarios del Estado de México*; con ello, el notariado mexiquense contribuye a la unidad e identidad estatal y a la investigación jurídico notarial.

Colaboración institucional. El 19 de febrero anterior, con motivo de la Cumbre de Líderes de América del Norte, celebrada en la ciudad de Toluca, en la que participaron los presidentes de México, Enrique Peña Nieto, de los Estados Unidos de América, Barack Obama y el primer ministro de Canadá, Stephen Harper, fue convocado un grupo de diez notarios que participaron como fedatarios de hechos que se suscitaron con motivo de la realización de dicho evento, es por ello que el Gobierno del Estado de México, a través de la Consejería Jurídica, otorgó un agradecimiento que se entregó por los integrantes del Consejo Directivo.

Administración de recursos. Se ha tenido especial cuidado en la administración de los recursos humanos, materiales y financieros del Colegio, reduciendo gastos en rubros como servicios de telefonía celular, transcripción y grabación de conferencias del curso de formación de aspirante, servicio de mensajería, gastos no deducibles, entre otros, lo que permitió que los resultados del ejercicio 2013 fueran favorables, reportando un superávit financiero, ejercicio que se ha mantenido para el año 2014.

Colofón. El desarrollo de las actividades a cargo del Consejo Directivo en la presente administración del Colegio se ha basado en el trabajo en equipo, la colaboración entre los colegiados, la vocación de servicio y el compromiso

con la institución, que han sido las premisas para alcanzar objetivos y metas planteados al inicio de la actual gestión.

Los resultados obtenidos motivan y comprometen a redoblar esfuerzos para concluir las acciones iniciadas e incorporar nuevos proyectos, en aras de consolidar una mayor participación de los notarios en el medio social.

Finalmente, con la certeza de que sólo con la participación de los colegiados en los programas y acciones promovidas por la institución que nos agrupa, podemos afrontar satisfactoriamente los retos que nos impone una sociedad cambiante que exige mayor entrega y profesionalismo en el desempeño de una de las tareas más nobles que corresponde ejercer al abogado, y que constituye un privilegio, el ejercicio de la función notarial.

Las nuevas tecnologías en la función notarial

Francisco Javier García Más

FRANCISCO JAVIER GARCÍA
MÁS, notario. Ex letrado de
la Dirección General de los
Registros y del Notariado
del Ministerio de Justicia de
España.

Introducción

El notariado de Derecho Civil, o de tipo Latino-Germánico, y en este caso el notariado español forman parte de la Administración y con el carácter de funcionarios públicos (oficial público en otras denominaciones), claramente determinado en la legislación española, además del de profesionales del derecho. Ello es presupuesto esencial del ejercicio de la función pública notarial, y como consecuencia de ello, todo el conjunto de colaboraciones entre el notario y el Estado, entre el notario y las administraciones públicas.

Como ya se ha indicado en muchas ocasiones, la seguridad jurídica que aporta el notariado es fundamentalmente una seguridad jurídica preventiva.

En esta pequeña introducción quisiera resaltar la importancia de la utilización de las nuevas tecnologías en la función notarial, intervención y aplicación que he defendido desde hace varios años, pero siempre partiendo de que la función notarial no se desvirtúe en sus aspectos esenciales, sino que las nuevas tecnologías estén al servicio

de esta función notarial, y buena prueba de ello es la experiencia del notariado español con la utilización de las nuevas tecnologías, donde el notario ha seguido aplicando los principios de su función notarial esencial, como la presencia de las partes ante el notario para que éste realice el control de legalidad y el asesoramiento, el control notarial de legalidad material y formal.

Esto se ha mantenido bajo todos los puntos de vista. Estas nuevas tecnologías han servido para que, por ejemplo, un notario esté con un cliente en un punto del territorio español, y otro cliente con otro notario en otro punto del territorio, y haya un intercambio de documentos entre ellos, y puedan por ejemplo realizarse negocios a distancia, o la importante aportación del índice único informatizado de toda las notarías, que cada período de tiempo deben aportar telemáticamente todos los datos que se introducen en la notaría dentro de lo previsto en la legislación vigente, para que los datos introducidos y enviados a través del Consejo General del Notariado sean remitidos a su vez a las administraciones públicas correspondientes.

En definitiva es un sí rotundo a las nuevas tecnologías, siempre que éstas estén al servicio de los sistemas jurídicos, al servicio de la función notarial, al servicio del ciudadano receptor de esa función pública.

Se ha demostrado en otros sistemas jurídicos que no tienen auténticos controladores, y en los últimos tiempos se están buscando ahora en estos sistemas terceros de confianza.

No discuto que otros sistemas jurídicos, como el anglosajón, tienen aspectos positivos, pero que justamente en la seguridad jurídica preventiva en el control de legalidad estos sistemas tienen graves deficiencias que se saldan con grandes y cuantiosos procesos judiciales.

En definitiva, es una judicialización de la sociedad que

en nada beneficia, y por ello nosotros tenemos que procurar mostrar lo que hemos hecho, mostrar lo que se hace, lo que seremos capaces de hacer siempre que el Estado así nos lo demande. Las funciones se justifican por su adaptación a cada momento histórico, y por su utilidad a la sociedad, y en mi opinión el notariado, y en concreto el notariado español, ha demostrado saber estar a la altura de las circunstancias, y todo ello sin dormirse en los laureles.

La utilización de las nuevas tecnologías en la función notarial. Principios básicos

En definitiva, una de las cuestiones que se han planteado desde un principio en cuanto al uso de las nuevas tecnologías en la función notarial es en qué medida estas técnicas afectan o no a los principios de asesoramiento, inmediatez, conservación y reproducción del documento o de la firma, manteniendo la seguridad jurídica, el pleno valor probatorio y la fuerza ejecutiva del documento.

Vamos a intentar responder a estas interesantes reflexiones, y a exponer nuestra opinión por la que hemos trabajado y luchado desde hace muchos años, así como lo que se ha ido realizando en España en esta materia.

Las conclusiones de la mesa de trabajo del tema II “El notario y la contratación electrónica” del XXIV Congreso Internacional del Notariado Latino celebrado en México indicaban:

Representantes de todos los países miembros de la Unión Internacional del Notariado Latino, reunidos los días 18, 19 y 20 de octubre de 2004, con motivo del XXIV Congreso Internacional del Notariado Latino, celebrado en la Ciudad de México, se les informa que con fundamento en el artículo

23.8 de los Estatutos de la Unión Internacional del Notariado Latino, se procedió a nombrar un Comité encargado de redactar el presente informe que contiene el desarrollo de los debates de diecisiete ponencias presentadas por escrito y ponencias expuestas oralmente.

Conclusiones:

1. Considerando que la firma electrónica es un instrumento técnico al servicio de la función notarial,

Hace votos

Para que los notariados miembros dispongan de los medios necesarios a fin de fomentar la introducción de las nuevas tecnologías, la formación de los notarios y la firma electrónica notarial.

2. Considerando que el documento público notarial electrónico está destinado a su rápida y eficaz circulación,

Hace votos

Para que la Unión Internacional del Notariado Latino promueva, en relación a los principios y conceptos elaborados por ella, las líneas directrices de la política de certificación de la firma electrónica notarial en los países miembros.

3. Considerando que en la circulación internacional del documento público notarial electrónico no puede prescindirse de la verificación generalizada de la firma y de la cualidad del notario en ejercicio,

Hace votos

Para que la certificación de la firma electrónica del notario esté bajo el control de los notariados miembros, respetando los principios y las medidas elaborados para tal verificación a nivel global.

4. Considerando que el notariado debe garantizar la aplicación de las nuevas tecnologías en la función notarial, que es fundamental que los principios esenciales del notariado latino permanezcan inalterados en el comercio electrónico, teniendo en cuenta además el papel del notariado en el mismo, y en

la prevención de los conflictos en las relaciones jurídicas, el notario aporta un valor añadido en respuesta a las exigencias de confianza y seguridad requeridas por la sociedad moderna,

Hace votos

Para que los notariados miembros vigilen la permanencia de los requisitos propios del documento público notarial y que son entre otros, la presencia física de las partes ante el notario, la firma del documento por aquellos y el notario, la fecha y la conservación del documento público notarial por el notario, tanto en soporte electrónico como en papel, manteniéndose intacta su fuerza probatoria y ejecutiva, al servicio de la sociedad.

5. Considerando que las nuevas tecnologías constituyen un instrumento esencial de comunicación entre el ciudadano y la Administración Pública, siendo una herramienta insustituible para la modernización de aquella,

Hace votos

Para que se destaque el papel del notario como oficial público en las comunicaciones con los registros públicos y con la Administración en general, debiéndose adoptar las medidas normativas y de carácter tecnológico necesarias, para hacerlas posibles y seguras, en particular garantizando a los notarios el acceso directo a los registros públicos, para el cumplimiento de su función pública.

6. Considerando que el notariado latino contribuye a la creación de un espacio jurídico de seguridad global a través de la libre circulación de los documentos públicos notariales, con toda su fuerza probatoria y ejecutiva, tanto en soporte electrónico como en papel,

Hace votos

Para que sean adoptadas las medidas técnicas y legislativas para el pleno reconocimiento de tales documentos a nivel mundial.

7. Considerando los distintos grados de desarrollo de las

nuevas tecnologías en los notariados miembros,

Hace votos

Para que prime el principio de solidaridad y ayuda entre los mismos, que se encuentra en los fundamentos de la Unión Internacional del Notariado Latino.

Además de lo indicado anteriormente, desde el punto de vista de la legislación española, y del notariado español, fue modificada la Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862, introduciendo un nuevo artículo 17 bis, estableciendo el concepto de documento público notarial electrónico, para dejar bien aclarado que el documento público notarial debe reunir las características esenciales de la autorización por el notario, cualquiera que sea su soporte, es decir tanto en el soporte papel como en el electrónico, y que por estar en este soporte electrónico, no perderán su carácter de instrumentos públicos. Por ello, con independencia del soporte en que se realice, el notario dará fe de la identidad de los otorgantes, del juicio de 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, gozando estos documentos de fe pública, y presumiéndose su contenido veraz e íntegro.

El artículo 17 bis establece:

1. Los Instrumentos Públicos a que se refiere el artículo 17 de esta Ley, no perderán dicho carácter por el solo hecho de estar redactados en soporte electrónico con la firma electrónica reconocida del notario y, en su caso, de los otorgantes o intervinientes, obtenida la de aquel de conformidad con la Ley reguladora del uso de firma electrónica por parte de notarios y demás normas complementarias.

2. Reglamentariamente se regularán los requisitos indis-

pensables para la autorización o intervención y conservación del Instrumento Público Electrónico en lo no previsto en este artículo.

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.

El documento electrónico tanto en su modalidad de documento público como privado no supone en absoluto una nueva clase documental, ni altera la esencia del sistema documental español, que no es otro que el sistema de Derecho Romano.

Por ello aunque no cabe la menor duda que el soporte electrónico exige una regulación específica en algunos aspectos como por ejemplo cuando se impugna un documento electrónico donde la Ley de firma electrónica, y la Ley de enjuiciamiento civil, establecen unos mecanismos adaptados y especiales por el tipo de soporte, y por la firma utilizada que es la firma electrónica.

La categoría que nos importa es la del documento público electrónico, y dentro de ella por su especial consideración

la del documento público notarial electrónico. Los principios generales permanecen inalterables en cuanto a la conceptualización, ya que lo que determinara que un documento sea público o no será que este se haya autorizado por un notario o empleado público competente con las solemnidades requeridas por la Ley.

El principio de intermediación o inmediatez entre el notario y la parte o las partes determina la necesidad fundamental de la presencia física del notario en el proceso del documento público Notarial electrónico desechando las denominadas comparecencias virtuales, o el llamado cibernotario; ello dejaría de lado los efectos, el significado, la fehaciencia y autenticidad del documento público electrónico, en este caso el notarial.

Como objetivo no hay que excluir la aplicación práctica, del documento público electrónico notarial matriz, pues su regulación ya existe en el artículo 17 bis de la Ley del Notariado, y de la importancia en el mismo de la aportación que deriva de la actuación del notario que, entre otras cosas, va a dar fe de la identidad del sujeto signatario, evitando la escisión de la firma, de su capacidad, de la libertad de actuación del signatario a la hora de asumir el documento, del conocimiento de todo el documento y, por supuesto, del asesoramiento al mismo por parte del notario y del control de legalidad de ese documento al haber sido redactado y controlado por el notario.

No obstante, debemos tener en cuenta que la confección del documento público notarial electrónico, o si queremos especificar en alguna especie de él, la escritura pública electrónica o informatizada, en su concepto de matriz, plantea una serie de problemas operativos y tecnológicos, no solamente en relación a la escindibilidad de la firma, sino también otros como los referentes a la conservación, ruptura de claves, temporalidad de la firma y

cesación en la actividad de la entidad privada certificante. Ello no significa que en un futuro, no sabemos si más o menos inmediato, con la perfección de las nuevas tecnologías, podamos ciertamente hablar sin ningún riesgo de la escritura pública notarial informatizada o electrónica, desde el punto de vista práctico.

La posibilidad de la existencia del documento notarial electrónico matriz ya está ciertamente regulada y contemplada en varios Estados, como concepto, es decir el documento notarial bajo forma desmaterializada. En este sentido en Francia, Bélgica, Québec y España, entre otras, se ha regulado, cuestión distinta es que se haya aplicado en la práctica.

Las copias autorizadas de las matrices, que se expidan en soporte electrónico, lo deberán ser bajo la firma electrónica reconocida del notario, y sólo podrán expedirse para su remisión a otro notario, 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. La remisión o envío de las mismas se realizará por el notario que las expida.

Este punto es esencial, pues que por razones de seguridad, por el mecanismo de la firma electrónica, no debe permitirse la remisión de copias autorizadas electrónicas a los particulares, ya que ello pondría en peligro el mecanismo de seguridad, por el problema de la ruptura de claves y la reproducción de esas copias autorizadas sin ningún tipo de control, al estar circulando en soporte electrónico.

Como consecuencia de lo anterior, para que conserven su autenticidad y su garantía notarial esas copias autorizadas electrónicas, si se trasladan a soporte papel, sólo podrán hacer ese traslado al papel, por un notario, en concreto al que se le hubiesen remitido. Este principio es básico,

en la esencia de la función notarial. Otra cuestión será el que si esas copias autorizadas electrónicas se hubiesen remitido por un notario a un registrador, o a un órgano de la administración pública, estos receptores podrán pasarla a soporte papel, a los únicos efectos de incorporarlas a los expedientes o archivos que correspondan por razón de su oficio en el ámbito de su respectiva competencia, pero en ningún caso para su circulación como copias autorizadas en soporte papel. Por ello, en el caso de la expedición en soporte electrónico de las copias autorizadas, y también por razones de seguridad, deberá expresarse para qué finalidad se expide dicha copia.

En cambio, sí se podrán remitir copias simples electrónicas a los particulares siempre que le consten al notario su identidad e interés legítimo, como ya expresamos líneas arriba, cuando hicimos referencia al uso de la firma electrónica por parte de los notarios. Estas indicaciones se contemplan en el citado artículo 17 bis.

En nuestra opinión un punto a tener en cuenta en el documento público electrónico y la autonomía de la voluntad, es la aplicación concreta que podemos establecer en el instrumento público notarial electrónico a través de la formalización de negocios jurídicos a distancia, regulado entre otros en el artículo 111 de la Ley 24/2001 de 27 de diciembre, en el sentido de que por conducto electrónico podrán dos o más notarios remitirse, bajo su respectiva firma electrónica reconocida, el contenido de los documentos públicos autorizados por cada uno de ellos que incorporen las declaraciones de voluntad dirigidas a conformar un único negocio jurídico, dejándose al desarrollo reglamentario las condiciones y el procedimiento para la integración de las distintas declaraciones de voluntad en un negocio jurídico unitario, así como la plasmación del mismo en un único documento público.

La aplicación inmediata de este artículo puede perfectamente realizarse, con la posibilidad del negocio a distancia, que es evidente en nuestro derecho: baste citar los artículos 1262 del Código Civil y 51 y 54 del Código de Comercio y las denominadas escrituras de adhesión de los artículos 176 y 178. Hasta el momento estos documentos tienen que ir extendidos en soporte papel, mientras no entre en vigor el instrumento público negocial electrónico y, como indica Rodríguez Adrados:

Cuando finalice el aplazamiento de entrada en vigor establecido en la citada disposición transitoria undécima, los instrumentos públicos que recojan las diversas declaraciones de voluntad podrán seguir realizándose sobre soporte papel, o bien llevarse ya a cabo mediante soporte electrónico. Pero también en este último supuesto las diversas declaraciones de voluntad y los documentos electrónicos mediante los que se hayan verificado conservarán su individualidad; tampoco el único negocio jurídico podrá quedar plasmado como dice el precepto, en un único documento público porque también entonces los documentos públicos han sido dos o más y no pueden dejar de serlo. En la contratación a distancia, que es donde mayores beneficios puede reportar, no es pues posible una escritura pública electrónica, porque el negocio público necesaria habrá de constar en dos o más escrituras públicas electrónicas. La escritura pública electrónica solo podrá existir cuando sea otorgada como unidad de acto o sin ella ante un mismo notario; pero no veo las ventajas que vaya a tener sobre la escritura en papel con copia sobre soporte electrónico.¹

¹ Rodríguez Adrados, Antonio, “Firma electrónica y documento electrónico”, en: *Escritura pública. Ensayos de actualidad*, Madrid, Colegios Notariales de España, 2004, p. 130.

Como cuestión incidental y colateral a lo indicado en este documento notarial electrónico, indicar que se plantean problemas en cuanto a la matriz electrónica, su conservación, las copias, y sobre todo la diferenciación en el mundo electrónico entre original y copia, cuestión muy debatida. Ello está en íntima conexión, ya que en dichas escrituras informatizadas están recogidas las declaraciones de voluntad, y como consecuencia, la plasmación del principio de autonomía de las partes concretado a través de las citadas declaraciones de voluntad.

Se plantean cuestiones relativas al tiempo en que se puedan conservar las firmas electrónicas iniciales, qué pasará con los sistemas de soporte utilizados inicialmente, y sobre todo el problema del almacenamiento de los documentos electrónicos.

Talpis,² sobre cómo almacenar las matrices de los documentos notariales electrónicos, indica que:

En Francia la respuesta se ha buscado en la centralización de los documentos notariales electrónicos... Se caracteriza por la existencia de un gran protocolo central, puesto en funcionamiento y controlado por el consejo superior del notariado... Bélgica ha creado también un sistema de centralización de documentos acercándose al modelo francés.

Esta circunstancia plantea las cuestiones del control de protocolo por el notario autorizante o su sucesor, y sobre todo por el peligro en la expedición de copias que pueda ser dejado a personas distintas a los notarios, produciéndose

² Talpis Jeffrey A., "El documento notarial electrónico en los Estados miembros de la Unión Internacional del Notariado (UINL). Estado de la cuestión". *Revista Jurídica del Notariado*, julio-septiembre 2010, núm. 75, p. 610.

ciertamente un cambio esencial en el sistema. Para concluir, no quisiera dejar de hacer mención al maestro D. Antonio Rodríguez Adrados que escribió un segundo trabajo sobre la cuestión del documento negocial informático, en concreto sobre la firma electrónica, pero que es un conjunto de magistrales apreciaciones sobre todo lo que hemos ido indicando en esta exposición. Este trabajo se escribió antes de que existiera el artículo 17 bis de la Ley del Notariado, que regula y prevé el instrumento público electrónico, en su modalidad de matriz. Pero creo que es bueno señalar lo que decía por anticipado el maestro Rodríguez Adrados:³

La Ley Francesa de 29 de febrero de 2000 ha introducido en el derecho positivo del país vecino, como forma y como prueba, el instrumento público negocial informático, en la terminología española escritura pública informática, que ha dejado de ser, por tanto, una mera elucubración doctrinal... Recordemos que el Reglamento Italiano tampoco acepta esa variedad instrumental, pues se detiene... en la autenticación notarial de la firma digital, extendida por el notario en documento papel... Toda prudencia es poca a la hora de introducir en el derecho positivo un instrumento público negocial informático; es preferible dejar que el tiempo madure las sensibilidades y muestre los resultados favorables o desfavorables que se produzcan en otros ámbitos, puesto que como escribió Liserre, los notarios están mayormente expuestos, como categoría, a los riesgos y a las incertidumbres de una innovación que incide centralmente en su función de productores, por así decir, de autenticidad. Es conveniente,

³ Rodríguez Adrados, Antonio, "La firma electrónica", *Notariado y Contratación electrónica*. Madrid, Consejo General del Notariado, 2000, pp. 401 y ss.

por tanto, comenzar por documentos notariales de menor entidad, como puedan ser las cédulas de notificación o requerimiento, o las copias autorizadas. Pero teniendo siempre en cuenta que se trata de verdaderos instrumentos públicos, que tienen que hacer fe por sí solos, por lo que no se puede exigir que vayan acompañados de un certificado reconocido expedido por un prestador de servicios de certificación; en ello parece no haber reparado la Resolución-Circular de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 26 de abril de 2000. Tendría que ser el Colegio Notarial respectivo, o el Consejo General del Notariado, el que certificara la clave pública de los notarios, que deberán tener registrada, a la manera de lo encomendado a la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre, Real Casa de la Moneda para los documentos administrativos. Y así habríamos redescubierto la legalización... Hace falta, pues, una Ley que regule los requisitos formales de la escritura pública informática, que tantas modalidades tiene que presentar respecto a las actuales formalidades de la escritura pública en papel; la materia no puede encomendarse a un decreto, como hace la Ley Francesa, porque no estamos en el ámbito administrativo, sino en el civil. Pero, junto a las solemnidades documentales, hay que tener siempre bien presentes las exigencias de la función notarial... Especiales dificultades presenta el asesoramiento notarial. La normalidad del documento informático no es otra que la contratación a distancia; cada uno de los otorgantes está en un lugar geográfico distinto, con su respectivo notario; la indagación de la voluntad común de las partes, el consejo imparcial, a una y otra, al mismo tiempo, no parece posible... Pero me parece que sobre esa forma de autorización se cierne el riesgo de que un solo Consejo Notarial sea sustituido por dos Consejos unilaterales, que poco tendrían de notariales. No se aprecian, por otra parte, las ventajas de este sistema sobre el de otorgamiento separado de cada consentimiento en

una escritura papel y comunicación telemática entre ambos notarios, que operando en tiempo real, eliminan muchas de las inseguridades jurídicas de los otorgamientos sucesivos. Después de este largo recorrido estamos en condiciones de concluir: no existe esa equivalencia jurídica entre firma manuscrita en papel y firma electrónica proclamada en los textos legales; resulta por tanto plenamente razonable negar la aplicabilidad de la firma electrónica en toda clase de documentos públicos y privados que contengan declaraciones de voluntad. Sin perjuicio, claro es, de la general aplicación de la firma digital en el comercio electrónico... Se me dirá que el titular de la clave privada resultará responsable, por no haber guardado la debida diligencia en su custodia... Pero la indemnización de unos daños y perjuicios, aunque se tratara de una responsabilidad objetiva, es algo totalmente distinto del vínculo contractual; las obligaciones contractuales no pueden nacer de una negligente custodia, sino ex contractu, de una declaración de voluntad... Pretender basar la contratación electrónica directamente en la Ley, en los usos o en la buena fe, y no en la voluntad de los contratantes y en su declaración, supone olvidarnos de toda la teoría del contrato y del negocio jurídico y sustituir nuestro sistema de la contratación por otro sistema de imputación de una conducta, de clara inspiración norteamericana. Repetía D. Claudio Sánchez Albornoz... que los pueblos cambian de habla, y hasta de religión, con menos dificultad que abandonan sus normas, sus tradiciones jurídicas; espero que los pueblos europeos sigan obrando de la misma manera.

Se han realizado unas reformas posteriores a la Ley 24/2001 de 27 de diciembre.

Han existido muchos avances y cambios en toda la operatividad del notario español en muchos campos, siendo hoy en día una realidad la utilización de las nuevas

tecnologías. A continuación expongo sintéticamente el proceso normativo llevado a cabo en esta materia:

1º La Ley 24/2001 de 27 de diciembre de Medidas es el punto de partida, de ella ya hemos hecho un comentario. Algunos artículos de la misma fueron reformados por la Ley 24/2005, de 18 de noviembre, de reformas para el impulso a la productividad.

2º La Ley 36/2006, de 29 de noviembre de medidas para la prevención del fraude fiscal modifica el artículo 17 de la Ley del Notariado, y para los efectos que nos interesan, en su apartado 2, da carta de naturaleza a los índices informatizados y al índice único informatizado.

3º En cuanto al desarrollo reglamentario de las nuevas tecnologías, basado por supuesto en las prescripciones de las Leyes citadas en los apartados anteriores en el Reglamento Notarial, hay que reseñar los siguientes artículos en la redacción dada por el Real Decreto 45/2007, de 19 de Enero, por el que se modifica el Reglamento Notarial:

a) En cuanto a las Actas Notariales, lo siguiente:

i. Artículo 198, apartado 2º, relativo a la constancia de cualquier hecho relacionado con un archivo informático.

ii. Art. 199, párrafo cuarto, relativo al archivo telemático dependiente del Consejo General del Notariado, en el que conste la intervención del notario y las bases de los concursos para los que se requiera aquella.

iii. Artículo 200, apartado 4º, relativo a la constatación en las actas a solicitud de los interesados, tanto de las comunicaciones electrónicas recibidas de éstos como de las que, a requerimiento de los mismos, envíen los notarios a terceros.

iv. Artículo 201, relativo al envío de cartas, u otros documentos entre otros por procedimientos telemáticos.

v. Artículo 216, párrafo tercero, relativo al depósito

notarial de documentos extendidos en soporte informático.

b) En materia de copias electrónicas, el artículo 224, apartado 4º, que regula todo el mecanismo y funcionamiento de las copias electrónicas, tanto las autorizadas como las simples.

c) Artículo 249, en materia de la remisión de las copias autorizadas electrónicas a los Registros de la Propiedad y Mercantiles, para su presentación telemática.

d) Artículo 261, relativo a la legitimación notarial de las firmas electrónicas.

e) Artículo 264, relativo al libro indicador, y en concreto el párrafo cuarto que trata de la constancia en el libro indicador de actuaciones relativas a las nuevas tecnologías (apartados a, b y c).

f) Artículos 284, 285 y 286, que hacen referencia a los índices en soporte informático, y la creación del índice único informatizado notarial, cuyo titular y responsable es el Consejo General del Notariado.

g) Artículo 175, relativo al acceso del notario por vía telemática a los libros del Registro de la Propiedad.

h) Artículo 164, que hace referencia entre otros extremos al Archivo de Revocación de Poderes.

4º La Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica. A nuestros efectos tienen especial importancia los artículos 3, 7, 13, 15 y 22 apartado 5º y Disposición Adicional Primera (relativa a la fe pública y uso de firma electrónica).

Es la transposición de la Directiva 1999/93/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 1999 por la que se establece un marco comunitario para la firma electrónica.

5º Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico. A nuestros efectos hay que tener en cuenta principalmente

el artículo 5, relativo a los servicios excluidos del ámbito de aplicación de la Ley. Los artículos 23 a 28 sobre contratación electrónica. En especial el artículo 23.4 (contratos excluidos), el 24 relativo a la prueba de los contratos electrónicos, y el artículo 25 que hace referencia a los terceros de confianza (muy importante, ya que se aclara muy bien su diferencia con la intervención de los notarios).

Es la transposición de la Directiva 2000/31/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 8 de junio, relativa a determinados aspectos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior.

6º La Ley de la Sociedad Limitada Nueva Empresa. La Ley 7/2003, de 1 de abril, y el Real Decreto 682/2003, de 7 de junio, por el que se regula el sistema de tramitación telemática a que se refiere el artículo 134 y la Disposición adicional octava de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de sociedades de responsabilidad limitada.

7º El Real Decreto 1332/2006, de 21 de noviembre, por el que se regulan las especificaciones y condiciones para el empleo del Documento Único Electrónico (DUE), para la constitución y puesta en marcha de sociedades de responsabilidad limitada mediante el sistema de tramitación telemática. Este Real Decreto amplía la constitución por procedimientos telemáticos a todas las sociedades limitadas, y no sólo como antes a la sociedad limitada nueva empresa. Su entrada en vigor lo fue el 1 de marzo de 2007.

8º Real Decreto 1553/2005, de 23 de diciembre, por el que se regula la expedición del documento nacional de identidad y sus certificados de firma electrónica.

9º Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Los artículos 299.2 de los medios de prueba, el artículo 382, sobre instrumentos de filmación, grabación y semejantes, y el artículo 384, relativo a los instrumentos que permiten

archivar, conocer o reproducir datos relevantes para el proceso.

10º La ley 11/2007, de 22 de junio, para el acceso electrónico de los ciudadanos a las Administraciones Públicas,

12º La creación del Registro de Seguros de Cobertura de fallecimiento en el que se expiden los certificados que indican si una persona fallecida, el asegurado, tiene contratado seguros de cobertura de fallecimiento. Depende de la Dirección General de los Registros y del Notariado. Los notarios pueden realizar la solicitud y obtención de los certificados por vía telemática. La ley que lo creó es la ley 20/2005 de 14 de noviembre. Entró en funcionamiento el 19 de junio de 2007.

13º Medidas para agilizar y simplificar la constitución de sociedades mercantiles de capital, en virtud del Real Decreto-ley 13/2010, de 3 de diciembre, de actuaciones en el ámbito fiscal, laboral y liberalizadoras para fomentar la inversión y la creación de empleo.

La utilización de las nuevas tecnologías en la función notarial: aplicaciones prácticas en el notariado español

Desde hace unos años, el notariado español utiliza las nuevas tecnologías, para el mejor servicio de los ciudadanos, y todo ello sin renunciar a ninguno de los principios esenciales de la función del notario latino-germánico, así como garantizando los más altos niveles de seguridad técnica a los efectos de que la seguridad jurídica sea uno de los elementos esenciales.

La Ley 24/2001 de 27 de diciembre regula la incorporación de las técnicas electrónicas, telemáticas e infor-

máticas a la seguridad jurídica preventiva. En esta Ley, como ya hemos comentado líneas arriba se fijan las bases para la aplicación de las nuevas tecnologías a la función notarial. La firma electrónica reconocida de los notarios como instrumento técnico esencial para el documento público notarial electrónico, tanto en su condición de original o matriz, como en el de copia autorizada que circula.

En este sentido los más de 3,000 notarios tienen firma electrónica reconocida y la existencia de una plataforma denominada “e-notario” para determinadas notificaciones y comunicaciones.

En cuanto a las estadísticas hay que decir que se generan al año más de 13 millones de firmas con certificado de notario. Un millón de peticiones semanales realizadas por el servicio de validación de certificados (OCSP). Más de 18,000 certificados, (3,000 de notarios y 15,000 de empleados de notario/ Colegio Notarial; 30,000 sellos de tiempo diarios).

Los requisitos y condiciones para la obtención de esta firma electrónica notarial son muy exigentes, procurando en todo momento establecer las cotas más altas de seguridad.

De otro lado la Ley 24/2001, ya citada, desarrolla aplicaciones prácticas en la función notarial, tales como el envío de notificaciones, documentos, comunicaciones a otros notarios, a los Registradores de la Propiedad y Mercantil, a la administración pública y a los órganos judiciales.

En cuanto a las aplicaciones que están específicamente determinadas en la citada Ley 24/2001 se encuentran:

1º El envío de las copias autorizadas electrónicas de las escrituras públicas, al Registro de la Propiedad y Mercantil, por vía telemática con un gran beneficio para el ciudadano, que ve agilizada su tramitación, y evita varios desplazamientos.

2º Asimismo, los archivos telemáticos de constatación de hechos fehacientes.

3º El amplio campo de los denominados contratos a distancia, que con las nuevas tecnologías pueden desarrollarse de manera muy importante, pero siempre teniendo en cuenta que, en esta contratación a distancia, existirá un compareciente en un lugar, con un notario y un ordenador, y en otro lugar distante en el espacio, existirá también otro notario con el compareciente y con un ordenador.

Son muchas las aplicaciones que, como consecuencia de la ley citada, se hacen y que son una realidad, puesto que se están realizando en la práctica diaria. Entre otras además de las indicadas anteriormente y a modo de resumen, podemos indicar:

1º La denominada Sociedad Limitada Nueva Empresa, creada por la Ley 7/2003. Este proyecto es una realidad desde hace unos años y supone la posibilidad de la constitución y tramitación telemática de la denominada Sociedad Limitada Nueva Empresa. Por medio de un complejo mecanismo tecnológico, es posible la total constitución de una empresa en dos días, reduciendo radicalmente los trámites y las visitas a oficinas públicas. Se trata de un proyecto integrado con diferentes órganos de la Administración Pública, donde el notario juega un papel importante en todo el proceso.

En este sentido desde la propia notaría, y todo por procedimientos telemáticos, se obtiene el certificado de denominación de la sociedad. Se cita al socio o a los socios a través de una red, y en ese día se constituye la sociedad. También desde la notaría se realizan el pago del impuesto correspondiente por la operación societaria. Se remite una copia autorizada electrónica al Registro Mercantil, para la

inscripción de la sociedad en el mismo. Previamente se ha realizado el oportuno pago del impuesto como antes se indicaba, remitiéndose copia electrónica a las autoridades administrativas competentes, a los efectos de obtener el Número de Identificación Fiscal de la Sociedad.

Una vez que se inscribe la sociedad, el Registro Mercantil telemáticamente comunica al notario los datos de inscripción que incorpora a la escritura. También se remite copia electrónica a la autoridad administrativa competente, para todos los trámites de la sociedad ante las autoridades de la Seguridad Social.

En definitiva, desde la notaría se están realizando muchos trámites administrativos, que antes el ciudadano tenía que realizar en varios días.

Existe un sistema de tramitación telemática integrado, estando por este sistema la notaría comunicada con las distintas administraciones públicas.

Con el sistema no telemático, el plazo medio para realizar todos estos trámites era de sesenta días, y ahora es de dos días. Antes el número de puntos de contacto eran ocho, y ahora son dos. Por último, el número de formularios, en soporte papel eran quince, y ahora es uno.

Ahora también es posible la tramitación telemática antes vista para todas las sociedades de Responsabilidad Limitada.

2º La constitución telemática de determinados tipos de sociedades dentro de las medidas para agilizar y simplificar la constitución de sociedades mercantiles de capital, en virtud de la Ley 14/2013 de 27 de septiembre de apoyo a los emprendedores y su internacionalización. Se regulan diversos supuestos de tramitación telemática, tanto para determinadas sociedades de responsabilidad limitada con o sin estatutos tipo, en los artículos 15 y 16. En estos supuestos desde la notaría se realizan todos los trámites, desde la petición de la denominación social, la obtención del

número de identificación fiscal de la sociedad, los aspectos impositivos, el envío de la copia electrónica al Registro Mercantil.

3º La petición por vía telemática al Registro Mercantil Central de la expedición del certificado de denominación a la hora de constituir una sociedad mercantil.

4º La petición y obtención por el notario a la Agencia Tributaria del Número de Identificación Fiscal de las Sociedades.

5º La lucha contra el blanqueo de capitales. La Orden EHA/2963/2005, de 20 de septiembre, regula el órgano centralizado de Prevención en materia de blanqueo de capitales en el Consejo General del Notariado (OCP).

En efecto, razones de eficiencia hacen extremadamente conveniente el establecimiento de un órgano centralizado en esta materia del blanqueo de capitales.

Al existir más de tres mil notarios distribuidos territorialmente en toda España es conveniente coordinar la actuación de todos estos funcionarios en este ámbito. La gestión centralizada de la prevención del blanqueo de capitales, prevista con carácter general en el artículo 11.1 del Reglamento, ha permitido una superación de la anterior situación de atomización, incrementando la eficacia del sistema, en beneficio tanto de la profesión notarial como de la lucha contra las formas graves de criminalidad.

Por ello, para conseguir esa actuación coordinada se crea en el seno del Consejo General del Notariado un Órgano Centralizado de Prevención en materia de blanqueo de capitales (OCP). Este órgano se configura para el reforzamiento, intensificación y canalización en la colaboración del notariado con las autoridades judiciales, policiales y administrativas responsables de la lucha contra el blanqueo de capitales.

A tal efecto, la Unidad de Análisis y Comunicación del

OCP examinará con especial atención cualquier operación contenida en el índice informatizado que todos los notarios deben enviar mensualmente al Consejo General del Notariado, en la que intervenga o participe el notario, relativa a la compraventa de bienes inmuebles o entidades comerciales o al resto de operaciones recogidas en el artículo 2.2.d) del Real Decreto 925/1995, de 9 de junio, que puedan estar particularmente vinculadas al blanqueo de capitales. La nueva Ley 10/2010, no parece poner límite a un tipo específico de operaciones.

Asimismo, se pueden examinar aquellas operaciones que, encontrándose en los supuestos antes citados y con carácter previo a su autorización o intervención, le sean remitidas para su análisis por los notarios.

En definitiva cada vez se van buscando instrumentos más eficaces para que, con la mayor agilidad y seguridad, pueda controlarse el blanqueo de capitales.

Todo ello ha determinado una participación fundamental del notario en la lucha contra el blanqueo de capitales ya que en efecto como consecuencia de la transposición de la segunda Directiva de la Unión Europea, los notarios dejan de ser meros colaboradores en la prevención del blanqueo para ser auténticos sujetos obligados.

Con el sistema anterior el notario tenía el deber genérico de comunicar al Servicio Ejecutivo de la Comisión de prevención de blanqueo (SEPBLAC), toda situación o hecho, que en el desarrollo de su actividad pudiese constituir indicio o prueba de blanqueo de capitales. En relación con esta actividad en efecto los notarios comunicaron a este organismo más de 2,500 escrituras, que tenían algún factor sospechoso.

No obstante este sistema no era lo suficientemente efectivo ya que no se podían cruzar datos o elementos de otras actuaciones realizadas en distintas notarías, sino

a lo sumo en la misma notaría por los mismos sujetos en determinados momentos de tiempo. De ahí que era necesario, el establecer mecanismos más ágiles de actuación donde la participación del notario fuera más eficaz a la hora de detectar el blanqueo y por lo tanto poder operar en la lucha contra el mismo.

No cabe la menor duda que el establecimiento del denominado índice único informatizado ha sido un elemento esencial para poder avanzar en este camino. Éste índice único informatizado es la base de datos desde la que se puede trabajar, y está compuesta por la totalidad de los actos y negocios jurídicos autorizados por todos los notarios de España desde principios de año 2004 en formato electrónico, donde se refleja el tipo de acto, los intervinientes, la calidad en la que intervienen, sus domicilios, residencia, la cuantía de la operación, etcétera.

Este conjunto de datos que aporta el índice supone un elemento esencial para el tratamiento de la información en esta prevención del blanqueo de capitales a través del mecanismo de la oferta y a la que hemos hecho referencia.

Este órgano centralizado de prevención del blanqueo de capitales, creado por la Orden Ministerial de Economía y de Hacienda antes indicada, parte de la condición del notario como funcionario público en el ejercicio de su función, y que ha de velar por la legalidad del acto un negocio jurídico que autoriza y documenta.

6º Ley de Medidas para la prevención del Fraude Fiscal. Otro de los puntos esenciales de la colaboración del notario con las Administraciones Públicas es sin duda la prevención del fraude fiscal, estableciendo el legislador los mecanismos adecuados, como ya veíamos antes en relación al blanqueo. Para llevar a cabo esta colaboración de manera eficaz los instrumentos tecnológicos han sido esenciales para la eficacia de la colaboración, sobre todo a través del

denominado Índice Único Informatizado al que hemos hecho referencia en otras ocasiones.

En este sentido, la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, de medidas para la prevención del fraude fiscal representa un paso adelante en la lucha contra actuaciones que supongan perjuicios para la comunidad como es el propio fraude fiscal.

El artículo 23 de la Ley del Notariado 1862, es modificado en el sentido que aquí nos interesa en su último párrafo cuando establece que

si se trata de escrituras públicas relativas a actos o contratos por los que se adquieran, declara, constituya, transmitan, graven, modifiquen o extingan el dominio y los demás derechos reales sobre bienes inmuebles, o a cualesquiera otros con trascendencia tributaria, los comparecientes acreditarán ante el notario autorizante sus números de identificación fiscal y los de las personas o entidades en cuya representación actúen, de los que quedará constancia en la escritura.

De esta manera existe un control con ese número de identificación fiscal, teniendo en cuenta además que conforme indica el último párrafo del artículo 24 de la Ley del Notariado también modificado por la Ley ya citada de Medidas para la prevención del fraude fiscal, en estos casos en las escrituras públicas a las que se refiere este artículo y el artículo 23, el Consejo General del Notariado suministra a la Administración tributaria, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 17 de esta Ley la información relativa a las operaciones en las que se hubiera incumplido la obligación de comunicar al notario el número de identificación fiscal para su constancia en la escritura, así como los medios de pago empleados y, en su caso, la negativa al identificar los medios de pago. Estos datos deberán constar en los índices informatizados.

Otro aspecto esencial de esta modificación es la operada en el artículo 24 de la ley del notariado, en el sentido de que sea necesario acreditar los medios de pago utilizados.

En este sentido, el artículo 24 de la Ley del Notariado establece que

en las escrituras relativas a actos o contratos por los que se declaren, transmitan, graven, modifiquen o extingan a título oneroso el dominio y los demás derechos reales sobre bienes inmuebles se identificarán, cuando la contraprestación consistiere en todo en parte en dinero o signo que lo represente, los medios de pago empleados por las partes. A tal fin, y sin perjuicio de su ulterior desarrollo reglamentario, deberá identificarse si el precio se recibió con anterioridad o en el momento del otorgamiento de la escritura, su cuantía, así como si se efectuó en metálico, cheque, bancario o no, y, en su caso, nominativo o al portador, otro instrumento de giro o bien mediante transferencia bancaria. Igualmente, en las escrituras públicas citadas el notario deberá incorporar la declaración previa del movimiento de los medios de pago aportadas por los comparecientes cuando proceda presentar esta en los términos previstos en la legislación de prevención del blanqueo de capitales, si no se aportase dicha declaración por el obligado a ello, el notario hará constar esta circunstancia en la escritura y lo comunicará al órgano correspondiente del Consejo General del Notariado.

El desarrollo reglamentario de estos artículos citados tuvo lugar en la modificación del Reglamento Notarial, operada por el Real Decreto 45/2007, de 19 de enero, en concreto el artículo 177 donde desarrolla este deber de consignar y acreditar estos medios de pago, posteriormente ha existido otra modificación operada por el Real

Decreto 1804/2008, del tres de noviembre. Estas medidas legislativas han contribuido ciertamente a controlar y localizar muchos focos que antes no estaban controlados, y han servido como instrumento para el mayor control de estas transacciones inmobiliarias desde el punto de vista de los medios de pago, y ello gracias también al índice informatizado al que hemos hecho referencia en más de una ocasión que ha servido como instrumento tecnológico para poder recopilar todos los datos centralizarlos y poder analizarlos

Con esta reforma se cierra aún más el círculo para controlar al máximo la procedencia de los capitales aportados en determinados supuestos y la inmediata respuesta y actuación del notario en cumplimiento de la legislación del blanqueo de capitales.

Relacionado con lo anterior se encuentra los artículos 34 a 37 de la ya tan citada y reciente Ley 10/2010, de 28 de abril, relativos a los medios de pago, así como a la obligación de declaración previa de cantidades en determinados medios de pago.

Como podemos apreciar existen un conjunto de actuaciones y mecanismos de prevención del blanqueo y del fraude tributario

7º Los denominados préstamos *on line*. Desde el momento en que una persona solicita un crédito personal, en una oficina bancaria, los ordenadores centrales del notariado reciben telemáticamente, por conexión blindada y segura, toda la información sobre el préstamo concedido por la entidad financiera del solicitante. Cuando la persona que lo ha solicitado acude a la notaría para firmar el préstamo, el notario puede ver y contrastar la documentación. Una vez firmado el contrato, de modo inmediato y *on line*, desde la notaría donde se crea el documento, se comunica electrónicamente este hecho a la entidad financiera que

automáticamente abona en cuenta el importe del préstamo o crédito.

Asimismo, el notariado, desde noviembre de 2002 trabaja con algunas entidades financieras en un sistema similar de gestión electrónica para las hipotecas, que implican una mayor complejidad técnica y jurídica.

8º El denominado archivo electrónico de revocación de poderes (en la actualidad en suspenso). Desde el año 2001, con esta iniciativa se permitió centralizar en el Consejo General del Notariado las revocaciones de los poderes realizadas desde cualquier notaría del país en un archivo informático único. En abril de 2004 el archivo contaba ya con 164,732 poderes revocados. Existe la obligación del notario de notificar la revocación de cualquier poder. Este sistema es pionero en Europa y en el resto del mundo. Desgraciadamente, este archivo está inoperante en estos momentos, al haberse declarado su nulidad, ya que el Tribunal Supremo, indicó que la norma que lo creaba no tenía suficiente rango. Esperemos que este aspecto formal sea solucionado lo antes posible.

9º La Agencia Notarial de Certificación (ANCERT), creada por el Consejo General del Notariado para la emisión de certificados electrónicos de firma electrónica, tanto a personas físicas como jurídicas, privadas y públicas.

10º El denominado archivo “Ábaco”, en funcionamiento desde el año 2003. Este sistema permite a cualquier internauta la consulta libre y gratuita del contenido de las bases de concursos y sorteos depositadas notarialmente. De este modo se ofrece un servicio al consumidor, quien comprueba que efectivamente ha intervenido un notario en un determinado sorteo o concurso.

11º El Archivo “Vigía”, donde electrónicamente constan todos los documentos que realicen tanto los extranjeros residentes en España, como los propios españoles, para in-

uitar a otros ciudadanos extranjeros a venir a España. En la actualidad esta aplicación ya no existe al cambiar la legislación española sobre la materia. Era no obstante un instrumento de ayuda para evitar fraudes en las fronteras.

12º Los servicios de la gestión telemática integral.

13º Pago de impuestos a través del notariado tanto el de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, como el de Sucesiones y Donaciones. El Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana, a los efectos de la presentación e ingreso de las autoliquidaciones por vía telemática.

14º Consultas por parte del notario a la Oficina Virtual del Catastro, con la obtención telemática de los certificados catastrales.

15º Conexiones con los Registros Civiles y el Padrón Municipal de habitantes, entre otras.

16º Las alteraciones catastrales realizadas, a través de los datos comunicados por los notarios al Catastro a través del Índice Único Informatizado.

17º Consulta telemática por el notario de las deudas existentes en relación al Impuesto sobre bienes inmuebles.

18º Con la creación del Registro de Seguros de Cobertura de fallecimiento en el que se expiden los certificados que indican si una persona fallecida, el asegurado tiene contratado seguros de cobertura de fallecimiento. Depende de la Dirección General de los Registros y del Notariado. Los notarios pueden realizar la solicitud y obtención de los certificados por vía telemática. La ley que lo creó es la ley 20/2005 de 14 de noviembre. Entró en funcionamiento el 19 de junio de 2007.

19º La petición por vía realizada por los notarios, al Registro de Actos de Última Voluntad, a los efectos de saber si una persona otorgó o no algún testamento.

20º El denominado Índice Único Informatizado ela-

borado por todos los notarios y coordinado y gestionado por el Consejo General del Notariado.

En efecto este índice único informatizado supone una base de datos de carácter excepcional compuesta por la totalidad de los actos y negocios jurídicos autorizados por todos los notarios de España en formato electrónico, donde se recoge la información esencial de cada acto o negocio autorizado, reflejándose el tipo de acto, los intervinientes, la calidad en que intervienen, sus domicilios, residencias, la cuantía de la operación, los datos identificativos del objeto y un largo sinfin de datos.

La colaboración con las Administraciones Públicas es el presupuesto esencial, y más que hablar de colaboración debemos hablar de obligaciones legales impuestas al notario, como hemos indicado al propio carácter de funcionarios públicos que son, y no cabe la menor duda que las nuevas tecnologías han colaborado de manera eficiente para que esa colaboración con las Administraciones Públicas sea rápida ágil y sobre todo eficaz.

Como indica el informe de gestión del Consejo General del Notariado de abril del 2007, y en relación al nuevo índice único informatizado establecía que

la evolución de los acontecimientos, la experiencia adquirida en los primeros meses del funcionamiento del OCP y la tramitación parlamentaria de leyes como la de prevención del fraude fiscal obligaron a realizar una revisión total del índice único basada en dos razones: La primera por haberse demostrado ser incompleto e insuficiente para la finalidad perseguida y la segunda, por ser el índice único la herramienta fundamental para que el notario pueda cumplir correctamente las obligaciones asumidas y las que tenía que asumir siendo destinatarios fundamentales entre otros la agencia estatal de la administración tributaria y el catastro, ello exigía su aplicación

inmediata una vez publicada la ley 36/2006, al igual que la reforma del reglamento notarial... en todo caso el proceso de renovación del índice único a conciencia de los notarios sobre la importancia y responsabilidad inherentes a la revisión del índice, llamando su atención sobre el proceso de introducción de datos y de confección del mismo. El interfaz único directamente regulado por el Consejo General del Notariado está resultando eficaz para la unificación y a la estabilidad de los conceptos. El resultado base del suministro de unos datos más completos y fiables, que refuercen la insustituibilidad de la intervención notarial en los campos integrados, lo que no excluye que la elaboración del índice único sea un proceso muy delicado, que no puede ser descuidado por los notarios sin que la delegación de su responsabilidad profesional y colectiva.

Los índices informatizados notariales en España surgen en virtud del artículo 7 del Real Decreto 1643/2000, de 22 de septiembre. La última evolución de los índices se ha producido con la nueva redacción de los artículos 17 de la Ley del Notariado y 284 a 288 del Reglamento Notarial.

Gracias a los mismos ha sido posible el cumplir por parte de los notarios las obligaciones legales que éstos tienen, en relación por ejemplo con las Administraciones Tributarias, y muy especialmente en la lucha contra el blanqueo de capitales. Se trata pues de un instrumento técnico, sin el cual el cumplimiento de dichas obligaciones sería impensable.

El papel del Consejo General del Notariado en cuanto a los mismos es claro y rotundo.

A tal fin, el párrafo segundo del artículo 17 de la Ley del Notariado afirma que “el Consejo General del Notariado formará un índice único informatizado con la agregación de los índices informatizados que los notarios deben remitir

a los Colegios notariales”, desarrollando esta previsión el artículo 286 del Reglamento Notarial, añadiéndole apartado tercero del artículo 17 de la Ley del Notariado y el párrafo tercero del artículo 286 del RN que el Consejo General del Notariado deberá tratar el índice único informatizado “a los efectos de la remisión de la información de que se trate a las autoridades judiciales y Administraciones Públicas que conforme a la Ley tengan derecho a ello, como consecuencia del deber de colaboración del notario en su condición de funcionario”.

Para no hacer muy extensa la relación de los datos que comprende el Índice Único Informatizado, diremos que existen por una parte, el envío de los datos relativos al notario, y los datos relativos al documento.

Por otro lado los datos relativos al sujeto, relativos al objeto, los relativos a la operación, los relativos a la legitimación de firmas y certificaciones así como todo un procedimiento de codificación de las intervenciones de los sujetos y la codificación de los actos jurídicos.

Todo ello permite tener una importante, extensa y completa base de datos esencial para el cumplimiento de las obligaciones del notario con las administraciones públicas en todos los campos, como el tributario en el blanqueo de capitales, estadístico, de impuestos catastral, etcétera.

Y volvemos a repetir: este uso de las nuevas tecnologías lo ha sido sin cambiar la esencia de la función notarial, como es la presencia del compareciente con el notario, el control de legalidad, el asesoramiento.

Las nuevas tecnologías están al servicio de los sistemas jurídicos, en este caso, de la función notarial, y no al revés, y todo ello en beneficio de los ciudadanos, auténticos destinatarios de la función pública notarial.

La función del derecho notarial

Isidro Muñoz Rivera

ISIDRO MUÑOZ RIVERA,
doctor en derecho,
notario público del Estado
de México y director del
Instituto de Estudios
Notariales.

CUANDO, EN 1964, EL COLEGIO DE ESCRIBANOS DE LA PROVINCIA de Buenos Aires fundó la Universidad Notarial, al elaborar el plan de estudios, surgieron inquietudes académicas relevantes. Así, por ejemplo, los integrantes de la universidad, plantearon la necesidad de persistir en el histórico propósito de definir el derecho notarial, su naturaleza y principios.

La inquietud no fue menor, pues durante la posguerra había cuestionamientos similares, pero con relación al derecho en general. Ello explica los intentos por establecer el perfil básico del derecho notarial a partir de la doble interrogante: ¿qué es el derecho notarial? y ¿para qué es el derecho notarial?

Para entonces el tema había sido discutido en diversas ocasiones con resultados frustrados al intentarse conciliar una definición única y con reconocimiento universal. En el Tercer Congreso de la Unión Internacional del Notariado Latino (UINL), celebrado en París en 1954, después de un intenso debate, con la participación disidente de la delegación italiana y la destacada presencia de Carnelutti, se estableció a manera de conclusión y como una aportación de la nueva organización internacional, una definición en el siguiente sentido “el derecho notarial es el conjunto de

disposiciones legislativas, reglamentarias, usos, decisiones jurisprudenciales y doctrinas que rigen la función notarial y el instrumento público notarial”.

Esta conceptualización, integrada por los dos elementos, el *qué* y el *para qué*, tiene inmediatas lecturas. El derecho notarial es norma jurídica, pero también usos y doctrina. Es el *ser* y el *deber ser*, la materia y el ideal notarial, con una evidente visión iusnaturalista. Para la década de los sesenta, dejó de ser el positivismo jurídico la corriente predominante y casi única para dar paso a nuevos reclamos del viejo iusnaturalismo, provenientes de la posguerra. En cuanto al *para qué* en la definición referida, se advierten dos elementos: la función notarial y el instrumento público. Enrique Giménez Arnau¹ coincide en que el sentido básico de la materia es la organización de la función notarial y el instrumento público. Son los dos elementos sobre los cuales se sustenta el derecho notarial, agrega Núñez Lagos. A ellos se suman diversas propuestas con planteamientos disímbolos de los que daremos cuenta.

En décadas posteriores se fortaleció la actitud de reconocer las diferentes maneras de conceptualizar el derecho notarial. El fenómeno tuvo una razón de fondo, pues en la posguerra se intensificó el histórico debate jurídico sobre los fines del derecho, entre representantes del positivismo jurídico y del iusnaturalismo. En ese contexto, surgieron interrogantes más específicas entre el notariado argentino, con la apertura de la Universidad Notarial: ¿cuál es el objeto del derecho notarial? Para tal reflexión, encomendaron realizar el estudio respectivo al escribano Carlos N. Gattari.² En fecha reciente, en julio de 2014, el

¹ Giménez Arnau, Enrique, *Derecho notarial*, Madrid, Universidad de Navarra, 1976, p. 30.

² El producto de la investigación fue la obra *El objeto de la ciencia*

Colegio de Notarios del Estado de México creó el Instituto de Estudios Notariales con el mismo propósito de coadyuvar a la superación profesional de sus agremiados. Sin embargo, durante la tarea de elaboración del plan y programas de estudio relativos a la Maestría en Derecho Notarial, han surgido nuevamente interrogantes en el tenor de hace cinco décadas.

Así, persisten interrogantes planteadas desde diversas perspectivas, como son la estructural (¿cuáles son los componentes del derecho notarial?), la funcional (¿qué funciones cumple el derecho notarial?), y la valorativa (¿cómo debería ser el derecho notarial?). Para ubicar el tema en su contexto, resulta útil la propuesta metodológica de Bobbio³, así como el esquema diseñado por Atienza,⁴ adecuados de la siguiente manera:

Estructural	↔	Qué es y para qué es el derecho notarial	↔	Método
Funcional	↔	Cómo es el derecho notarial	↔	Teoría
Valorativo	↔	Cómo debe ser derecho notarial	↔	Ideológico

del derecho notarial, publicada por Depalma, en Buenos Aires, y recibió, por cierto, el premio José María Moreno 1965-1966, otorgado por el Colegio de Escribanos de la Capital Federal.

³ La propuesta metodológica de Norberto Bobbio, es aplicable desde las clásicas vertientes que el maestro de Turín considera como: a) una manera de abordar el estudio del derecho (*aprophe*), b) una concepción, c) una ideología. Ver: Alfonso Ruiz Miguel, *Contribución a la teoría del derecho*, Madrid, Universidad Autónoma de Madrid, 1980.

⁴ Manuel Atienza propone a su vez una sencilla metodología, considerando los aspectos estructural, funcional y valorativo. Ver su obra: *Introducción al derecho*. México, Fontamara, 2003, p. 51.

La primera conclusión que desde ahora es factible advertir, es que para las grandes interrogantes planteadas no hay respuestas uniformes, integrales o universales. Desde la teoría y la filosofía del derecho se expresan las diferentes corrientes del pensamiento jurídico, cada una con su propia percepción. Las posiciones oscilan entre un derecho notarial que es y un derecho notarial que debe ser, uno real y otro ideal, un derecho notarial como hecho y otro como valor.

En lo estructural podemos plantear: ¿lo que debe predominar en la norma jurídica notarial es su contenido?; en lo funcional, ¿en qué medida el derecho notarial es una cuestión de reglas?; y en lo valorativo ¿es esencial al concepto de derecho notarial, la noción de seguridad jurídica?

Con una inspiración iusfilosófica, hay expresiones irreconciliables entre un derecho que es y un derecho que debe ser. La cuestión radica en determinar si lo que debe predominar en el derecho notarial es el contenido de la norma jurídica, o bien es la forma, es decir, la vigencia de la ley, lo relevante. La reflexión es fundamental, pues entre uno y otro se expresan las dos grandes corrientes del pensamiento.

Para el positivismo jurídico, por ejemplo, el objeto del derecho notarial se basa en la convicción de que no existe otro derecho más que el existente plasmado en la norma jurídica, desprovisto de ideales jurídicos propios de las convicciones iusnaturalistas.

Considerando el positivismo jurídico, el derecho notarial es una cuestión de reglas, las cuales, proviniendo de la legitimidad del órgano legislativo que las generó y bajo los procedimientos parlamentarios establecidos, corresponde al notario observarlas con puntualidad. La norma jurídica, es lo que define al derecho notarial.

En una expresión dura de esta corriente, el notario de-

be obedecer las leyes cuanto tales. Es la teoría del voluntarismo jurídico, en razón de que el derecho existe por voluntad del legislador y tiene una fuerza vinculante, un deber de obediencia.

El derecho notarial, en un sentido jurídico-positivo, es un sistema de reglas de conducta obligatorias. Obedece al principio de la coactividad, en razón de que la conducta profesional del notario parte del hecho de que donde existen normas jurídicas, no hay márgenes de discrecionalidad. La ley notarial se observa porque es ley, so riesgo de ser objeto de sanción.

La ejecutoriedad, en esta vertiente, implica el ejercicio de la función coactiva de la autoridad. Esta ejerce el monopolio de la aplicación de la legislación notarial delegada al notario en cuanto a las funciones enunciadas en el texto legal. Estamos ahora ante el principio de la estadualidad.

Por su parte, el iusnaturalismo tiene su propia visión. Lo que debe predominar en el derecho notarial no es la formalidad de la ley, sino su contenido. No se reduce a la validez de las fuentes formales que generan la norma jurídica. En esa virtud, el notario observa la ley por convicción de la bondad de sus expresiones textuales.

Para el iusnaturalismo el derecho notarial es un derecho con valores. Vale por lo apreciable de las leyes que regulan la función notarial, que al aplicarse coadyuvan al logro de los ideales del derecho, como es en este caso la seguridad jurídica. No hay otra seguridad jurídica en el derecho notarial, que la derivada del instrumento público generado por el notario.

Estamos pues, ante dos maneras filosóficas de ubicar en el espacio esta materia, la cual oscila como un péndulo, entre contenido y forma.

En lo valorativo, el derecho notarial tiene expresiones ideológicas. Es el derecho notarial un valor, la legislación

vale porque dimana de valores jurídicos. Si desde el positivismo se percibe al derecho notarial como un hecho, es decir, vale porque existe, es la validez formal lo determinante más allá de su mérito o demérito.

Para la ideología iusnaturalista, en contraste, el derecho notarial importa porque se deriva de principios jurídicos. Vale más allá de la voluntad del legislador, porque se funda en valores morales.

Como se advierte, existen importantes rubros doctrinales del derecho notarial que requieren ser estudiados con profundidad. Es una de las asignaturas pendientes de acreditar. Para el presente propósito, el interés no está centrado en lo estructural, propio de la metodología del derecho; ni en los valorativos que aborda la ideología jurídica; sino en el aspecto funcional, propio de la teoría del derecho y de la ciencia jurídica, a partir de la reiterada interrogante: ¿cuál es la función del derecho notarial?

Los elementos que conforman el derecho notarial han sido motivo de interés académico por parte de diversos notarios. Así tenemos el planteamiento de Carral y de Teresa quien afirma que son tres hechos los que lo distinguen de otras ramas jurídicas: la función pública notarial, el instrumento público y la legislación notarial.⁵ Para otros es regular la forma jurídica y la autenticidad de los contratos,⁶ la organización de la actividad notarial,⁷ la elaboración del documento notarial,⁸

⁵ Carral y de Teresa, Luis, *Derecho notarial y derecho registral*, México, Porrúa, 1965, p. 11.

⁶ Giménez Arnau, Enrique, "Introducción al derecho notarial", *Revista de derecho privado*, Madrid, 1944.

⁷ Núñez Lagos, Rafael, *Estudios de derecho notarial*. Madrid, Instituto de España, 1986. T. II, p. 183.

⁸ Larraud, Francisco, "Introducción al estudio del derecho notarial", *Revista de derecho notarial*, Madrid, 1954, p. 70.

el ejercicio profesional del notario,⁹ el logro de la seguridad jurídica,¹⁰ la dación de la fe pública.

Hasta ahora ha prevalecido la aportación de la UINL, avalada por Núñez Lagos, quien señala que son dos los elementos constitutivos: la función notarial y el instrumento público.

Gattari, en su investigación encargada por la Universidad Notarial Argentina, al enfocarla desde el espacio de la ciencia jurídica, dejó fuera del análisis la actividad del sujeto, al considerar que el ejercicio profesional del notario no es constitutivo del objeto científico.

Interesa ahora analizar la función del derecho notarial desde otra perspectiva a partir un replanteamiento metodológico. Es un error seguir considerando la función notarial y el instrumento público como las bases del derecho notarial, como si fuesen dos columnas que se erigen por separado, cuando en realidad una aborda los aspectos generales de la materia y otra se ocupa de una particularidad, esto es, la función notarial es el género y el documento público notarial la especie.

El diseño es distinto pues la función notarial se constituye en la base sobre la cual se erigen las dos columnas como son el objeto y el sujeto. Uno relativo al instru-

⁹ Martínez Segovia, Francisco, *Función notarial*, Buenos Aires, EJE, 1961.

¹⁰ Gattari, *op. cit.*, pp. 111 y 123. Su obra se desarrolla a partir del objeto científico, y propuso una primera clasificación de los diversos objetos advertibles, consistente, primero, entre aquellos de tipo negativo, como son la preconstitución de la prueba (la escritura tiene un valor probatorio), la prevención (la protección contra vulneraciones futuras) y la cautela (la certeza jurídica). Segundo, los objetos de tipo positivo, que son subdivididos a su vez en objetivos y subjetivos.

mento público y otro a la actividad del notario. El objeto, siendo material, es motivo de estudio de la ciencia jurídica notarial; mientras que el sujeto, la labor del notario, es de interés de la teoría jurídica notarial. Ambos, en la práctica tienen un punto de vinculación práctico: el oficio del notario es elaborar escrituras públicas.

¿Qué es la función notarial?	Por su objeto	☞ El documento
	Por el sujeto	☞ El notario

Siendo teórico el estudio del ejercicio profesional del notario, habrá que advertir las razones. *Scientia* es saber, y aunque en la antigüedad abarcaba todo, Aristóteles fue el primero en hacer diferencias entre el saber mismo y la opinión; luego, en la medida que dicho saber llegó a lo específico, las ciencias particulares reclamaron independencia y luego autonomía. Inició con el deslinde entre el saber científico del filosófico, luego la clasificación de las ciencias, con sus diferencias entre las exactas y las humanísticas; pero también con sus coincidencias. Esto es, la aspiración al conocimiento mediante formulaciones rigurosas y con el lenguaje apropiado. Todos los fenómenos se describen, comprueban y experimentan. En tal virtud, estudio de la función notarial, a partir de la actividad notarial, no es experimental, no se sujeta a ejercicios de prueba y error. Siendo subjetiva, es materia de la teoría jurídica.

La filosofía, por su parte, tiene su propia naturaleza. No tiene la pretensión científica de alcanzar la verdad de las cosas. Su materia es *el ser y el conocer*. Basta entender el *porqué de las cosas*, y esto es de por sí un privilegio intelectual del filósofo.

Por cierto, en la filosofía griega, primero fue el verbo y luego el sustantivo, pues Solón, por ejemplo, antes de existir la filosofía, ya ejercía su amor al saber, y Tucídides cuando afirmaba: “amo la belleza pero sin exageración, y amo la sabiduría sin debilidad”.¹¹ En ambos, primero fue la práctica y luego la teoría. Primero fue el filósofo y luego la filosofía.

El filósofo comprende, el científico enuncia. Para uno, basta el conocimiento proveniente de la razón; para otro, se requiere expresarse en forma de juicio. El científico puede razonar sin filosofar.

La teoría se deslinda también de la ciencia. Proveniente del griego antiguo, significó observar, y luego especular o contemplar. Especula con las hipótesis y las verifica. No es práctica, a diferencia de la ciencia, por no ser evidente. La evidencia es axioma y no requiere verificación.

Donde la teoría jurídica tiene problemas en sus linderos, es con la filosofía del derecho. Hay una simbiosis en sus contenidos y esto ha sido motivo de inquietudes académicas. A mediados del siglo pasado, en la Universidad de Turín, se creó el Centro de Estudios Metodológicos con el propósito de analizar las mezclas existentes hasta entonces y advertir, incluso, si es conveniente evitar incursiones en los contenidos de ambas materias, pues si la simbiosis enriquece ambas, el deslinde puede provocar resultados francamente pobres.

La teoría general del derecho notarial, tiene entre sus propósitos demostrar la importancia de la función del notario,¹² y de manera particular su posición actual en el

¹¹ Ferrater Mora, José, *Diccionario de Filosofía*, Barcelona, Ariel, 2004, p. 1270.

¹² Cosola, J. Sebastián, *Los deberes éticos notariales*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2008.

mundo globalizado. Función viene de *furgor* que se refiere a ocuparse de una cosa. Es actividad concreta, es operación. Así como la función de los ojos es ver, y de los oídos escuchar, según refería Platón cuando indagaba sobre la naturaleza del alma; y así como Aristóteles intentaba definir cuál es la función propia del hombre como ser racional,¹³ a la teoría del derecho, le corresponde especular sobre el notario en su carácter de operador. La función notarial es una función pública que está reservada al notario. Doctrinalmente es aceptado que el alcance y límites de la función notarial lo define la figura del notario.¹⁴

La realidad notarial se comprende por su función. Si la función hace al órgano, como hemos escuchado de ordinario, esto tiene una doble lectura: que la realidad hace al ser, y que dicha realidad es definida por la función.

La tarea no se agota en la descripción. La función notarial es una operación hacia un fin. Tiene un sentido teleológico, en la vertiente de que todo ser tiene un fin. Para alcanzarlo se requiere de una delimitación previa, de un horizonte predeterminado, de una organización, y de un proceso que lleve a la consecución del logro.

Si la función notarial está organizada con miras a un fin, habrá que considerar un elemento básico, como es la intención, referida a un deseo, una aspiración, una voluntad nutrida de una actividad práctica. Con su actividad profesional, el notario tiene una intención mediante la elaboración del documento notarial: el logro de la función notarial.

¹³ Abbagnano, Nicola, *Diccionario de filosofía*, México, Fondo de Cultura Económica, 1974. p. 568.

¹⁴ Giménez Arnau, Enrique. "Introducción al estudio del derecho notarial", *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1944, p. 38.

El objeto del derecho notarial

El documento notarial. El oficio del notario es hacer documentos, decía Núñez Lagos, sin embargo, en su origen, el documento creó al notario.

En 1786, fueron encontrados los primeros trípticos, recubiertos de cera, que en la Roma antigua denominaban *tabulae*. Asimismo, se descubrieron las tablillas en diferentes lugares, Pompeya entre otros, que eran expedientes cosidos con cordones, generalmente en forma de díptico, que en su conjunto dieron origen al nombre genérico de *codex*. Una característica común es que los documentos romanos carecían de firma, y por tanto de autor. La garantía de genuinidad la otorgaban los sellos. El *sigilato* hacía innecesario la *suscriptio*.

En la actualidad, prácticamente no existe documento público sin autor, de tal manera que la paternidad constituye el tema central de la teoría del documento. Para algunos, el autor es el que firma el documento (teoría de la firma), para otros, la autoría corresponde a quien redacta el contenido (teoría sustantiva). Tratándose de documentos públicos, la autoría corresponde sólo a quien tiene la facultad de autorizar, y estamos entonces ante una paternidad legítima.

El valor oficial del documento público corresponde a lo que el notario formula, en razón de que se trata de declaraciones de derecho público, a diferencia de las realizadas por los particulares que constituyen sólo declaraciones de verdad.

El término instrumento, refiere Bernardo Pérez Fernández del Castillo,¹⁵ proviene del latín *instruere* que tiene

¹⁵ Pérez Fernández del Castillo, Bernardo, *Derecho notarial*, México, Porrúa, s.f., p. 87.

entre otros significados el de dar constancia. Sirve para dar a conocer un acontecimiento. Tradicionalmente, el instrumento público, siendo escrito, constituye un documento. Con la inserción de las tecnologías también lo es el soporte electrónico.

Todo documento público, en términos legales, es aquel formulado por quienes están revestidos de fe pública. El documento notarial pertenece a la especie de los documentos públicos, y dentro de aquellos destaca en primer término la escritura pública.

En el sistema de tradición romano-germánica, el documento notarial sigue siendo el prototipo del documento público. Los avances los registra el documento informático, con sus ventajas en elaboración, envío y archivo. La posibilidad de manejo a distancia en tiempo real, incluso en grandes volúmenes, es una aportación tecnológica extraordinaria. A la par, los riesgos persisten ante su posible manipulación. La contratación a distancia es posible con la compatibilidad entre una eficiente regulación del documento notarial informático y la permanencia de los principios esenciales del quehacer notarial.

El sujeto del derecho notarial. Es el notario y solo el notario quien ejerce la función notarial. Lo ha hecho siempre, desde la época medieval con Rolandino, el primer notario latino, con sus formularios *summas artis notariae*, hasta la actualidad, y lo hace mediante una doble acción, percibiendo la realidad y ejerciendo la legalidad. Da forma a la voluntad contractual de las partes y las eleva a la categoría de legalmente existentes. Desde la entrevista inicial se pone en marcha la función notarial y transita al acto notarial. De la rogación al documento jurídico.

Consiste, pues, en recibir, interpretar y dar forma legal a la voluntad de las partes, redactando los instrumentos

adecuados a ese fin y confiriéndoles autenticidad.¹⁶ En la función notarial, siendo una función legal, se crean derechos subjetivos y relaciones jurídica.

La función notarial la define la ley. Es pública, autónoma y libre. Al ser de interés público, en conjunción con las instituciones, procuran condiciones para garantizar un ejercicio profesional, independiente, imparcial y autónomo del notario, mediante la fe pública.

La función se materializa con todas aquellas que siendo de orden público, competen al notario, como son dar formalidad a los actos jurídicos, dar fe de los hechos que le consten, tramitar procedimientos no contenciosos.¹⁷ Asimismo, aquellas otras derivadas de manera indirecta al contenido de la ley, como es la contribución del notario al desarrollo económico. En su conjunto pueden ser consideradas parte de la función notarial de primera generación.

A los casos que la ley encomienda al notario, han surgido adiciones a diversas legislaciones, sumando la encomienda de tramitar procedimientos informales en materia de mediación y arbitraje, que constituyen la función notarial de segunda generación.

Finalmente, la función notarial se ha enriquecido con nuevos roles que el notario desempeña, propios de los nuevos tiempos, como son las relativas al medio ambiente, el consumo, las modernas tecnologías, los derechos fundamentales, entre otros, y que conforman la función notarial de tercera generación.

¹⁶ Declaración del primer congreso de la UINL, en 1948 en Buenos Aires.

¹⁷ Artículo 5 de la Ley del Notariado del Estado de México.

La función del notario de primera generación

Es función del notario la aplicación del derecho. Enlaza el hecho con la norma, y así, al dar formalidad a los actos jurídicos, realiza su función preponderante.

La aplicación del derecho notarial es un silogismo, enfatiza Carral y de Teresa. El hecho como premisa menor; la norma, premisa mayor; y la aplicación de la norma, la conclusión.¹⁸

La función de dar formalidad al acto jurídico, conlleva en su formación, la ratificación de las partes. De ésta, se deriva una doble lectura filosófica: el notario se constituye en vínculo entre el hombre y la ley, y en ese espacio le otorga profundidad a lo que era una voluntad superficial de las partes.

El notario de en medio, que se aleja de los extremos de posibles voluntades viciadas del hombre y de los excesos en la aplicación de la ley. En la justa medianía aristotélica que todo salva, en tanto que el defecto como el abuso todo daña. La medianía es virtud ética del notario. La profundidad es darle, mediante el lenguaje jurídico, forma y sustento legal al documento notarial.

La medianía filosófica es la imparcialidad legal. El deber ser aristotélico se traduce en garantía jurídica en el mundo del ser. La imparcialidad significa que el notario no es juez ni es parte en el contrato. No existe, por disposición legal, prevención a favor o en contra. En la práctica consiste en un *no hacer*, en un deber de abstención. Si el notario se alejara de su posición intermedia, cediendo al poder de alguna de las partes, no sólo se perdería la garantía del orden contractual, sino dejaría en la práctica de ser notario.

Es función del notario la elaboración de actas. A peti-

ción de parte, el notario hace constar hechos bajo su fe, y al igual que la escritura, lo hace constar en folios. A la tarea sustantiva de elaboración de escrituras se suma la elaboración de actas notariales, esto es, a la formalidad de los actos jurídicos se agrega dar fe de hechos que le consten. Actos y hechos constituyen casi totalidad del quehacer cotidiano del notario.

Los hechos, en términos de cosas que suceden, requieren por rogación que el notario haga constar acontecimientos o sucesos y así conservarlos como precedentes. Estos pueden referirse, en estricto sentido, a hechos propios o ajenos a la voluntad del hombre.

La dación de fe de hechos que le consten al notario tiene un alto valor jurídico. Lo eleva a la calidad de instrumento público para todos sus efectos legales. El acta notarial interesa al derecho, en razón de su existencia misma, su valor probatorio, y eficacia del documento, tanto su aspecto formal como contenido.

Los hechos materiales, siendo patentes, no tienen problemas de acreditación. Una vez que son del interés del derecho notarial, los recoge, describiendo su existencia, con las particularidades que le corresponden. Los hechos de dación de fe notarial refieren circunstancias de espacio y tiempo. Cuando el notario está presente en el lugar específico (*espacio*), da fe de lo que se exterioriza o expresa (*tiempo*), y en ese momento el hecho adquiere forma.

El acta es prueba documental en todo el tiempo, pues el hecho, al ser reproducido, adquiere valor jurídico al pasar por la fe notarial. Con ello, el pasado material se vuelve presente formal. Y el acta, como prueba constituida, lo convierte a su vez en hecho susceptible de hacerse valer en el futuro.

Debemos tener presente que el documento público por sí solo no es hecho probatorio, a diferencia del docu-

¹⁸ *Op. cit.* p. 8.

mento privado. No basta alegar su existencia, se requiere del testimonio que al transcribirse del protocolo (*documento matriz*) y ser autorizado definitivamente, puede ser título ejecutivo.

La eficacia del acta notarial, como documento público, tiene su origen en el derecho notarial mismo. Surgieron a la par, pues como refiere Nuñez Lagos, desde el siglo XII, las funciones documentales de los jueces de la jurisdicción ordinaria pasaron al notariado. Desde entonces la historia del documento notarial es la historia de su lucha por la autenticidad de su contenido, en la esfera de los hechos.¹⁹

Verdad impuesta por el notario. Con su actuación aborda no solo la forma, también el fondo. La narración fiel del hecho constituye una verdad que siendo expresada por quien tiene competencia para ello —el Estado, en ejercicio de su soberanía ha delegado en el notario esa función pública— es verdad impuesta y tiene plena eficacia.

Para estos efectos, la fe pública es cuando al hecho se suma la narración. Es el principio de inmediatez. El notario, en la fe de hechos narra lo que ve y percibe. Se sustenta en su percepción sensorial. Es un manifiesto de la realidad. Existe la evidencia, que para el sistema anglosajón es sinónimo de prueba. *Evidence* es lo que al derecho latino es *probate*. Lo que es evidente no requiere probarse, se afirma en la ciencia jurídica.

Es función del notario conocer de asuntos no contenciosos. Lo hace en razón de que la ley así lo autoriza. Sin embargo, el ámbito de su intervención ha sido motivo de reiterada polémica. ¿Cuál es su espacio de competencia?

La competencia es aptitud. Más aún, idoneidad; e implica una distribución de funciones jurídicas, por materia o territorio. El notario es competente para ejercer

¹⁹ Nuñez Lagos, *op. cit.*, T. II, p. 194.

funciones propias del notariado, dando formalidad a actos jurídicos (escritura pública) y dando fe de los hechos que le consten (acta notarial); pero también es competente para conocer de procedimientos no contenciosos, por disposición legal.²⁰

El primer deslinde, por tanto, es respecto a todos aquellos asuntos que se ventilan en juzgados. En su delimitación roza con el concepto de jurisdicción voluntaria. El debate es meramente conceptual, ante el reclamo de excluir el término jurisdicción voluntaria, pues en sentido estricto, la referencia a una jurisdicción no es propia de la naturaleza notarial.

Jurisdicción, en su raíz latina, refiere la acción de decir o proclamar el derecho, y aunque tiene diversas connotaciones provenientes de posturas doctrinales, se entiende como una facultad de un órgano de gobierno para administrar justicia. Si la potestad de resolver litigios es exclusiva de la función juzgadora, es dable omitir el término jurisdicción no contenciosa en la función notarial, y en su lugar, como desde un par de décadas se ha planteado, sustituirlo por *competencia notarial en asuntos no contenciosos*.²¹

Recordando a Carnelutti, cuando refiere las tres palabras que resumían la actividad del jurista, en la antigua Roma: *postulare*, propia del litigante; *respondere*, relativa al defensor; y *cavere*, es aplicable a la figura actual del notario, que siendo precavido, previene riesgos o conflictos legales. Por ello es la función jurídica más alta y hermosa, afirma

²⁰ En el caso específico del artículo 5 de la Ley del Notariado del Estado de México, se deriva la posibilidad de hablar de competencia para conocer de asuntos no contenciosos, en sede notarial.

²¹ Así está establecido en las resoluciones de la Unión Internacional del Notariado Latino.

Ignacio M. Allende.²² El notario no conoce de contiendas. Contender es lidiar, disputar, contraponer. Lejano de la arena de las contradicciones, no es parte en el litigio, ni son sometidos a su fallo los altercados. El derecho notarial es preventivo, contribuyendo a evitar conflictos interindividuales, y con ello realiza una aportación relevante a la sana convivencia social.

Las incompatibilidades entre particulares (al interés de uno, se antepone la resistencia del otro) se evitan de manera continua en el espacio notarial donde se escucha, interpreta y aconseja para conciliar intereses y plasmarlas en el contrato; que en otra circunstancia derivarían el inicio de demandas legales, y con ello la configuración del presupuesto procesal por antonomasia, al que se refería el maestro Niceto Alcalá-Zamora.

La prevención en sede notarial y el desahogo del conflicto en sede judicial al final tienen puntos de coincidencia si consideramos la expresión del procesalista Piero Calamandrei, en el sentido de que para el logro positivo de un litigio *habrá que tener razón, saberla exponer y encontrar quien la entienda*.²³

Es función del notario contribuir al desarrollo económico, y aun cuando no está asignada en específico por la ley, si lo es de manera indirecta, por la naturaleza propia de la competencia notarial. Lo hace en diferentes planos, al proteger el patrimonio de las personas; al darle certidumbre jurídica a las transacciones comerciales; al responder civilmente por daños patrimoniales en caso de negligencia en su intervención en contratos; al evitar litigios

²² Allende, Ignacio M., *La institución notarial y el derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1969, p. 68.

²³ Referido por Ignacio Medina Lima, en "Litigio". *Diccionario jurídico mexicano*, México, Porrúa / UNAM, 1991, p. 2050.

innecesarios; al auxiliar a la autoridad en la recaudación fiscal; al asesorar a los particulares que requieren sus servicios respecto a los negocios más convenientes en términos de costos fiscales; entre otros.

La importancia de la función notarial crece en la medida en que la actividad contractual se vuelve compleja. En la sociedad contemporánea el tráfico comercial es más dinámico y con reiterada atipicidad.

Existe la convicción de que si en un contrato se requiere de la participación de una persona con facultades para ejercer funciones públicas, la idoneidad recae en la figura del notario. Al crear los instrumentos públicos adecuados advierte su utilidad para con la autoridad y resuelve una necesidad de interés social.

La función del notario de segunda generación

Es función del notario tramitar procedimientos de mediación. Junto al arbitraje, podemos considerarlas como funciones notariales de segunda generación. Con ello se realiza una actividad diferente a la que a lo largo de la historia se ha registrado. Es una función alterna al derecho. Ante conflictos legales, materia de los órganos jurisdiccionales, el notario ofrece soluciones pacíficas informales.

No solo el juez tiene la potestad para resolver conflictos legales, pues existen vías alternas en las que el notario tiene facultades para participar en procedimientos de mediación.

El notario en su función de mediador, cuida la equidistancia, facilita la comunicación entre las partes en conflicto y resuelve de fondo los diferendos, de manera informal. No aplica la ley, pues resuelve sin necesidad de fundar en derecho. Lo importante es la autocomposición, esto es, la voluntad conciliatoria de las partes. Solo facilita

que las partes rescaten la posibilidad de ser entre ellos, sin autoridad de por medio, para resolver del fondo los diferendos. Quien generaron el conflicto, son al final quienes lo resuelven. La capacidad para la lucha es similar a la capacidad de avenirse. El notario-mediador solo facilita la oportunidad de cambio de actitudes rijosas para que, al conciliarse, inicien una nueva etapa en sus vidas, lejanas de rencillas.

La función mediadora es relativamente nueva en el ámbito notarial y su desarrollo ha establecido las bases de lo que constituye un derecho notarial alternativo. La administración de conflictos requiere de toda una técnica, pues en el choque de intereses, se mezclan emociones y sentimientos. Mediar es una tarea que requiere capacitación, al margen del conocimiento jurídico.

El notario realiza funciones de arbitraje comercial. Al igual que la mediación, diversas legislaciones locales refieren la facultad de tramitar procedimientos de arbitraje,²⁴ que en la práctica se refieren fundamentalmente a contratos internacionales en los que las partes expresan su voluntad de sujetarse a dicho procedimiento en caso de conflictos comerciales. Al igual que la mediación, se trata de vías informales al margen de la participación de autoridades jurisdiccionales y en las que se preserva el principio de autonomía de la voluntad.

La norma jurídica otorga una doble función: ser notario que cuida el cumplimiento de las formalidades legales; y mediador o árbitro, que actúa en la informalidad. En uno, actúa en representación del Estado; en otro, en representación de las partes.

Estamos ante una posición del notario de cara a la globalización. La función se advierte ahora con toda la flexi-

bilidad, pues el notario no se desempeña cumpliendo con las formalidades legales, sino en el espacio de la informalidad, en el dorso de la moneda, realiza tareas trascendentes que allanan diferendos en el creciente flujo comercial. El arbitraje en sede notarial rescata las antiguas costumbres comerciales anteriores a la codificación del derecho, como el principio *pacta sunt servanda* en el que el comerciante es congruente en los hechos con la palabra dada y con ello hace honor a su oficio y a su persona.

La historia del arbitraje es tan larga como la del derecho notarial. Desde el medievo, en las *Siete Partidas*, los españoles referían este quehacer similar al de los *jueces avenidores* y en ambos casos las partes los designaban para solucionar desavenencias mediante la emisión de un laudo.

El arbitraje privado internacional advierte que ante los posibles conflictos de leyes en el espacio, no es necesario resolver cuál es el derecho que debe aplicarse en caso de incumplimiento a lo pactado (el del lugar donde se acordó el contrato o donde se incumplió su contenido) sino, sin requerir la participación de la autoridad, el notario resuelve, en su carácter de árbitro, sin el sustento de ley alguna.

Tanto en lo interno como lo internacional, el arbitraje notarial contribuye a facilitar el tráfico mercantil, ante la excesiva formalidad legal propia del derecho mercantil. Los sistemas jurídicos, con toda su tradición, ha tenido una creciente dificultad para regular los actos de comercio. El desarrollo de las nuevas tecnologías han rebasado la posibilidad de que la autoridad dirima todos los conflictos de intereses comerciales. La cultura jurídica tradicional ha resultado rígida, ante la visión práctica de las operaciones transnacionales.

El notario no sustituye funciones. Al quehacer jurídico se suma la solución informal de conflictos mercantiles,

²⁴ Artículo 5 de la Ley del Notariado del Estado de México.

pues siendo perito en derecho, también es concertador de voluntades. Como notario, es profesional del derecho; como árbitro, es conocedor de usos y costumbres mercantiles.

El planteamiento teórico del arbitraje en sede notarial ha venido desarrollándose en los últimos tiempos, aún y cuando la práctica avanza a paso lento. Es un nuevo espacio que promete desarrollo.

La función del notario de tercera generación

El notario desarrolla funciones en materia de auxiliar de la autoridad, contribuyendo al mantenimiento del orden jurídico. Lo hace en diversas vertientes. Con la administración de justicia en la prevención de conflictos, bajo la expresión española “Notaría abierta, juzgado cerrado”.

Al escuchar, orientar y asesorar; los usuarios logran los negocios más adecuados. La certeza y seguridad jurídica derivadas de la participación del notario, aseguran normalidad en las actividades mercantiles consecutivas. Es una forma de aportar, también, al criterio de otorgar a cada quien lo suyo, sustento de la justicia.

Derivado del acto notarial, las partes tienen la percepción de que se respetaran sus bienes, propios de la transacción comercial, y que sabrá comportarse respecto a los bienes ajenos. Es la certeza moral la que da tranquilidad y paz a las personas. Y en ello radica el origen mismo del derecho. El notario, en ejercicio de sus funciones, contribuye a la seguridad jurídica, y con ello, a un orden social, tan eficaz como justo.

El notario es auxiliar de la autoridad fiscal mediante la recaudación. El procedimiento por el cual el Estado percibe ingresos fiscales no es exclusivo de la autoridad hacendaria, pues en casos como éste es delegable. Así, el notario apoya

el propósito elemental para que el sector público esté en posibilidad de sostener su gasto.

El pago oportuno de las obligaciones fiscales de los contribuyentes lo hacen por intermediación del notario, particularmente en las operaciones inmobiliarias. La retención y traslado de los derechos e impuestos correspondientes auxilian de manera significativa a la autoridad fiscal. La certidumbre de tal actividad la otorga no sólo la responsabilidad fiscal que adquiere el notario al participar en los procedimientos de recaudación, sino que los gremios notariales tienen previsto, por disposición legal, la existencia de fondos de garantía como instrumentos para responder subsidiariamente de la actuación de sus colegiados.

La función notarial de creación del derecho es una vertiente que ha sido planteada en el gremio. En el Congreso de Atenas, se subrayó este rol que forma parte de la naturaleza del notario. Lo hace “cuando solicita regular las relaciones jurídicas de derecho privado a través de la elaboración de actos auténticos, vinculantes para las partes y oponibles a terceros, algunos dotados de fuerza ejecutiva”.²⁵

La experiencia notarial, asimismo, ha sido factor para el planteamiento formal del gremio a los órganos legislativos para la creación o perfección de ordenamientos jurídicos relativos al derecho privado en el espacio no contencioso.

El notario, siendo aplicador del derecho, conoce de manera directa los alcances reales de las normas jurídicas, en términos de su eficacia. Las interpreta y realiza. En su ejercicio práctico tiene una posición privilegiada pues es el

²⁵ Ver Conclusiones del XXIII Congreso de la Unión Internacional del Notariado Latino, celebrado en Atenas, en 2001; en *Doctrina Notarial Internacional*, México, Porrúa, 2004. p. 37.

primero en conocer, por ejemplo, las nuevas disposiciones legales relativas a su competencia y advertir sus alcances.

De manera ordinaria surgen propuestas de proyectos de reformas o adiciones a cuerpos jurídicos, producto del trabajo de los gremios notariales y que al ser receptivo el legislador, se logran aportaciones significativas a la mejora jurídica en el contexto local.

El alcance es mayor, cuando se trata de aportaciones al ordenamiento supranacional, pues existen colaboraciones específicas para adecuar instrumentos legales que requieren homologación entre diversos países.

El notario tiene una función en la defensa de los derechos humanos. Lo hace de manera natural y continua en la medida en que previene conflictos.

El derecho de igualdad está presente en la actividad contractual, en la que las partes adquieren derechos y contraen las obligaciones, y en las que el notario ejerce una posición imparcial ante las partes e independiente ante la autoridad. El concepto jurídico de igualdad adquiere vigencia al eliminarse en la función notarial de toda diferencia entre las partes en razón de su religión, raza, posición social o cualquiera otra que afecte el trato digno que merecen como los contratantes, en su carácter mismo de seres humanos. La igualdad es consubstancial a las partes en su situación de personas.

El derecho a la libertad está presente de manera objetiva pues las personas, al realizar actos jurídicos en sede notarial, lo hacen en ejercicio de su potestad para realizar actos trascendentes a partir de lo que el notario jurídicamente asesora. En la relación contractual, las partes pactan, ejerciendo su libertad, producto de su naturaleza de ser humano, y con ello, en cierta medida, cada uno se vuelve la posibilidad del otro.

Siendo bilateral el contrato, las partes son mutuamente

dependientes. Una aporta lo que le falta a la otra. Para la filosofía de la libertad es expresión de la dependencia del ser humano. Siendo cada uno individuo único, es incompleto, requiere del otro, señala Eduardo Nicol. La contraparte es lo que falta para obtener un bien mejor.

El contratante siendo libre, elige un bien desechando otro. Elegir es desechar. Renuncia a algo en aras de lo preferido. En la libertad no se puede ganar sin perder a la vez. En ejercicio de la libertad contractual se opta, renunciando a otra posibilidad, y en esa medida libertad es renuncia.

La notaría es el espacio donde cotidianamente se ejerce la libertad de una o más personas que al exteriorizar su voluntad ante el notario, y con apego a la norma jurídica, se producen ciertas consecuencias jurídicas.

Asimismo, ante notario las personas ejercen día a día su derecho de ejercer de forma directa e inmediata de sus cosas. Si una característica del derecho de propiedad es su libre disposición, es aquí donde se ejerce a plenitud, cumpliendo con las limitaciones que la ley señala.

El actuar notarial está vinculado con el ejercicio de la libertad en otras vertientes, como son la libertad de expresión, asociación, laboral y de tránsito.

En conclusión

Es ordinario que el estudio notarial consista en decir algo nuevo sobre un asunto notarial viejo. Para el lector, se asemeja a la regla metodológica: “Dime lo que no sé, para entender lo que ya sé”.

El presente artículo da respuesta al persistente cuestionamiento: *para qué el derecho notarial*, a partir de nuevos hallazgos desde la segunda mitad del siglo pasado, con la posguerra, y que dan un nuevo perfil al notariado. A la

siguiente interrogante básica: ¿En qué consiste la nueva función notarial?, la respuesta está integrada por la combinación de la escritura pública, con sus actuales rasgos y las nuevas funciones del notario, tanto las otorgadas por la ley y aquellas derivadas. A la formalidad de los actos jurídicos (la escritura notarial) y la dación de fe de los hechos que le consten (acta notarial), se suman actividades propias del creciente derecho notarial, y particularmente aquellas que se distinguen por su carácter informal.

El trabajo, en su contexto histórico, se centra en el desarrollo del derecho notarial a partir de mediados del siglo pasado, con la posguerra, subrayando el nuevo perfil de esta particularidad del mundo jurídico, con sus significativas evidencias. Estamos ante una nueva función notarial.

A diferencia de los diversos planteamientos realizados, por diversos estudios en la materia, concluyo con una primera aportación: la función notarial es la base sobre la que se sustentan sus dos columnas: objeto y sujeto. El documento notarial y la actividad profesional del notario constituyen los dos elementos que erigen y soportan esta materia jurídica.

En cuanto al instrumento público notarial, poco ha variado a lo largo de su existencia. Es un documento auténtico, en virtud de la delegación otorgada al notario por el poder público. Lo destacado lo registra el documento notarial informático.

El segundo elemento, el quehacer del notario, es evidente que tiene un nuevo perfil. Son rasgos que superan las tesis desarrolladas desde su origen mismo. Poco se parece el arte notarial medieval de Rolandino, con el cibernotario que se viene perfilando en la actualidad. La teoría del derecho notarial debe repensarse.

Planteo la conveniencia de clasificar las funciones del

notario en razón de sus perfiles y su evolución, conformando así diversas generaciones.

Destacan las funciones del notario de segunda generación, la del notario-mediador que por su naturaleza, replantea el paradigma del notario aplicador del derecho existente desde la época medieval. El concepto tradicional del notario como un profesional del derecho encargado de una función pública que salvaguarda la legalidad ante la ley; existe también en los últimos años el desarrollo de la función mediadora en la que no actúa en representación del Estado, ni requiere invocar el contenido de ley alguna; para coadyuvar a las partes en la solución de fondo de sus diferendos.

Al derecho de la forma, como se ha identificado al derecho notarial, ahora, en el dorso de la moneda, existe la informalidad del derecho notarial. El tradicional aplicador de la ley en representación de la autoridad, ahora actúa a petición de las partes sin ninguna formalidad.

Es su nueva naturaleza, flexible, que al ampliar su horizonte enriquece la labor profesional. Ante la complejidad creciente de la autenticación del acto notarial, en su dimensión globalizada, hay nuevas maneras de atender lo que en una sola vía resulta lento y costoso.

Una función similar, en esta nueva realidad, es la del notario-arbitro, en el que a petición de las partes, puede actuar al margen de la autoridad jurisdiccional para resolver conflictos comerciales internos o internacionales. Lo hace también en el espacio de la informalidad y sus laudos resuelven de fondo las controversias que en los tribunales pueden durar tiempo prolongado.

Existen nuevas vertientes de la función notarial que están aún en proceso de desarrollo académico, y que conforman una tercera generación. Destaca la función que guarda el notario en la creación del derecho, con constantes apor-

taciones al legislador para ser consideradas en la actualización del marco jurídico. Destaca también el papel que el notario desempeña en la defensa de los derechos humanos, en particular el ejercicio de los derechos de propiedad, igualdad, libertad de expresión, de asociación, entre otros. La notaría es espacio para el ejercicio de los derechos humanos. Asimismo, el notario guarda una posición en la protección del medio ambiente, en el desarrollo de nuevas tecnologías y el derecho al consumo.

Hay nuevos retos en la construcción teórica del derecho notarial. Habrá que hacerlo a partir de la experiencia profesional del notario. Práctica y teoría, en su equilibrio, permitirán seguir consolidando esta importante vertiente del derecho.

Bibliografía

- ABBAGNANO, Nicola, *Diccionario de filosofía*, México, Fondo de Cultura Económica, 1974.
- ALLENDE, Ignacio M., *La institución notarial y el derecho*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1969.
- ATIENZA, Manuel, *Introducción al derecho*, México, Fontamara, 2003.
- CARRAL Y DE TERESA, Luis. *Derecho notarial y derecho registral*, México, Porrúa, 1965.
- COSOLA, J. Sebastián, *Los deberes éticos notariales*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2008.
- GIMÉNEZ ARNAU, Enrique, *Derecho notarial*, Madrid, Universidad de Navarra, 1976.
- _____, Enrique, “Introducción al estudio del derecho notarial”, *Revista de derecho privado*, Madrid, 1944.
- LARRAUD, Francisco, “Introducción al estudio del derecho notarial”, *Revista de derecho notarial*, Madrid, 1954.

- MARTÍNEZ SEGOVIA, Francisco, *Función notarial*, Buenos Aires, EJE, 1961.
- MEDINA LIMA, Ignacio, “Litigio”, *Diccionario Jurídico Mexicano*, México, Porrúa / UNAM, 1991.
- FERRATER MORA, José, *Diccionario de Filosofía*, Barcelona, Ariel, 2004.
- NÚÑEZ LAGOS, Rafael, *Estudios de derecho notarial*, Madrid, Instituto de España, tomo II, 1986.
- PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Bernardo, *Derecho notarial*, México, Porrúa, sf.
- RUIZ MIGUEL, Alfonso, *Contribución a la teoría del derecho*, Madrid, Universidad Autónoma de Madrid, 1980.

La empresa familiar: su gobierno corporativo

Víctor Manuel Garrido de Palma

EN SEPTIEMBRE DE 2013, INVITADO AL EFECTO, TUVE EL HONOR de desarrollar la problemática misma que en España —en especial en donde rige el Código Civil y debido fundamentalmente al sistema de la legítima— se plantea a las familias empresarias. Ahora, el ilustre notario Jorge Claudio Ibarrola me invita a participar en *Escriva* y con gusto correspondo reformando algunos aspectos del tema referido.

Por si necesario fuere, tengo que aclarar de entrada que el tema a tratar por mí no se refiere al patrimonio de familia que novedosamente el Código de Jalisco regula (tomo la referencia de la doctora Elisa Villalobos de González en su *Manual de derecho de familia*, Tirant lo Blanch, México, 2014). Tanto los códigos del Distrito Federal como el de Jalisco incluyen el equipo y la herramienta de la micro o pequeña industria que sirve de sustento a la familia y en este sentido es evidente que puede considerarse que lo que voy a exponer es de aplicación a las pequeñas empresas (en España la abreviatura PYMES abarca a las pequeñas y medianas). Ahora bien, hecha esta precisión adelanto ya que mi estudio enfoca la problemática de la familia empresaria y la empresa familiar (FE y EF, respectivamente) tal como se percibe jurídicamente tanto conforme al

VÍCTOR MANUEL GARRIDO
DE PALMA, notario del Ilustre
Colegio Notarial de Madrid.

derecho español, que en algunos aspectos regula la materia, como desde el campo de observación real lo percibo personalmente y con atención específica, desde luego, al llamado protocolo familiar.

La familia y la empresa familiar

Concebir a la familia como una empresa responde a la realidad de que la misma realiza actividades económicas, de consumo y también productivas, pero no plasma toda la realidad. El calado institucional de la familia es primordial.

Al hablar de la familia empresaria me refiero a que ella puede tener, estar al frente, ser la titular, la propietaria, tener el poder de decisión... de una empresa, concebida ésta como organización de capital y de trabajo con finalidad económica. Entonces la familia es empresaria y si la percepción se traslada al objeto de la titularidad, nos hallamos ante la empresa familiar.

De lo que acabo de apuntar se va a tratar en adelante y desde ahora con precisión técnico-jurídica. Al efecto son ilustrativas las palabras con que comienza la Exposición de Motivos del RD 171/2007, de 9 febrero, por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares: “Una gran parte del tejido empresarial español está integrado por sociedades de carácter familiar en sentido amplio, es decir, aquellas en las que la propiedad o el poder de decisión pertenecen, total o parcialmente, a un grupo de personas que son parientes consanguíneos o afines entre sí”.

Sirva lo expuesto como avance introductorio. Afronto ya el estudio de la EF, organización que ensambla dos instituciones con valores e intereses no coincidentes: la sociedad familiar como institución, la que (cualquiera que sea la forma jurídica que adopte) supone, como ha dicho Vicent

Chuliá, una creación sobre todo de la Abogacía y del Notariado, poniendo de manifiesto Cerdá Gimeno que “ha sido muy meritorio el esfuerzo de algunos notarios (*vid.*, por todos, Garrido de Palma) y algunos civilistas (García Cantero) al ubicar la empresa familiar dentro de la tradicional sistemática civilista”. La clave para su adecuado tratamiento consiste en saber tratar a la familia en su proyección empresarial y a la empresa como familiar y a sus componentes no como meros inversores, sino comprometidos en interés de la familia empresaria.

Cuando la empresa es familiar

Aproximación al concepto. En una primera aproximación puede entenderse que lo es: Cuando la propiedad de la empresa pertenece a una o más familias en un grado tal que el gobierno de la misma y la toma de las decisiones fundamentales, de la(s) familia(s) dependen (control), a la vez que la empresa es gestionada y dirigida profesionalmente.

Profundización sobre la base de la familia empresaria. Pero, sin duda hay que profundizar más, ante la realidad de la empresa familiar, compleja e intensa en sus variedades.

Según la moción que en el Senado presentó en 2001 el Partido Popular, se pueden considerar empresas familiares a:

Las sociedades y las empresas individuales que desarrollen actividades económicas [...] o administren y gestionen participaciones directas o indirectas de sociedades que desarrollan tales actividades y que están participadas de manera significativa por un grupo familiar, en un grado tal que ostenta la capacidad de decisión sobre los aspectos más relevantes que le

conciernen a la sociedad familiar; actúa con vocación de continuidad, bajo una unidad de decisión y dirección, y en las que al menos un miembro del grupo familiar interviene de manera efectiva en la gestión de la empresa.

[...] la participación es significativa del grupo familiar si la persona de la familia detenta de manera directa o indirecta una participación igual o superior al 5%; y el grupo familiar formado por cónyuges, ascendientes, descendientes y colaterales hasta el 4º grado inclusive detenta conjuntamente, directa o indirectamente, una participación de al menos el 20%.

Lo anterior debe completarse precisando qué se entiende por familia empresaria: la Exposición de Motivos del RD 171/2007 (como se ha dicho, regulador de la publicidad de los protocolos familiares) la contempla como “Un grupo de personas que son parientes consanguíneos o afines entre sí”. Ello ha de tenerse en cuenta sin duda (como también la posibilidad de que titulares de la empresa sean “personas con una relación de afectividad análoga a la conyugal”).

Análisis del concepto. El concepto transcrito, descriptivo y amplio, hay que analizarlo a la luz de las enseñanzas de los estudiosos que se han ocupado del perfil definitorio de la empresa familiar.

Participación significativa del grupo familiar. La participación del grupo familiar ha de ser significativa, en un grado tal que ostente la capacidad de decisión sobre los aspectos más relevantes de la sociedad familiar.

A pesar de la relatividad que supone el criterio porcentual, siguiendo el criterio de la Ley del Impuesto sobre el Patrimonio, se habla del 5% respecto a un miembro de la familia y del 20% si se trata del grupo familiar. Desde luego

es posible tener el control societario con menos y con los porcentajes anteriores puede no conseguirse; y es que en el fondo se está considerando que la sociedad familiar no ha de tener su accionariado disperso (Sociedades “berle y means”). Y precisamente en el caso español (apunta José María Garrido) puede fijarse el umbral de las sociedades de accionariado disperso en aquellas en las que no existe ningún accionista que alcanza el porcentaje del 5% del capital social.

A mi entender, tales porcentajes deben considerarse (con Corbetta) como mínimos en líneas generales para estimar que el grupo familiar detenta una cuota del capital riesgo suficiente para asegurarse el control de la empresa. Se apunta así directamente a la dirección estratégica y al gobierno de la empresa familiar (Neubauer y Lank); o, dicho con Pfeffer, Cyert y March: el control de los votos lo tiene, vía propiedad, una determinada familia, lo que le permite gobernar la empresa. Y dentro de la familia, el grupo familiar es el conjunto de miembros de la misma, titulares, directa o indirectamente, de participaciones de la empresa familiar.

Unidad de decisión y dirección. Lo que se logra, sobre cuando generacionalmente van en aumento los miembros de la familia en la empresa implicados, por la vía del compromiso con la empresa familiar, del que debe ser demostración la existencia del llamado protocolo familiar.

Vocación de continuidad. Lo que enlaza con lo anterior y revela la fisonomía propia de las empresas familiares: ha de haberse previsto la sucesión familiar en la empresa (basada en la biología, no en las leyes del mercado), o al menos ha de existir ya un nexo de unión del presente con el futuro por la vía de la dirección y gestión familiar en la empresa

(y es que en lo íntimo de los empresarios familiares late la ilusión de conservar la empresa, consolidarla y transmitirla a las generaciones siguientes).

Intervención en la gestión empresarial. En las que al menos un miembro del grupo familiar interviene de manera efectiva en la gestión empresarial. Para Churchill y Hatten los dos últimos aspectos de la definición, debidamente ensamblados, marcan la impronta propia y nos revelan el auténtico perfil de la empresa familiar. Y es que (con Neubaur y Lank) hay que afirmar que la prueba de fuego para saber si hay empresa familiar es si la familia tiene o no la última palabra en la dirección estratégica y especialmente en el nombramiento del director general, sea o no miembro de la familia.

La actualidad. Ciertamente estamos lejos de aquella etapa en la evolución histórica de la empresa familiar en la que (como ha señalado Anéx-Cabanís) existía simbiosis total entre familia y empresa, al invertir aquella exclusivamente en ésta, proporcionándole además los cuadros dirigentes, pero sí ha de existir hoy por hoy un sustrato mínimo para considerar que la empresa es, en pura ortodoxia, familiar: el control por las familia-familias de la empresa por la vía del capital riesgo, la intervención efectiva de la misma en la gestión de la empresa y la vocación generacional de continuidad para el futuro, por la vía del compromiso de los miembros de la familia con su empresa.

La empresa familiar y su futuro. En la sociedad poscapitalista del siglo XXI la función del empresario no es sólo la de gobernar la empresa, es a la vez la de innovar: conocimiento imaginativo y acción para realizar nuevas posibilidades económicas en un mercado globalizado. Y necesariamente

aparece el concepto de liderazgo, como la posibilidad de influir en los demás a fin de conseguir unos objetivos prefijados. ¿El fin de la empresa no es el beneficio, el lucro?: no lo es, contesta Drucker. Es tratar de ser competitivo, no tanto en los precios cuanto en la eficacia, ello para triunfar en determinados sectores económicos; formar grupos de investigación de alta calidad, acumulando conocimientos y medios nuevos, aumentando su potencial de creación, inventando otros productos y abriendo nuevos mercados.

Por otra parte, se observa (como señala el mismo Drucker) que la dinámica del crecimiento de la economía se está desplazando del gigantismo empresarial a las PYMES, y éstas suelen estar controladas y dirigidas por los propietarios; por tanto —concluye— hay que estimular la cualidad de empresario y por ello apoyar a las empresas familiares, posibilitando su continuidad. La sucesión familiar en concreto es cuestión de interés público, de interés general. Así se explican también las especialidades de su régimen fiscal, en casos.

Y retomando la idea de la innovación dirá Drucker: para consolidarse la empresa familiar debe hallar su rincón ecológico específico, área-áreas en las que alcance la excelencia (Carol Kennedy destaca el valor de marca) y ha de contar con la estructura organizativa y gerencial adecuadas, pues la empresa de tamaño mediano es quizás la mejor dotada para la innovación eficaz.

Mas no se crea que hay que asociar la empresa familiar exclusivamente con las PYMES: Santana y Aguiar, utilizando la metodología de análisis de las llamadas cadenas de control, han mostrado cómo más del 50% de las empresas cotizadas españolas no financieras estaba controlado en el año 2002 por grupos familiares, y ello constituye una tendencia creciente desde 1996.

Realidades y a la vez exigencias, planteamientos de fu-

turo que tienen ante sí las empresas familiares. Y como voy a desarrollar aquí, la clave de fondo de su continuidad y consolidación reside, pienso, en el compromiso de la familia con su empresa.

La necesidad de tratamiento científico: los tres círculos

Del sistema de interrelación familia y empresa al sistema de los “tres círculos”. Partiendo de La teoría general de los sistemas (Von Bertalanfy), se ha elaborado en Harvard el modelo de empresas familiares a partir de dos sistemas interrelacionados, la familia propietaria y la dirección de la empresa familiar (Davis y Tagiuri).

Un paso más lo constituye el sistema o modelo de los tres círculos: familia, propiedad de la empresa y gestión, dirección-trabajo de la misma (Gersick, Davis, McCollom y Lansberg), que ha demostrado ser el más adecuado, por comprensivo de todos los intereses en juego, para plantear científicamente la problemática a estudiar respecto a la familia empresaria. Ello, completado en el factor tiempo, o más exactamente, con el de las eras, ciclos vitales o estaciones que marcan la evolución de la familia empresaria y de la empresa familiar (arranque, expansión, madurez; lo que se debe a Daniel Levinson fundamentalmente). Con lo que los tres subsistemas entre sí relacionados y a su vez contemplados a lo largo de las eras o estaciones por las que discurre la familia en cuanto empresaria y la empresa familiar configuran el llamado modelo evolutivo tridimensional.

En concreto, John Ward estudió la propiedad de la empresa por la familia, marcando las etapas o fases: de iniciación o del emprendedor, la empresarial conjunta (con hijos, con hermanos, con socios profesionales) y la de consorcio de primos, vislumbrando la figura del Consejo

de la familia empresaria y del protocolo familiar, con su necesario deslinde de los órganos sociales (Junta General, Órgano de Administración).

Y Churchill, Greiner, Kimberly... se centraron en el estudio de la empresa familiar por dentro: el trabajo y la gestión y la dirección; su evolución en el tiempo, según fases cíclicas destacables.

Así, los ámbitos o círculos familia-propiedad-empresa se han estudiado por separado, pero a la vez conjuntamente y todo ello conforme a las etapas, ciclos vitales, edades o eras destacables. Ciclos que no son exactamente iguales en la realidad concreta de cada familia empresaria, pero que tienen un punto de generalidad que permite su estudio con un planteamiento científico siempre que sea en términos no absolutos, sino flexibles, ajustados a la dinámica evolutiva de la familia y de la empresa.

Y llegados al siglo XXI, casi en sus umbrales, Casson ha dado un paso más al considerar el concepto del “motivo dinástico”, lo que le lleva a distinguir dentro de las empresas familiares, las dinásticas y las no dinásticas. El autor observa el sector de actividad adecuado a cada una y la influencia (adversa en las primeras si el peso de los dirigentes profesionales es importante) de los cambios de estrategia empresarial, así como muestra el resultado negativo para el devenir de la Empresa familiar si hay exceso del peso dinástico en las empresas que precisan de un alto grado de profesionalidad, como son las de alta tecnología, y las que exigen una base, más que artesanal, científica, y en las que la escala de producción óptima tiene que ser elevada.

Resultado: si se logra la simbiosis armónica. Consolidación. La familia y la empresa, dos universos con vida propia, y con fines por su naturaleza diferentes, son por de pronto permeables entre sí: la empresa familiar es un organismo

vivo, dinámico, un sistema complejo que se compone de un conjunto de subsistemas interdependientes (Borke-talter) por su porosidad, los cuales empíricamente se ha demostrado que cabe armonizar y mantenerlos imbricados sin que se devoren o fagociten. Todo ello a fin de lograr el máximo efecto sinérgico y el valor añadido que potencialmente es capaz de generar la empresa familiar, como la realidad muestra, y el análisis económico de la familia (Gary Becker) ha demostrado.

Cuando empresa y familia armonizan y la simbiosis se logra y se empasta en los ciclos vitales de la empresa familiar, ésta sigue siendo la misma, para ser sus elementos componentes los que cambian, se alteran, se transforman, son sustituidos, tanto en el aspecto personal, en el profesional y en los objetivos empresariales, como también en su estructura formal y jurídica. Y es que si el control empresarial (por la propiedad) y la intervención efectiva en la dirección-gestión los mantiene el grupo familiar, y ello con vocación de continuidad, la empresa sigue siendo familiar. Es fundamental no olvidarlo.

La plasmación legal del modelo de los tres círculos. Aunque sea solo un apunte es destacable que el RD regulador de los protocolos familiares en cuanto a la publicidad de los mismos (ya citado) consagra tal modelo gerencial en el derecho español: al definir aquél se refiere al “conjunto de pactos [...] sociedad no cotizada [...] para regular las relaciones entre familia, propiedad y empresa que afectan a la entidad” (art. 2).

El reto para los juristas: la configuración jurídica de la empresa familiar. El protocolo de la familia empresaria. Toca a los juristas no perder la perspectiva que se abre considerando el original entramado personal-familiar-empresarial que

descubre el sistema expuesto y configurar adecuadamente la empresa familiar, adaptando el Derecho a la iniciativa empresarial de las familias, según la etapa o ciclo vital en que se hallen. Apasionante tarea que recibe de entrada un reto: demostrado está el riesgo de que “el emprendedor crea la empresa, la segunda generación la mantiene y la tercera la hace (puede hacerla) desaparecer como empresa familiar” (“Síndrome de Buddenbrook”). ¿Puede evitarse con la configuración jurídica idónea?

La configuración jurídica de la empresa familiar

Una estudiosa de la materia, Ngo Ba Thanh, contemplando empresas familiares catalanas, ha podido afirmar: en la sociedad familiar el factor determinante, que es el personal, es esencial al nacer y sigue siéndolo durante la vida de la misma, tanto por razón de la mutua confianza como por la falta de ella con los extraños. El mantenimiento del *intuitus personae* no puede lograrse sin la vía de las limitaciones (y prohibición incluso) a la transmisión de las partes sociales, y en general sin una estructura flexible y una organización interna que sea reflejo fiel de aquel atributo típico que constituye su base.

Calando en el *substratum* personal existente en las sociedades familiares, enseñó Puig Brutau que en las sociedades de familia los socios se comportan en la gestión interna (entre sí) como socios colectivos (los anglosajones hablan en este sentido de sociedad personalista *inter se*), y es en el aspecto externo donde afloran la forma y los efectos propios de las sociedades anónima o limitada que se constituyen (coincidía De la Cámara). Y en esta línea dirá Vicent Chuliá que la sociedad familiar la crea una o varias familias, en una o más sociedades o grupo de ellas, y se

transmite en sucesivas generaciones, manteniendo unida la organización y valores familiares y la organización y gestión de la empresa.

Partiendo de lo expuesto cabe desarrollar algunos aspectos del perfil jurídico configurador de las empresas familiares.

Los factores personales y familiares a considerar. La premisa básica es que nos hallamos ante sociedades en las que los socios son familia y la actividad de la empresa familiar constituye el objeto social. Por lo que han de proceder con prudencia los padres en cuanto al momento de comenzar a dar entrada a los hijos en el capital (edad, estudios, necesidades económicas) y para darles entrada cuantitativa y cualitativamente (participación en el capital social; derechos económicos (dividendo) y políticos (voto). Y dar a cada uno lo suyo: ¿todos iguales en el capital social, cualesquiera que sean sus condiciones, cualidades, interés por la empresa, situación personal-familiar? El “interés de la empresa familiar”, rectamente entendido, es la guía: si no se atisba ilusión, proyección empresarial, cualidades al menos incipientes en hijos-hijas, el que “se quiera a todos igual” no obliga a que todos sean iguales en la empresa; para situaciones como las descritas debe estar la previsión del patrimonio familiar, sin el riesgo inherente al empresarial.

El ingreso gradual de los hijos hace que en los aumentos de capital social escalonados, unos sí y otros no los suscriban o asuman: la previsión en caso de existir protocolo familiar marcará el orden y preferencia, con la necesaria supresión del derecho de suscripción preferente o de asunción participativa en su caso (la concepción contractualista del “interés social” en las sociedades familiares apunta aquí el criterio exacto, a mi entender; en el mismo sentido, Alonso Ledesma).

Los socios son auténticos partícipes en la empresa. Los socios de las sociedades familiares son auténticos partícipes, interesados en la marcha de la empresa, y no meros inversores (Otero Lastres). O dicho con palabras de Cámara Álvarez: al menos al iniciarse su existencia son de hecho sociedades de trabajo, de todos o de la mayoría de los socios.

Tal afirmación supone percatarse de que son varias las consecuencias lógicas: en puridad no parece tener sentido considerar socio al que carece de derecho a voto. Ni lo tiene el que los socios puedan transmitir libremente sus acciones-participaciones sociales, lo que hunde sus raíces en el factor personal, esencial en la empresa familiar, que exige una sociedad acorde con el *intuitus personae*, una sociedad cerrada: ¿cerrada herméticamente, no tanto, hasta dónde, para quiénes; para toda transmisión *inter vivos* y *mortis causa*; y en el supuesto de liquidación de sociedad conyugal del socio casado? La sociedad anónima con acciones nominativas y más intensamente aún la limitada (por el enfoque legal y el juego dispositivo-estatutario) permiten respuestas ajustadas al caso real concreto. Pero siempre que los estatutos se adapten a la medida de cada supuesto, sin estereotipos ni prefórmulas, ni siquiera *pret à porter*.

Lo anterior lleva de la mano a una consideración fundamental para comprender el *substratum* íntimo que debe empapar a los socios de las sociedades familiares: la necesidad de que la propiedad en la empresa familiar sea una propiedad activa y en la que haya calado el principio de la funcionalidad. Con lo que se entra en el denso campo de la gobernabilidad de la empresa familiar. Ella exige ante todo que la Junta General se percate de que tiene y debe ejercer unas determinadas competencias no abdicables; lo que ahora sólo se apunta para luego verlo con detalle.

La gestión y la dirección. Y respecto a la gestión y dirección es lógico que en su inicio sean personalistas: pero a medida que se amplía el componente personal de socios y se ensancha la empresa familiar, el modelo ha de ser de trabajo en equipo y profesional, bajo la dirección estratégica del grupo familiar.

Afirmación como la anterior constituye un punto de partida a tener en cuenta, mas los matices y aspectos a considerar son muchos y además algunos interrogantes: ¿socio-gestor o sólo esto último; gestor familiar o profesional experto y extraño a la familia; y por qué no profesional y familiar; y la sucesión en la dirección y la gestión?, exigen atención por el jurista, como más adelante expondré.

El grupo familiar y la estructura holding. “Las sociedades que [...] administren y gestionen participaciones directas o indirectas de sociedades que desarrollan actividades económicas [...] y que están participadas de manera significativa por un grupo familiar”, dice la moción a la que he hecho referencia al tratar de la definición de la empresa familiar.

En la familia empresaria existo un conjunto de miembros que son titulares de participaciones y acciones en la sociedad-sociedades respectivas; si el número de miembros (socios-familiares) aumenta, potencialmente se hace cada vez más compleja la realidad de la empresa familiar. La estructura *holding* aparece entonces como instrumento eficaz, por de pronto por razones fiscales, pero no sólo por ellas, como trataré a continuación (Oltra Climent, contemplando la *holding* desde el punto de vista fiscal apunta que la estructura “peine” es inconveniente: muchos grupos familiares deben introducir una sociedad *holding* dedicada a dirigir y gestionar participaciones, entre los socios y las sociedades en las que éstos participan).

La organización corporativa a tres niveles, de estructura piramidal. En primer lugar, como premisa *sine qua non* aparece la familia propietaria. Sus miembros, personas físicas, son los que constituyen la sociedad *holding* cabecera del grupo empresarial. En este primer nivel del corporativo a la *holding* los socios familiares aportan sus acciones-participaciones en las distintas sociedades del grupo e integran el Consejo de Administración. Con lo que se entra en el segundo nivel de la estructura, el operativo: tantas sociedades (anónimas, limitadas) como actividades independizables y delimitadas existen en el *complexus* empresarial, y en las que al lado de miembros familiares trabajando-gestionando, no es infrecuente la existencia de extraños a la familia, tanto en la propiedad como en la gestión empresarial. Son las sociedades productivas, por tanto, las que desarrollan actividades económicas, para ser la sociedad *holding* la que exclusivamente gobierna a las mismas, como socio de las empresas operativas. Así, la familia empresaria es socio de la *holding*, participando en las sociedades filiales a través de la matriz, que es directamente socio de todas ellas.

La o alguna de las sociedades anónimas puede configurarse abierta si pretende acudir al mercado de capitales o emitir deuda para su financiación; la o alguna de las sociedades anónimas puede configurarse cerrada mediante cláusulas estatutarias y cabe desde luego configurar la o alguna de las sociedades de recursos limitados más o menos abiertas, dentro de los límites legales que parten de su carácter cerrado, pero tipológicamente flexible. Lo veré luego con detalle.

Lo expuesto suele ahormarse y completarse con la sociedad patrimonial de la familia: a ella se aportan los distintos bienes que se quiere salvaguardar del riesgo empresarial y esta sociedad es la que realiza inversiones financieras con separación e independencia de las actividades económicas,

de riesgo. Estamos ante la o las sociedades familiares de inversión (*family office*). El fin de la patrimonial del grupo es que exista una “caja fuerte familiar” (de ahí que la combinación con Sicav lógicamente es ya una realidad en la estructura empresarial del grupo familiar ahora en estudio).

En los niveles empresariales a que cabe llegar en y con la superestructura diseñada se observa cómo estamos ante empresas no centradas desde luego en una sola actividad, aunque sí concentradas en su mayoría entre dos y cuatro sectores principales. La estrategia consiste en combinar negocios de riesgo (de alto riesgo incluso) y altos rendimientos, con otras actividades más conservadoras y estables: la capacidad de reaccionar con rapidez ante las oportunidades que el mercado ofrece es importante, así como ante la evolución de los ciclos empresariales, de ahí la necesaria agilidad decisoria. Estrategia de diversificación que requiere experiencia, profesionalidad y desde luego evitar la presión del beneficio a corto plazo, lo que es una constante que se presenta como normal si existen socios externos.

Que los árboles dejen ver el bosque de la empresa familiar. Con la organización corporativa ahormada sobre la estructura *holding* se logra una superestructura que no afecta (no debe hacerlo) a la esencia de la empresa familiar. Todo lo que de instrumento beneficioso en el coste y en la autonomía y privacidad familiar con proyección facilitadora de la sucesión generacional puede tener la sociedad *holding*, no debe hacernos olvidar lo que en definitiva importa tener claro: que la empresa de la familia está viva, y en la lucha por la competitividad. Y a la vez que con la estructura *holding* nada ha cambiado en el *substratum*, pero todo tiene una dimensión diferente a estadios anteriores. Y es que, si como ha podido decirse con realismo “la empresa familia tiende al caos”, el nuevo orden diseñado trata de evitar

esa nefasta tendencia, haciendo ver a la familia empresaria la actual perspectiva, lo adecuado del cauce instrumental elegido y en definitiva el puesto de los implicados, su razón de estar y proyección en la empresa familiar.

Estamos ante una cultura de empresa y de familia empresaria que ha de abarcar a todos: al veterano patriarca-fundador, de modo que sepa ocupar el puesto que le corresponde y desempeñar el papel representativo asignado en su caso (usufructo empresarial, derecho de voto, embajador de la empresa familiar...), a su consorte (y en caso de viudez, su posible papel de regente, el de usufructuaria o por el contrario desconectada de la empresa, ya sea con usufructo no gerencial o incluso sin aquél), a los miembros de las diferentes ramas familiares: con propiedad o sin ella en las sociedades, con puesto de administrador o sin él, trabajando o no en las empresas de la familia propietaria; y también a los “adheridos” (cónyuges, sobrinos carnales y políticos del fundador). Y todo ello en su caso encauzado en el protocolo familiar, y vigilado, seguido en lo necesario, dirigido por el Consejo de la familia empresaria. Foto fija que visualiza uno de los supuestos que la realidad presenta en la dinámica de las empresas familiares vivas.

La sociedad familiar se vislumbra: el todo y las partes. La encrucijada de intereses familiares y empresariales: el gobierno corporativo. Se llega así a vislumbrar la sociedad familiar, que ahorma una estructura jurídica posiblemente compleja, máxime si la empresa es controlada por la familia de segunda, tercera generación. Conviene entonces sin duda encauzar aquélla en el protocolo y procurar que la necesaria unidad de dirección y decisión se canalice en y por el Consejo de la familia empresaria. La encrucijada de intereses familiares (contractuales, sucesorios) y empresariales (societarios) exi-

ge abarcar a todos ellos; pero yendo por partes. El todo representa el gobierno corporativo de la sociedad familiar, las partes voy a tratarlas a continuación.

La familia propietaria, estructura de gobierno de la empresa

La empresa es una organización en la que el gobierno, la dirección y la gestión están sujetas a la influencia significativa de una o más unidades familiares, a través de la propiedad y a través de la participación de los miembros en la gestión y dirección. Si cabe definir la empresa familiar con tecnicismo, con requisitos científicamente considerados (y así lo hice al comienzo), la anterior definición (de Rus Rufino) permite descriptivamente poner el acento en el gobierno y en la dirección-gestión. Voy a centrarme aquí y ahora fundamentalmente en el gobierno de la empresa familiar.

Qué significa gobernar la empresa familiar. Marcar la dirección. Ante todo, definir qué empresa se quiere y por ello la estrategia a seguir, y esto en todo momento (no se olvide lo que los expertos denominan: síndrome de la empresa grande).

Las decisiones estratégicas, a diferencia de los actos de gestión operativa, se dirigen *ad extra* y contemplan el medio, el largo plazo (¿ampliamos el campo de actividad de la empresa; salimos a bolsa, salimos al exterior; conviene esta *joint venture*, absorbemos?).

Las decisiones estratégicas (en una empresa estructurada con complejidad jurídica) tienen una dimensión proyectiva específica: en el nivel corporativo, con varios campos empresariales dentro del grupo; en el nivel negocial, em-

presarial concreto y dentro de cada uno; y por último en el funcional o de las áreas de cada actividad negocial-empresarial concreta (marketing, finanzas, operaciones comerciales). Todo ello se reduce en su complejidad si la estructura jurídica es más sencilla (sociedad unipersonal...).

Gobernar la empresa no supone gestionarla necesariamente, mas sí exige marcar la dirección a seguir, para que el gestor-equipo de gestión actúe en la dirección adecuada, conforme a la estrategia definida por quien gobierna. Y supone en íntima relación con lo anterior, controlar los objetivos marcados, su grado de cumplimiento efectivo. Y corregir el tiro, cuando no se acierta (Tom Peters). Se está entonces en la senda del buen gobierno.

Qué exige el buen gobierno de la empresa por la familia propietaria. Una familia: una familia fuerte, unida, comprometida con la empresa e ilustrada; que sepa qué es y hasta dónde debe llegar en el gobierno empresarial (Aronoff y Ward). Ello requiere:

Una familia comprometida: propiedad activa. Estamos ante empresas de trabajo, ante socios que viven la empresa dedicada a sectores de lo más variado, PYMES y mini PYMES en la mayor parte de los casos (microempresas, menos de diez empleados).

Y con una filosofía (la realidad así lo demuestra) de corte conservador en el costo (se prefieren en muchos casos actividades que en lo posible exigen poco capital, inversión escasa) y por ello de posible autofinanciación, a la par que buscando negocios de nicho (hablé ya del rincón ecológico específico), los que compiten en pequeños mercados mundiales. Mas no deben orientarse a actividades marginales; hay que buscar la excelencia y una posición de liderazgo, y ello permitiendo a la familia

mantener el control empresarial, y en lo posible sin poner en tensión su estructura financiera y su organización *ad hoc* (capitalización en comparación al reparto de dividendos de los otros tipos de empresas capitalistas; evitación en lo posible de aventuras arriesgadas; coeficiente bajo de endeudamiento para proteger el patrimonio familiar sobre el empresarial o de riesgo). Pero en todo caso no sólo son activos por su actividad-trabajo, es que como socios han de saber serlo igualmente: siendo conscientes de su derecho de información y del de asistencia a las Juntas, con voz y voto (alejados ya de la idea y querencia de las decisiones sin reunión de asamblea, sin merma desde luego de la necesaria, imprescindible, agilidad decisoria).

Estar interesados en la andadura social, de eso se trata. De ahí la conveniencia de que se precise con nitidez el ámbito competencial de la Junta General, deslindándolo de las competencias propias del órgano de administración (el art. 161 de la Ley de Sociedades de Capital da pie para comenzar correctamente a tener clara idea acerca de este fundamental aspecto societario); y a medida que el *complexus* societario se amplía y la profesionalización del órgano de administración se hace realidad, (el) los objetos sociales deben ser específicos, ceñirse al ámbito empresarial para el que se acota la inversión patrimonial a realizar, por lo que (sin exageraciones agobiantes) la delimitación clara del objeto marca las competencias de cada órgano: el de gobierno y el de administración (la resolución de 25 abril 1997, “Solán de Cabras”, es ilustrativa en el sentido que he querido dejar aquí claro, por su importancia en y para las sociedades de familia). Y conviene preguntarse: ¿refuerzo estatutario del quórum para modificar, para ampliar el objeto social?

Conscientes del calado de lo que supone el gobierno de la sociedad, ¿no convendrá fijar en los estatutos la com-

petencia exclusiva de la junta para determinados acuerdos de la sociedad familiar: apertura, traslado, cierre de sucursales; traslado del domicilio social dentro del territorio nacional; distribución de cantidades a cuenta de dividendos si de anónima se trata. Y la retribución del administrador-administradores, el sistema, cuantía, modalidades; así como la prestación del “alto directivo” en su caso.

Y el voto: ¿todos los socios igual? Si de sociedad limitada hablamos, ¿socios con mayor número de votos? Y en todo caso, ¿acciones-participaciones sin voto?: pensemos si conviene la existencia de socios con derecho a mayor dividendo pero sin que derecho a votar ostenten (porque no les importa, sólo les interesa la inversión productiva; porque no conviene a la sociedad que vote ese socio determinado que se mantiene como socio, al menos nominalmente: uno de los hijos por ejemplo, Rodríguez Artigas). Piénsese también en el usufructuario con derecho a voto (el fundador, su cónyuge; en la senectud pero controlando decisiones importantes de gobierno).

Cultura empresarial familiar que va lográndose ingresando en la sociedad viviéndola por dentro, conociendo el entramado íntimo que en la familia empresaria anida.

Una propiedad interdependiente. Entreverada en la confluencia de personalidades y caracteres de los socios, pero tomando conciencia de la prevalencia del interés “familiar empresarial” sobre los personales, individuales.

Imbricación que es la guía y norte para decidir: el reparto de beneficios como dividendos y su distribución (la empresa ni es la despensa con puerta abierta para cada comensal, ni debe ser —salvo que exista razón justificada— la cámara acorazada que no ve jamás la luz). La separación (no fácil pero absolutamente vital para la consolidación) entre ser propietario y gestionar la empresa: la gestión ha

de depender de los méritos, ha de estar profesionalizada (lo que no quiere decir que tengan que ser profesionales externos en todo caso los gestores; significa que quien quiera llegar a dirigir ha de ganárselo por méritos). De ahí los requisitos que deben plasmar los estatutos sociales para ser administrador (el)los miembros de la familia propietaria, basados en el principio de la meritocracia, siempre.

Y el poder de instrucción: que la junta no agobie al equipo gestor, pero sí que tenga la facultad (y la ejercite) de impartir instrucciones a aquél o de exigir que recabe su previa autorización para aquellos asuntos de gestión que se consideren de importancia. El citado artículo 161 LSC, con realismo, así lo regula y sin duda cabe considerar su posible previsión estatutaria también si de sociedad anónima se trata.

Poder controlador que cabe combinar con la existencia de miembros de la familia dentro del seno del órgano de administración junto a los profesionales externos. Estamos ante variaciones que giran alrededor de la separación: gobierno-gestión, pero a la vez se trata de su necesaria armonización combinada y de la participación de los miembros familiares en la administración, en aras de la adecuada puesta en práctica de la política empresarial en la realidad viva y vivida de las familias empresarias.

Una propiedad funcional. Una propiedad funcional, como consecuencia de lo que estoy exponiendo. La función superior a la simplemente individual que ha de cumplir se plasma además en decidir correctamente cuestiones como: ¿quién-quienes, cuándo, y con qué peso específico, socios de la empresa-empresas familiares? Y, ¿acaso podrá disponerse libremente de las acciones-participaciones o por el contrario habrán de existir límites o restricciones, intensos en muchos supuestos, para la transmisión, tanto entre vivos

como *mortis causa*? Lo que habrá que prever respecto a los cónyuges de los socios familiares (para en caso de liquidación de la sociedad conyugal). Y distinguiendo (si de empresa familiar ya en consorcio de primos nos hallamos) las distintas ramas de la familia a efectos de fijar derechos de adquisición preferente dentro de cada una de ellas... Y no olvidemos ni los requisitos para ser administrador, ni las causas estatutarias tanto de separación como de exclusión de los socios familiares. Y es que (como ha podido decirse) el socio en las empresas familiares ha de percatarse, ser consciente de que su compromiso es con ella misma, para en definitiva legar una empresa más consistente a la siguiente generación.

Lograr la responsabilidad dominical: una propiedad responsable. En definitiva, con los requisitos expuestos cabe afirmar que, si se cumplen, estamos ante una propiedad responsable (Carlock y Ward), y ante una empresa en la que los principios y valores de la familia empresaria rigen su organización y su estilo de gestión. Estos llevan a que cabe en sus componentes lo esencial: considerar que su empresa hay que tratarla de modo que se transmita generacionalmente más fuerte y robusta potencialmente.

La dirección de la empresa familiar.
Su gestión. Introducción. En la línea del sistema de los tres círculos

Propiedad de la familia empresaria y dirección-gestión de la empresa familiar son (con el trabajo en ella) columnas sobre las que gira el *complexus* del sistema; pilares basilares que posibilitan la continuidad, o llevan a la vida mortecina y posiblemente a la desaparición de la actividad empresarial.

La familia propietaria, por lo que a la dirección y la gestión se refiere, tiene la carga de marcar la dirección empresarial, así como nombrar y separar al gestor y desde luego controlarlo. Ello ha de estar guiado por un concepto, el de la profesionalidad, que es unívoco: no por ser familiar y propietario hay que considerar que se tiene derecho a dirigir y a ser gestor; estas funciones han de depender exclusivamente de los méritos. Dicho con otras palabras de Bell: el capitalismo familiar tradicional ha de ser reemplazado por el gerencial, basado en la meritocracia, en el talento educado. Partiendo de esta premisa, voy a centrarme en determinados aspectos, los más destacables de la dirección y de la gestión de la empresa familiar.

Familia propietaria y gestión: la imprescindible profesionalización.
Si en el seno de la empresa familiar se ha diseñado el perfil exigible en este aspecto: edad mínima; preparación técnica o titulación profesional; experiencia previa y externa a la empresa, pertenencia a la familia con más o menos proximidad de parentesco al fundador; la necesidad de ser socio, y en este caso, si ha de serlo con una cierta antigüedad o con determinada entidad y peso, los requisitos para ser administrador (o dejar de ser administrador, en su caso: así, la edad máxima, para evitar la gerontocracia), en los estatutos de la(s) sociedad(es) deben plasmarse.

Exigencias que no serán de aplicación (al menos por lo que respecta a determinados requisitos) a los administradores no familiares, al no ser familia. Pero requisitos y exigencias profesionalizadoras a aplicar también (no se olvide) para que los miembros de la familia trabajen en la empresa.

Cabe asegurar que los protocolos familiares cuidan estos aspectos, máxime cuando lo que se está proyectando en el horizonte de futuro es la posible sucesión familiar en la dirección empresarial, sin olvidar la gestión. Hay que

convenir con Esteban Velasco que es práctica habitual que las familias con un porcentaje significativo de la propiedad tengan a miembros de las mismas en el Consejo de administración, así como Viera González que en las PYMES familiares frecuente es la confusión interorgánica. Ciertamente, pero también lo es que el asesoramiento de los expertos y la cultura de las familias empresarias (a medida que aumentan las generaciones) hace que se vaya logrando la separación propiedad-gestión, y que se considere imprescindible la profesionalización de ésta. Las exigencias estatutarias, sólo esbozadas (como otras que cabe apuntar: la prestación accesoria del socio consistente en la obligación de desempeñar el cargo de administrador de la sociedad, por ejemplo), van por este camino, proyectándose hacia la continuidad y la consolidación de la empresa familiar.

La continuidad de la empresa familiar: su dirección y gestión. Planteamiento fáctico: cantera familiar: trampas, familismo.
Si contar con buenos dirigentes es difícil para cualquier empresa, en la empresa familiar hallarlos en las siguientes generaciones constituye el reto mayor.

Los expertos en teoría de la empresa ponen de relieve que en principio tiene ventaja la empresa familiar que cuenta con “personas de la cantera”, la que tiene dirigentes familiares, como a la vez se expone el peligro claro de “dejarse llevar por el corazón”, en contra del criterio que ha de prevalecer, el del mérito, la profesionalidad, como ya he señalado; pero en estos momentos lo que se debe resaltar es que una de las raíces profundas del problema de la continuidad de la empresa familiar está en empeñarse en la continuación generacional en la dirección de las mismas. Se cae en la trampa (Gallo) de confundir propiedad y gestión. Más aún: se da por hecho que (el) los hijos han de seguir el camino de sus padres, sin alternativa. No supone un *flatus*

vois afirmar que la mayoría de las causas de enfermedad y defunción de la empresa familiar son familiares, no empresariales puras, y el punto débil expuesto está entre aquéllas y en lugar destacado (Fukuyama denomina “exceso de familismo” a lo que estoy diciendo, para afirmar que es muy propio de la idiosincrasia familiar empresarial de países bañados por el Mediterráneo).

El iter de la sucesión en el management de la empresa familiar. Hasta ahora prácticamente no he empleado la expresión anterior, pero ha llegado el momento de afrontarla: la muy variada terminología empresarial (directivo, director, gerente, ejecutivo, líder...) no se compagina con la jurídica mercantil y a su vez tanto una como otra emplean la palabra gestión. ¿Acaso el término *management* resuelve la dicotomía existente? A mi juicio, y es lo que quiero poner de manifiesto, hablar de continuidad y sucesión de la empresa familiar exige plantearse la sucesión en la dirección de la misma y ello considerando que, sin confusión, hay que tratar tanto de lo que supone dirigir la empresa como gestionarla. Preciso lo anterior voy a tratar de la continuidad generacional en este ámbito.

El *iter* señalado supone un proceso en el tiempo y como tal ha de estructurarse: tiene su inicio (¿cuándo y cómo deben comenzar los hijos —y cuáles de ellos— a asumir responsabilidades en la empresa?); debe tener continuidad (¿competencias y atribuciones; de qué orden, solo, tutelado, compartidas?, sin favoritismos ni nepotismo; por el contrario, tratando de alumbrar capacidades, poniendo a prueba la valía); hasta el momento del adiós: si se produce la jubilación del fundador, el relevo del patriarca exige una cultura propia que no se logra *in promptu* y que aun adquirida, llevarla a la práctica necesita habilidad, prudencia y tiempo. Sonnenfeld ha descrito acertadamente rasgos tipológicos de

creadores de empresa familiar cuando la jubilación llega: la actitud de monarca, la de general, la de gobernador, la de embajador. Servan Schreiber ha dibujado también la fisonomía de distintos hombres de empresa y su actitud ante, frente, contra la empresa que crearon, la han tenido como “la perla más valorada”, para luego llegar incluso a atacarla ferozmente. El resultado lo sufre la empresa y desde luego la familia.

El gran reto: la sucesión en la dirección. El posible liderazgo. Sí, es el problema por antonomasia (H. Simon). Y es que la cultura propia de los empresarios familiares va precisando quién conviene, “en interés de la empresa familiar”, que tenga o no acciones-participaciones sociales y las cargas que la propiedad conlleva, pero gobernar no lleva implícito saber dirigir y gestionar; ser propietario comprometido, responsable y activo, no implica dirigir y gestionar con acierto. ¿Entonces? Ciertamente existen medios para, con visión de futuro, prever la sucesión en el *management* empresarial: ir tomando la medida de la valía de los que cualidades apuntan (“cultivar personas” en la empresa, dice Weber) y la planificación sucesoria ante todo, como he señalado; la regencia por el cónyuge del fundador si éste fallece prematuramente; el gerente puente en su caso y... la actuación continuada que supone el saber estar en el seno del Consejo de Administración y a la vez que sea el gestor el que actúe en el día a día, profesionalmente.

¿Y qué es saber estar en el Consejo? es estar en él para orientar, motivar, marcar metas, en suma dirigir en lo necesario al gestor o al equipo de gestión, e incluso llegar a liderar la empresa. Últimamente se subraya como misión principal de los Consejos supervisar y controlar a aquél (expresiones utilizadas por el llamado Informe Olivencia respecto a las sociedades cotizadas). Cierto, pero no basta.

No debe, en la empresa familiar al menos, ceñirse a la misión de control y de vigilancia: si en la empresa familiar hay “personas de vértice” (en expresión de Loprete) aquí han de demostrarlo; y si se trata de miembros de la familia, que de este modo “intervienen de manera efectiva en la gestión de la empresa” (recuérdese lo que expuse al tratar del concepto y de la estructura de la empresa familiar, y en sede de su gobierno al hilo de “impartir la junta instrucciones al órgano de administración o someter a autorización la adopción por éste de decisiones o acuerdos sobre determinados asuntos de gestión”), la conexión propiedad-dirección-gestión puede asegurarse mediante éste (éstos) “*servant leadership*” (expresión fecunda de John Ward, quien recoge el perfil del líder empresarial, frente al que es gestor sin más, dibujado por Zaleznik; 1977 y 1989). Desafío pues para los miembros más capaces y laboriosos de la familia; los otros... deben ser sólo inversores externos (Drucker).

En definitiva, que sin perjuicio de que la Junta asuma un papel importante en la gestión respecto a asuntos de trascendencia (vía art. 161 de la LSC, como ya expuse), aquella gobierna más intensa y extensamente si marca la dirección empresarial, y luego por la vía del órgano de administración, integrado por familiares y profesionales externos en su caso, se dirige y se controla la actuación del gestor-equipo de gestión (y es que un ejército en tiempo de paz se mantiene [dice Kotter] con una buena administración y una buena dirección en los diversos niveles jerárquicos, combinada con un buen liderazgo en los superiores; pero en época de guerra se necesita un liderazgo competente en todos los niveles; en medio de una batalla no basta gestionar con eficacia a los soldados, es necesario liderarlos; pero cuidado con la atracción del magnetismo personal, debe añadirse).

La profesionalización de la gestión. Plasmación jurídica en las sociedades familiares. Se ha expuesto el término y su significado (profesionalización), se ha resaltado el énfasis a poner en la meritocracia, se ha considerado (con Bell) lo que de prioritario tiene el “talento adecuado”. Pero en el organigrama societario de la gerencia, ¿ha de ser preferente el sistema de administración corporativa sobre todo cuando las generaciones familiares, la complejidad empresarial aumentan?; ¿deben combinarse los administradores familiares y los profesionales externos?; ¿qué conviene más: consejero delegado, gerente, directores generales, comisión ejecutiva, apoderamientos (amplios, generales; concretos, específicos, profesionales)? Interrogantes que, a título enunciativo, hay que plantear y deben recibir respuesta a la vista del tempo en que la empresa familiar se encuentra y en previsión de las futuras (a corto plazo, al menos) circunstancias. Detengámonos en puntos específicos a resaltar, dado que se ha tratado el sistema organizativo de administración colegiada en la sociedad anónima, lo que aquí expongo es comprensible.

Administradores indistintos. Administración conjunta o mancomunada. Si, como acaece en el inicio empresarial con frecuencia, el sistema es de administradores solidarios o indistintos, puede convenir que (con alcance al menos interno, como permite el derecho vigente) para determinados asuntos de importancia tengan que actuar aquéllos conjunta o mancomunadamente; así: para convocar la junta, emitir el informe de gestión, y también para presentar las cuentas anuales. También es factible y con idéntico alcance interno ceñir la representación con la distribución de las facultades (así, por zonas geográficas, sectores de actividad o según el criterio considerado adecuado en la organización empresarial de que se trate).

Combinaciones factibles: administradores conjuntos. Poderes de representación. En el supuesto de que la estructura estatutaria de sociedad limitada sea de varios administradores conjuntos (dos o más, por lo tanto), el poder de representación ha de ejercerse mancomunadamente por dos de ellos al menos, y ello en la forma estatutariamente determinada (art. 185.3.c del Reglamento del Registro Mercantil). Pero téngase en cuenta que es factible que los administradores conjuntos se nombren recíprocamente apoderados indistintos de la sociedad (con lo que cada uno está autorizando al(a los) otro(s) mientras no revoque el poder; así lo ha entendido la Dirección General de los Registros y del Notariado, en Resolución de 12 septiembre 1994). La utilidad de este medio parece evidente; piénsese si los dos administradores conjuntos-apoderados indistintos son los dos únicos socios (marido y mujer, por ejemplo) de la sociedad familiar; o padres e hijos administradores conjuntos se conceden poderes a todos o a algunos de ellos indistintos, con facultades de carácter ordinario.

Órgano de administración colegiado: consejo de administración. Recomienda sir Adrian Gadbury: si en la empresa familiar el fundador o un grupo familiar reducido ya no pueden gestionar efectivamente, debe establecerse un consejo de administración.

Partiendo de un órgano colegiado, la representación conforme a la ley corresponde al propio consejo, que ha de actuar colegiadamente, pero los estatutos pueden atribuirlo, además (no privando por tanto a aquél) a uno o varios miembros del consejo, y ello a título individual o conjunto (art. 185.3.d Reglamento del Registro Mercantil). El Reglamento prevé también la posibilidad de que la delegación de facultades se haga de forma mixta (cuáles solidarias y cuáles mancomunadas; art. 149).

Si el consejo de administración confiere apoderamientos, puede hacerlo de múltiples modos y con diferente nomenclatura: director general, director o directores técnicos, gerentes, apoderamiento a terceros para realizar determinados negocios, gestiones o actividades. Debe ponerse con todo de manifiesto (como ha señalado Sales Climent) que lo anterior no ha de suponer de hecho una abdicación del órgano social en sus funciones (subjektivamente ha de procurarse que el órgano de administración se mantenga activo, lo que se presupone si el poder general se otorga a uno de los administradores). Lo que no es confundible con un consejo de administración familiar (en el que están las distintas ramas familiares en su caso) y que controla y vigila al profesional o profesionales que, como consejeros delegados, gestionan el día a día social.

Combinaciones posibles respecto a la duración de los miembros. Cabe considerar la conveniencia de nombrar a unos consejeros por un plazo menor de ejercicio que el de otros miembros del Consejo (que incluso han podido ser indefinidamente nombrados); ello porque se nombran para gestiones concretas de duración prevista inferior a la habitual, o porque se quiere poner a prueba su pericia en los negocios sociales o se trata de... (en este sentido, resolución DGRN 26 marzo 2002 [RJ 2002, 6190]). Teniendo además en cuenta que, como la realidad demuestra, respecto a la toma de decisiones importantes por el órgano de administración, puede no ser conveniente su delegación, a fin de asegurar las decisiones colectivas, corporativas.

Combinación de órgano y representación voluntaria. En último término, hay que poner de relieve la posibilidad de combinar la representación orgánica y la voluntaria caso de

existir Consejo de administración y consejeros delegados. Y es que es factible que dos consejeros delegados otorguen poder al tercer consejero delegado mancomunado, pues la conjunción (mientras el poder no sea revocado) existe indudablemente (Resolución 30 diciembre 1996). Otra debe ser con todo la respuesta, si alguno de los administradores indistintos o el administrador único se quiere conferir poderes a sí mismo (Resolución 27 febrero 2003)

La estabilidad en el cargo de administrador. Principio legal de la libre revocabilidad. Éste es el principio legal tanto para las anónimas como para las sociedades de responsabilidad limitada (la separación *ad nutum*) y es que es la junta general la que, acorde con el interés social, organiza la gestión como estima conveniente y por ello puede terminar con la relación de confianza que liga al administrador con la sociedad, decidiendo su separación en cualquier momento.

¿Plazo de preaviso; exigencia de justa causa; blindaje del cargo? Me interesa resaltar el punto concreto, pero decisivo, de la supresión actual del llamado gerente estatutario (el designado “como condición expresa del contrato social”; Código de Comercio en sede de sociedad colectiva): ha pasado a mejor vida (en expresión gráfica de Embid Irujo) la posibilidad de dar cauce de participación social por esta vía a quienes lo que pueden aportar fundamentalmente es su trabajo y su experiencia y reclaman estabilidad en su función (A. Bercovitz).

Ciertamente (y si bien lo han apuntado como factibles otras posibilidades, incluso la de la prestación accesoria por un aportante de capital escaso), le sobra a la Ley (decía con acierto Iglesias Prada ante el Proyecto de Limitadas de los años noventa) la prohibición de elevar por encima de la proporción de los artículos 56-71 la mayoría requerida para acordar la separación de los administradores, lo que de

modo particular en las empresas familiares impide alcanzar un alto grado de estabilidad en el desempeño del cargo de administrador semejante a la figura del Código de Comercio señalada.

Lo anterior exige con todo exponer (con Esteban Velasco) una matización a la crítica señalada: la posible previsión estatutaria del reforzamiento del quórum, hasta donde el artículo 223 de la LSC permite (si es que ante el tipo o forma social de Limitada nos hallamos) para separar de la sociedad a alguno o a todos los administradores. Es claro que (como advierte Alonso Espinosa) si un determinado socio o socios controlan el número de votos suficientes, se aseguran sin duda la estabilidad en el cargo de administrador.

¿Conviene blindar el órgano de administración? Pero ¿En qué sentido? En las sociedades familiares conviene prever un cierto blindaje del órgano de administración para dificultar el acceso de socios extraños al grupo familiar: por un lado, en el protocolo familiar puede establecerse el derecho de cada rama familiar a elegir un representante en el Consejo de Administración, y desde luego el establecimiento estatutario de limitaciones subjetivas para ser elegido miembro del Consejo logra el objetivo propuesto (así, poseer un número determinado de participaciones sociales durante un cierto número de años, las cuales, además, no podrán transmitirse durante cierto tiempo; haber sido socio durante un número mínimo de años anterior a la designación como consejero, o bien exigirse que se tenga al menos una determinada edad).

Aparte lo anterior, solo apunto la conveniente previsión reguladora en los estatutos del régimen de organización y funcionamiento del Consejo (art. 185.5 RRM).

Recordando el deslinde competencial. Un apunte práctico. El recuerdo es el del ámbito competencial de la junta general y del órgano de administración. El apunte práctico, el de la conveniencia de explayar estatuariamente las facultades de éste, así como los límites, prohibiciones, necesidad de autorización para... ¿Acaso esto es eficaz ante la postura contraria a la constancia registral de las facultades por mor del actual RRM? Sin duda alguna. Ante y sobretodo importa deslindar las competencias de la Junta y del Órgano de administración; es fundamental: las facultades de éste se enmarcan dentro del objeto social; si éste se delimita, el contenido facultativo de aquél queda a su vez delimitado y con ello se perfila el ámbito competencial del órgano soberano, la Junta General. No debe dejarse esto a la confianza en el buen hacer, a...

Ejemplos prácticos de la imprescindible delimitación competencial de los órganos parece necesario, al menos, apuntar uno reciente: en una sociedad anónima familiar, la administradora otorga un poder con facultades dispositivas a un hermano; ambos socios.

La junta general cesa a la primera y a continuación el apoderado vende la finca donde están instaladas las naves industriales donde la sociedad anónima desarrolla las actividades que constituyen el objeto social.

En la escritura pública de compraventa se hace constar que “el poder no esté inscrito en el Registro Mercantil”.

El precio pactado en la escritura es tres veces inferior al valor del mercado, queda aplazado durante años y sin garantía alguna.

El Tribunal Supremo, en su sentencia 12 de marzo de 2012: es nula la compraventa por simulación pues el apoderado ha actuado fraudulentamente, en connivencia con la sociedad compradora. Existe mala fe, no habiendo actuado el mandatario como un buen padre de familia.

Tengo claro que el órgano administración carece de competencia para vender las instalaciones con las naves industriales... por lo que el apoderado no las tenía. Pero el “nadie da lo que no tiene” debería haberse considerado expresamente. ¿Dónde? En el nombramiento del órgano por la junta, ante todo. Exceso de confianza, exceso de familismo, que en plano jurídico debe impedirse.

El gobierno de la familia empresaria: la junta o asamblea familiar y el comité consultivo familiar

La Comunicación Europea sobre la transmisión de las PYMES, Bruselas 2002, señala que “convendría crear una estructura, como por ejemplo un foro familiar, que permita debatir con franqueza los asuntos relacionados con la sucesión antes de elaborar el plan de sucesión (en éste —termina diciendo— deberá quedar resuelta la sucesión y la continuación de la empresa)”.

La asamblea familiar o junta familiar. ¿Ante qué estamos? Sin perjuicio de que en el seno de la familia empresaria compleja, extensa, de segunda-tercera generación ya, exista una asamblea o junta familiar integrada, desde luego, por todos los miembros consanguíneos de la familia, a la que se informa al menos periódicamente de la marcha de la empresa y específicamente de asuntos de extraordinaria envergadura, interesa resaltar que “el grupo familiar ha de actuar (como ponía de manifiesto la moción que en el Senado presentó en 2001 el Partido Popular) bajo una unidad de decisión y dirección”. Y es que la realidad de las familias empresarias muestra que, a medida que aumenta el número de componentes, de ramas y estirpes, la unidad se presenta más compleja de lograr y más difícil de mantener.

Para armonizar los distintos intereses, evitando su enfrentamiento; para fijar el papel que ha de desempeñar en la empresa la familia, logrando la necesaria unidad de dirección y decisoria, y para encauzar la sucesión empresarial, está esta estructura de gobierno *ad hoc*, de carácter consultivo y a la vez para la familia empresaria decisorio: el consejo o comité consultivo familiar, en el que deben estar representadas todas las ramas familiares con propiedad en la empresa y con el lema, cada miembro un voto en sus reuniones formales, previamente convocadas y que debe contar con algún experto en empresas familiares, a la familia empresaria ajeno.

El consejo de la familia empresaria. Sus funciones. Hoy el RD 171/2007 ha modificado los artículos 124 y 185 RRM con el fin de facultar a las sociedades familiares para el establecimiento, vía estatutaria, de la Junta y del Comité Consultivo de familia (al regular la publicidad de los protocolos familiares).

Señaladas las características generales de la asamblea, voy a destacar las funciones propias de consejo o comité de la familia empresaria.

Aprender a ser un buen propietario de y en la empresa familiar: en la propiedad y en su gestión y dirección. Aprender a ser propietario de y en la empresa familiar: propiedad que ha de ser activa, interdependiente y funcional (“el interés de la empresa familiar”, como prevalente), como ya se ha analizado antes y es que en el Consejo Consultivo se ha de decidir los asuntos clave de la propiedad familiar (Koenig).

Estamos ante una cultura específica, de la que hay que empaparse: Los socios familiares que integran el comité familiar han de preparar sus reuniones y ser asistentes activos. Asumir el compromiso con la empresa familiar

que se plasme en el protocolo será el paso lógico si en el comité se ha aprendido a ser buen propietario (H. Simon), y el buen gobierno de la sociedad de familia se instaurará lógicamente (rechazo del nepotismo y de los choques generacionales, cultura de profesionalidad en la gestión y en la dirección, como apunta Gomá Lanzón; así como la necesaria inversión en formar a los miembros de la familia, capital social en expresión de Fukuyama, entre las familias empresarias con solera [dice Gallo] nunca dejan en el olvido).

Y el protocolo va tomando cuerpo, es claro que el comité familiar ha de ser protagonista, ha de tener parte activa en su redacción y desde luego en hacer que se viva y se cumpla en su letra y en su espíritu (se habla de la “misión despertador” del protocolo, si dormido está o somnoliento; y por Oltra Climent de que el consejo o comité consultivo de la familia es el custodio del protocolo familiar).

Si lo anterior se realiza, las modificaciones, periódicas revisiones y puestas al día del protocolo (“chequeos”), conformarán la empresa familiar al inmediato futuro y con visión de alcance, tanto respecto a las necesidades de los propietarios, como en cuanto a las perspectivas de ingreso y/o salida de familiares en los puestos de trabajo, y también respecto a la gestión, posibilitando el equilibrio necesario de los propietarios respecto al gobierno empresarial, y desde luego previendo la sucesión en la empresa familiar (en el comité debe definirse el perfil exigible al delfín en la empresa familiar de corte monárquico, al socio líder [*servant leadership*], al sucesor en la dirección y en la gestión de la empresa familiar en su caso o al que va a estar al frente del consejo de administración de la sociedad-sociedades de la familia, sin confusión con la propiedad empresarial, desde luego).

Hacer el seguimiento del patrimonio familiar. Previsiones. Misión del comité familiar es también decidir y hacer el seguimiento del patrimonio familiar, separándolo del patrimonio empresarial o de riesgo y adoptando para aquél la configuración y estructura jurídica más adecuada (sociedad *holding*; comanditaria por acciones, SICAV, en su caso fundación...). Estamos ante las decisiones familiares estratégicas, la primera, saber qué tipo de empresa se quiere, para centrarse en ella, pero a la vez guardar reservas para la familia. Y es que cada familia tiene su problemática: hijos que no quieren o no pueden, o no conviene que tengan propiedad en la empresa familiar (recuérdese el(los) supuesto(s) fáctico(s) a los que cabe acudir, para la conservación de la empresa o en “interés de la familia”, por el testador en la partición hereditaria, caso de una explotación económica o para mantener el control societario, ex artículo 1056.2 del Código Civil; los supuestos de hijos con proyección vital alejada de la empresa familiar o con difícil conciliación entre ésta y su familia; o los casos de discapacidad, ludopatía, drogadicción, alcoholismo, patologías matrimoniales-familiares). Y la indudable conveniencia de que “no todos los huevos estén en el mismo cesto”, así como la previsión que asegure “el retiro del patriarca”. Sin olvidar los ideales filantrópicos de la familia empresaria; digo más: la conveniencia de lo que Víctor Pérez Díaz llama estrategia familiar de filantropía económico-social contribuyendo en lo posible al esfuerzo en I+D+i, que en España sigue siendo escaso.

Hay que impulsar el mecenazgo empresarial: Estados Unidos sigue marcando la pauta. Y la lucha familiar: lo que los americanos llaman abreviadamente MIM (*money for independent management*), de modo que —por ejemplo— la primera y la segunda generación entregan *money* a miembros de la tercera para ver hasta qué pun-

to “vuelan por su cuenta”. Y sin olvidar el fondo de liquidez o bolsín familiar, a fin de prever la separación o la exclusión familiares. ¿Son demasiadas provisiones?, todavía caben más, depende del calado y de la complejidad de la familia empresaria (así cabe aludir a los “fondos internos de autofinanciación” para atender necesidades puntuales de miembros de la familia; y en otro ámbito, al fondo de rescate de acciones familiares por la empresa y al fondo de financiación de programas para los jóvenes emprendedores familiares).

No confundir familia y empresa. La empresa ha de ser dirigida y gestionada con profesionalidad, empresarialmente y por sus órganos *ad hoc*, mientras que la vertiente emocional, los sentimientos, son propiedad de la familia y por ello han de tratarse en este foro: el Consejo familiar (con su código de conducta asimilado en su caso) ha de saber ser el depositario de las emociones de la familia empresaria; de los distintos intereses, a veces encontrados y también de sus trapos sucios, para lavarlos en las sesiones a puerta cerrada del consejo, sin que contaminen a los órganos sociales, sin que infeccionen al Órgano de administración empresarial, considerando siempre el interés de la empresa como prevalente. Y es que la empresa ha de estar bien dirigida, lo que exige que la familia empresaria lo esté ineludiblemente, sin confusionismo competencial y respetando las esferas de actuación. La polivalencia del comité familiar, por tanto, no ha de suponer nunca invasión de territorios ajenos.

El hilo directo del consejo familiar con el órgano de administración de la empresa. Lo anterior alerta para no confundir al destinatario de lo que estoy exponiendo: estamos ante un órgano bisagra entre la familia y la empresa. Debe ser por ello la familia empresaria quien designe a los miembros

del consejo consultivo. Si el RD regulador de los protocolos familiares, de 2007, obliga a determinar en los estatutos sociales —caso de que se quiera crear tal órgano— si la competencia para su nombramiento y su revocación es del consejo de administración o de la junta general, mi respuesta es que ha de ser la junta (lo que no obsta a que puede existir confusión interorgánica a pesar de estar ya ante empresas familiares complejas) —dice la disposición citada— porque no pretende ir más allá, pero debería haberlo hecho: más que la Junta, es la familia empresaria cuya representatividad se plasma en aquélla o en aquéllas, pues no hay por qué hablar en singular ante la plural composición societaria que puede existir dentro del *complexus* de la sociedad familiar.

“Las concretas competencias consultivas o informativas del mismo” dice el RD citado al dar nueva redacción al artículo 124.2.d del RRM. Con lo que los estatutos deben especificar cuáles, sin perjuicio de aconsejar que se ciña el ámbito consultivo a lo que marca la dirección estratégica de la sociedad familiar (recuérdese el art. 163 LSC, cuyo calado realista no debe olvidarse en ningún momento). Por ello, el Comité ha de estar al día respecto a la marcha y resultados de la empresa, para a su vez mantener hilo directo con el órgano de administración empresarial, a fin de que la calidad de su gestión se adecúe a la política estratégica, a la hoja de ruta fijada por la familia empresaria (si he hablado de órgano bisagra es para plasmar el papel a desempeñar de modo gráfico).

Recapitulando: estamos ante el soporte de la sociedad civil. Necesaria clarificación, para lo que hay que calar hondo en la empresa familiar concreta y actuar con los conocimientos y profesionalidad necesarios —de ahí lo apuntado respecto a la composición del consejo consultivo familiar.

Combinación sin confusión que ha llevado a la Dirección General de los Registros y del Notariado a admitir la posibilidad de creación estatutaria de la Asamblea y del Consejo de familia aunque en el supuesto concreto —Resolución de 4 de mayo 2005— ha considerado que (con Quijano González) hay que mostrarse firmes para evitar que los órganos de familia se asimilen a los órganos de la(s) sociedad(es) mercantil(es): sería inviable —dice— el intento, con pretensiones sustitutivas, de superposición de reparto competencial o que tratara de fijar ámbitos de codecisión (en este sentido también Viera González, poniendo el acento Fernández de Córdova Claros en el desacierto regulador de órganos familiares sin clara delimitación competencial, lo que es necesario evitar en todo caso).

Por lo dicho y ante el enfoque del RD en estudio, personalmente tengo dudas de por dónde ha querido ir: el tratamiento que da al órgano consultivo (al que podrá añadirse, entre otros adjetivos, el término “familiar”, según nos dice), puede entenderse que se orienta hacia un órgano formado por expertos profesionales ajenos a la familia (retribuidos, lo cual simplemente apunto sin más). Mi opinión, basada en la experiencia profesional, me conduce a otro enfoque, no contrario pero sí diferente, como he tratado de exponer. Y es que ha de haber “alguien de fuera”, dice Drucker, alguien que no sea miembro de la familia y que tenga calificación profesional de alto nivel. Alguien que no mezcle la empresa y la familia (gráficamente apunta que la más antigua “empresa familiar”, la mafia, sigue esta regla: el abogado, segundo en el poder, y que puede que no sea siquiera siciliano, es el *consigliere*).

En último término, una precisión práctica: si el consejo o comité toma cuerpo (empresas de segunda, tercera generación, ramas familiares...), en los estatutos sociales (y

partiendo de lo plasmado en el protocolo familiar, en su caso) debe constar (como el RD exige) los supuestos en que su opinión (formal, por escrito) es necesaria; por lo que si en alguno de los supuestos no se acude a él, el acuerdo adoptado, la decisión tomada será impugnabile “por oponerse a los estatutos (en este sentido, Vicent Chuliá).

En definitiva, no son independientes, no deben confundirse. Armónicamente tratada la familia en su vertiente empresarial y la empresa de la familia, demuestran su inigualable importancia: son el soporte de la sociedad civil.

Fuentes

Configuración jurídica de la empresa familiar

- ALONSO ESPINOSA, F. J., *Empresa familiar y formas societarias*, Valencia, se, 1998.
- BARRY, P., “La sociedad de familia ante el Derecho”, en *Las empresas familiares. Su fuerza y sus debilidades*, sl, Pilote, 1960.
- CARBALLO CASADO, C., “Las sociedades *Holding* y la empresa familiar”, en *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, Barcelona, Bosch, 2005.
- CERDÁ GIMENO, J., “De la fiducia sucesoria a la sucesión contractual en la empresa familiar”, en *Los patrimonios fiduciarios y el trust*, Madrid, Marcial Pons, 2006.
- DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., *Estudios de derecho mercantil*, sl, Ed. Derecho Financiero, 1977.
- DE SOTO, H., *Valor económico de la propiedad formal*, sl, Consejo General del Notariado, 2004.
- DRUCKER, P.F., *Drucker esencial*, sl, Edhasa, 2003.
- EASTERBROOK, F. H. y FISCHER, D. R., *La estructura econó-*

- mica del derecho de las sociedades de capital*, Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 2002.
- FERNÁNDEZ DE CÓRDOVA CLAROS, I., “La Asamblea y el Consejo de Familia”, *Revista de Sociedades*, sl, Aranzadi, 2006.
- _____, “El Comité Consultivo”, *Cuadernos de Derecho y Comercio*, sl, núm. 51, junio 2009.
- GALLEGO, E., *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, Madrid, Civitas, 2011.
- GARRIDO DE PALMA, V. M., *El futuro de la empresa familiar, mesa redonda*, sl, Bolsa de Valencia, 21 mayo 1998.
- _____, “La empresa familiar y el derecho de sociedades”, conferencia, Ilustre Colegio Notarial de Madrid, 28 noviembre 2002.
- _____, “La familia empresaria. Su protocolo”, conferencia, Ilustre Colegio Notarial de Madrid, 13 noviembre 2003.
- _____, *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010.
- _____, “La familia y su empresa ante el Derecho”, en *Homenaje a Don Juan Francisco Delgado de Miguel*, sl, Civitas, 2007.
- _____, “¿Sociedad anónima o limitada? La tipología de las sociedades de capital”, conferencia, Seminario “Tirant lo Blanch”, Hotel Luz Palacio, Madrid, II 2011.
- _____, “El Consejo de Administración de la sociedad anónima”, Lección Magistral, San Pablo CEU, Madrid, marzo 2011.
- _____, “La familia Empresaria”, en M. Cuenca Casas y M. Yzquierdo Tolsada (dirs.), *Tratado de Derecho de la familia*, sl, Thomson-Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2011.
- GARRIDO DE PALMA, V. M., *et al.*, *La empresa familiar ante el Derecho*, sl, Civitas, 1995.

- GÓMEZ PÉREZ, R., *La cultura de la empresa. Un enfoque antropológico*, Madrid, Unión Editorial, 1999.
- KENNEDY, C., *Empresa familiar. Apellidos que han triunfado*, Barcelona, Ariel, 2002.
- MONREAL MARTÍNEZ, I. *et al.*, *La empresa familiar*, sl, Vivitas, 2002.
- MONTERO GARCÍA NOBLEJAS, Pilar, Comentario a los TS 12-III-2012. *Revista D S. Aranzadi*, 2012.
- PÉREZ DE MADRID CARRERAS, V., *La ejecución del protocolo familiar*, sl, Academia Sevillana del Notariado, 2010.
- QUIJANO GONZÁLEZ, J., “Órganos de gobierno en la empresa familiar”, en *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, Barcelona, Bosch, 2005.
- RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., “La Junta General en la encrucijada”, Jornada sobre la Junta General de las Sociedades de Capital, Ilustre Colegio Notarial de Madrid, 20 abril 2009.
- ROJO, A., *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, sl, Civitas, 2011.
- ROJO, A. y BELTRÁN, E., *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, sl, Civitas, 2011.
- SALELLES CLIMENT, J. R., *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, sl, Civitas, 2011.
- SÁNCHEZ CALERO, F., *El órgano de administración en las sociedades de capital*, sl, Civitas, 2000.
- SANTOJA LÓPEZ, J., “La empresa familiar y el proceso sucesorio”, Valencia, *Las Provincias*, 11 agosto 2002.
- SEGURA DE LASSALETTA, R., “Gobierno estable de la empresa familiar”, en *El buen gobierno de las empresas familiares*, sl, Aranzadi, 2004.
- _____, “Gobierno societario, sociedad familiar”, Seminario IESE, Madrid, 2000.
- SUÁREZ, K. y SANTANA-MARTÍN, D. J., “Governance in Spanish family business”, *I. Journal*, núm. 1-2, 2004.

- VINCENT CHULIÁ, F., “Organización jurídica de la sociedad familiar”, *Libro homenaje a F. Sánchez Calero*, Madrid, McGraw-Hill, 2002.
- VIEIRA GONZÁLEZ, A. J., “La publicidad de los protocolos familiares y la empresa familiar”, *Revista de Sociedades*, sl, Aranzadi, 2006.

Economía del matrimonio y empresa familiar

- ÁLVAREZ OLALLA, P., “La repercusión de las crisis empresariales en los regímenes económico matrimoniales”, en *Conflictos patrimoniales*, sl, Bosch, 2010.
- ARANGUREN URRIZ, F. J., “Bienes gananciales y privativos en el concurso”, *Homenaje a Don Juan Francisco Delgado de Miguel*, sl, Civitas, 2007.
- CABANAS TREJO, R., “El concurso y la empresa familiar”, en *El patrimonio familiar*, sl, Civitas, 2006.
- CABANILLAS SÁNCHEZ, A., “Comentario a la S. de 7 noviembre 1992”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 30, 1992.
- CUENA CASAS, M., “Insolvencias familiares ante situaciones de crisis económica...”, *Actualidad Jurídica*, sl, Aranzadi, núm. 762, 2008.
- _____, *La protección de los acreedores en el régimen de separación de bienes (la llamada presunción murciana)*, sl, Dykinson, 1999.
- _____, *El concurso de acreedores de persona casada en régimen de comunidad*, sl, Civitas, 2008.
- DOMÍNGUEZ REYES, J. F., “El legado de empresa familiar”, *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 85, 2013.
- GARCÍA CANTERO, G., “¿Hacia dónde evoluciona el derecho patrimonial de la Familia?”, *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 64, 2007.

- GARCÍA HERRERA, V. “La sucesión en la empresa familiar”, *R.C.D.I.*, núm. 726., 2011.
- GARRIDO DE PALMA, V. M., *La verdad sobre el matrimonio y la familia*, sl, Aranzadi, 2007.
- GUILLARTE GUTIÉRREZ, V., “La liquidación de la sociedad de gananciales del concursado”, *Anuario Derecho Concursal*, núm. 5, 2005.
- MAGRO SERVET, V., “La responsabilidad concursal de los bienes del deudor y la influencia del régimen matrimonial en el concurso”, *La Ley*, núm. 6213.
- MARTORELL ZULOETA, P., *Economía del matrimonio y sucesión del empresario*, sl, Universidad de Valencia, 2003.
- NANCLARES VALLE, J., “Persona declarada en concurso”, en *Comentarios a la Ley Concursal*, sl, Aranzadi, 2010.
- PÉREZ DE MADRID CARRERAS, V., *La familia empresaria y el régimen económico matrimonial. La cultura capitular*, sl, Academia Sevillana del Notariado, 2010.
- REYES LÓPEZ, M. J., “Economía del matrimonio y empresa familiar”. *La empresa familiar: encrucijada de intereses personales y empresariales*, sl, Aranzadi, 2004.
- VALLET DE COYTISOLO, J. B., *Las capitulaciones matrimoniales en previsión de reveses de fortuna*, sl, Ilustre Colegio de Abogados de Valencia, 1985.

Sucesión mortis causa y empresa familiar

- AVAGLIANO, M., *Patti di famiglia e impresa*, sl, Consiglio Notarile di Cassino, Giuffrè, 2006.
- FERRER, M. P., “Los pactos sucesorios como instrumento de estabilidad empresarial” Ilustre Colegio Notarial de las Islas Baleares, conferencia, 30 noviembre 2010, no publicada.
- GARRIDO DE PALMA, V. M., “Los artículos 831 y 1056.2ª

del Código Civil”, *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 55, 2005.

- _____, “El Código Civil y la empresa familiar”, conferencia, Ilustre Colegio Notarial de Extremadura, Cáceres, marzo 2011, no publicada.
- _____, “Fiducias. Sustitución fideicomisaria y Empresa familiar. El caleidoscopio legal”, en *Los patrimonios fiduciarios y el trust*, III Congreso de Derecho Civil Catalán, Tarragona, 2005.
- _____, “El emprendedor en la Nueva Empresa”, *Expansión*, 8 julio 2003.
- GARRIDO DE PALMA, V. M., *et al.*, *La sociedad de responsabilidad limitada*, Trivium, Madrid, 1997.
- GONZÁLEZ BOU, E., “Los contratos sucesorios como forma de ordenación de la sucesión de la empresa por causa de muerte”, en *Conflictos patrimoniales*, sl, Bosch, 2010.
- HUERTA TRÓLEZ, A., “La empresa familiar ante el fenómeno sucesorio. El cambio generacional en la empresa familiar”, *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, núm. 27, octubre 2003.
- LLOPIS GINER, J. M., “La incidencia de las rupturas matrimoniales en el Derecho de sucesiones”, *Revista General de Derecho*, núm. 645, junio 1998.
- MARRIGIO, G., “Il patto di famiglia”, *Rivista del Diritto commerciale*, octubre, noviembre, diciembre, 2009.
- MARTÍNEZ SANCHIZ, J. A., “La sucesión en la empresa familiar”, Curso en el Ilustre Colegio Notarial de Madrid, 17-VI-2010.
- MERINO HERNÁNDEZ, J. L., *La fiducia sucesoria en Aragón*, sl, El Justicia de Aragón, 2001.
- _____, “Aragón. La fiducia sucesoria”, en *Derecho Civil Foral*, sl, Lefebvre, 2011.
- OLLÉ FAVARÓ, J. C., “Planificación sucesoria de la empresa familiar”, *Anales Academia Matritense del Notariado*, núm. 40.

- OPPO, G., “Patto di famiglia e diritti della famiglia”, *Rivista di Diritto Civile*, 4-2006.
- PERÉZ DE MADRID CARRERAS, V., *La familia empresaria y la sucesión*, sl, Academia Sevillana del Notariado, 2010.
- PUIG FERRIOL, L. (coord.), “Pacto sucesorio y empresa familiar. Cataluña”, en *Derecho Civil Forral*, sl, Lefebvre, 2011.
- RENAULT-BRAHINSKY, C., *Droit des Successions*, París, E. Gualiano, 2007.
- SAPENA TOMÁS, J., “Fiducia conyugal y paternal (el artículo 831 del Código Civil)”, discurso de ingreso en la Real Academia Valenciana de Jurisprudencia y Legislación, Valencia, 9 junio 2004.
- SIMÓ SANTONJA, V. L., *La planificación sucesoria, un medio para evitar conflictos empresariales*, Valencia, IVEFA, 2002.

Protocolo de la familia empresaria

- AMAT, J. M. y CORONA, J. F. (ed.), *El protocolo familiar*, Barcelona, Deusto, 2007.
- BARDENAS NIETO, A., “Transparencia en la empresa familiar”, *Expansión*, 1 febrero 2006.
- CORONA, J., “El acceso de los protocolos familiares al Registro Mercantil”, *Expansión*, 22 febrero 2007.
- EMBID IRUJO, J. M., “Los grupos de sociedades como problema jurídico”, conferencia, Ilustre Colegio Notarial, Madrid, 25 febrero 1999.
- FERNÁNDEZ DE CÓRDOVA CLAROS, I., *La publicidad registral del protocolo familiar*, sl, Academia Sevillana del Notariado, 2006.
- _____, “La Asamblea y el Consejo de Familia, A propósito de la Resolución DGRN de 4 de mayo de 2005”, *Revista de Sociedades*, sl, Aranzadi, 2006.

- _____, “El Comité Consultivo”, *Cuadernos de Derecho y Comercio*, núm. 51, junio 2009.
- FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, *Derecho de sociedades de capital*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010.
- FERNÁNDEZ DEL POZO, I., *El protocolo familiar*, sl, Civitas, 2006.
- FERNÁNDEZ GIMENO, J. P. y REYES LÓPEZ, M. J., *La empresa familiar*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000.
- GARRIDO DE PALMA, V. M., “Publicidad de los protocolos familiares”, *Expansión*, 15 febrero 2007.
- _____, *La familia empresaria. Su protocolo jurídico*, sl, Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid, 2006.
- GOMÁ LANZÓN, I., “El protocolo familiar”, en *El patrimonio familiar, profesional y empresarial*, Pamplona, Civitas, 2004.
- NIETO SÁNCHEZ, J., “Presente y futuro del protocolo familiar”, *La Notaría*, mayo 2003.
- PÉREZ DE MADRID CARRERAS, V., *La ejecución del protocolo familiar*, sl, Academia Sevillana del Notariado, 2010.
- SÁNCHEZ-CRESPO CASSANOVA, A. J. (ed.), *El protocolo familiar*, Madrid, se, 2009.
- SERRANO CAÑAS, J. M., *Los protocolos familiares, ¿hacia la eliminación de los tipos societarios?*, sl, Academia Sevillana del Notariado, 2010.
- TENA ARREGUI, R., *Organización de la empresa familiar: perspectivas estática y dinámica*, sl, Ilustre Colegio Notarial de Madrid, 2006.
- VICENT CHULIÁ, F., *Introducción al derecho mercantil*, Barcelona, Bosch, 2007.
- VIERA GONZÁLEZ, A. J., “Publicidad de los protocolos familiares y la empresa familiar”, *Revista de Sociedades*, sl, Aranzadi, 2006.

José María Luis Mora y el Estado de México

José Luis Soberanes Fernández

JOSÉ LUIS SOBERANES FERNÁNDEZ,
licenciado en derecho por la
UNAM, doctor en derecho por la
Universidad de Valencia, España.
Investigador titular "C" definitivo de
tiempo completo en el Instituto de
Investigaciones Jurídicas de la UNAM.
Investigador Nacional nivel III en el
Sistema Nacional de Investigadores.
Académico de la Real Academia
de Jurisprudencia y Legislación de
España. Secretario General de la
Unión de Universidades de América
Latina. Director del Instituto de
Investigaciones Jurídicas de la UNAM.
Ex presidente de la Comisión
Nacional de los Derechos Humanos.
Ha publicado 170 artículos doctrinales
en revistas mexicanas y extranjeras. Ha
intervenido como autor en 33 libros y
como coautor en 19 libros.

TRADICIONALMENTE SE HA VINCULADO LA FIGURA DEL DOCTOR José María Luis Mora al Estado de México; por ello, atendiendo la amable invitación del Colegio de Notarios del Estado de México para participar en su importante revista *Escriva*, es que he querido aportar este modesto trabajo sobre la vida y obra de Mora y su vinculación a dicho estado de nuestra República.

Datos biográficos

José María Luis Mora nació en el pueblo de San Francisco Chamacuero, en el actual estado de Guanajuato, en el año de 1794. Fue hijo de José Ramón Servín de la Mora y María Ana Díaz de Lamadrid. Mora procedía de una rica familia de rancheros del Bajío, la cual se vio arruinada por la insurgencia en 1810. Esto marcará su visión negativa del líder de la insurgencia de Hidalgo y de su movimiento de independencia. Su primera formación intelectual la recibió en la Escuela Real de Querétaro. Más tarde, en 1807, se inscribió en el Colegio de San Ildefonso de la

Ciudad de México. Allí compartió el ambiente intelectual con personajes de la talla de José María Bocanegra, Luis Gonzaga Cuevas, José Urbano Fonseca y José María Tornel, entre otros. La capacidad intelectual de Mora lo hizo destacar rápidamente: ocupó el cargo de presidente de las academias de Metafísica, Filosofía y Religión. El 11 de agosto de 1810 presentó el examen de la materia de lógica y obtuvo la calificación suprema de *summa cum laude*. Al año siguiente, en el mes de diciembre, se le confirió el primer lugar in recto y primer premio del Colegio. Será en el año de 1818 que se le conceda el grado de bachiller en teología; al año siguiente obtendría, en solemne ceremonia que tuvo lugar en la Catedral de México, la licenciatura en la misma ciencia divina. Al poco tiempo recibió la ordenación sacerdotal.

El 26 de julio de 1820 recibió el grado de doctor en Teología. Dos meses después, fue nombrado profesor en San Ildefonso, de las cátedras de humanidades y latín. Es en este momento de su vida que comenzó a destacar como orador sagrado. Una vez consumada la Independencia propuso una serie de reformas educativas: la inclusión de la materia de economía política en los estudios de licenciatura y la modernización del uniforme escolar.

Es en estos años cuando inicia su carrera como escritor público, haciéndose cargo de la redacción del *Seminario Político y Literario*. También fue electo miembro de la Junta protectora de libertad de imprenta y de la Comisión encargada de formar y acumular materiales para los nuevos códigos que el Congreso debería dar a la nación. Con motivo de su oposición al Imperio de Iturbide, el doctor Mora tuvo que ocultarse, mas luego fue descubierto y sufrió reclusión en el Convento del Carmen, para después, por la intervención del rector de San Ildefonso, guardar arresto

en el Colegio, donde fue trasladado desde el Carmen.¹ Una vez vencido Iturbide, Mora fue electo diputado local constituyente en el Estado de México. Su participación como legislador no fue menor: su opinión en lo que respecta a las leyes de hacienda y ayuntamiento fueron decisivas. Además, fue el impulsor y creador del Instituto Científico y Literario del mismo Estado de México. Era tal su prestigio académico, que el propio Estado le encomendó las reformas educativas del colegio de San Ildefonso, el cual se pretendía que fuera el modelo de organización y excelencia académica de los demás centros académicos de todo el país. Es en esta época cuando participa en varias publicaciones periódicas (*El Sol*, *El Águila*, *La Libertad* y otros semejantes) con artículos sobre diversos temas. En mayo de 1824 se le reconoció como benemérito de la patria por la Diputación Provincial del Estado de México y en el mes de agosto de ese mismo año ingresó a la Academia Mexicana de Economía Política. Pocos meses después le fue concedida la cátedra de filosofía en su alma mater.

Es en esta época cuando rompe definitivamente con la jerarquía eclesiástica. Con motivo de este rompimiento, decide estudiar abogacía y en 1825 presenta la disertación “Cuáles son las ventajas que han resultado al Estado Mexicano de las variaciones hechas en su constitución, así en el orden jurídico como en el de los tribunales” ante la Audiencia del Estado de México para obtener el título. Este año será también el del ingreso del doctor Mora a la loggia escocesa o partido escocés y se le pidió que cooperase en la redacción de *El Observador*, principal publicación de

¹ En *Y fuimos una federación. Los primeros avatares constitucionales de México 1821-1824*, México, Porrúa, 2013. p. 38, explicamos la importancia histórica de esa detención colectiva que marcaría el comienzo del fin del Imperio de Iturbide.

los Novenarios, sociedad constituida por los miembros más destacados de la logia.

Fue la década de los treinta del siglo XIX una de las más fructíferas épocas para el doctor Mora en lo que respecta a su producción intelectual y su participación política en los asuntos del país. En 1831 escribió su famoso *Catecismo Político de la Federación Mexicana* y el *Discurso sobre la naturaleza y aplicación de las rentas y bienes eclesiásticos*, que le valió un premio ofrecido por la Legislatura de Zacatecas, si bien jamás recibió los dos mil pesos en los que éste consistía. El *Discurso* sirvió a Francisco García, gobernador de Zacatecas y amigo personal de Mora, como guía para implementar reformas contra el clero en su estado.

Para 1833, nuestro pensador formó parte del Congreso de la Unión, como diputado por su estado natal Guanajuato. Cuando Valentín Gómez Farías llegó a la presidencia de la República en 1833, en suplencia del polémico Santa Anna, llamó a José María Luis Mora para que fungiera como su consejero. Entre los dos se propusieron realizar las hondas reformas estructurales que afectarían al país entero, sobre todo en lo que se refiere a la educación, de las cuales hemos dado cuenta en las páginas precedentes. Dentro de las mismas reformas queremos recordar la que embargaba los bienes que el duque de Monteleone, heredero del Mayorazgo de Hernán Cortés, tenía en el Distrito Federal y poder ante don Lucas Alamán, como veremos después: otra que permitía el libre comercio del tabaco; el decreto que prohibía a los sacerdotes tratar de asuntos políticos en las iglesias y el que autorizaba al gobierno a dar la enseñanza pública en todas las ciencias; otro decreto que secularizaba las misiones de la Alta y la Baja California y un decreto más que suprimía la Real y Pontificia Universidad de México y establecía en su lugar la Dirección General de Instrucción Pública, la cual se encargaría de la Academia de

las Artes de San Carlos y el Museo Nacional. Finalmente, se publicaron dos decretos: el del Patrimonio de la recién creada Dirección, que atribuía como bienes de ésta todas las fincas del mentado duque y los ex conventos de San Camilo y de los Hospitales de Jesús, del Espíritu Santo, de Belén y de los Pobres, el Edificio de la Inquisición y otros bienes, del cual hablamos páginas atrás. Además, ordenaba la organización de una Biblioteca Nacional con los fondos del Colegio Mayor de Santa María de Todos los Santos y de la suprimida Universidad así como el decreto que extinguía el pago del diezmo eclesiástico como obligación civil y que prohibía vender o comprar los bienes en manos muertas hasta que el Congreso Federal determinara la pertenencia.

El 25 de octubre de ese 1834, y en la estela de esas transformaciones sociales, está la propuesta de la Ley que fundó el Establecimiento de Ciencias Ideológicas y Humanidades, cuyo director fue el doctor Mora.

Como era de esperarse, según vimos en páginas anteriores, todas estas hondas transformaciones sociales no recibieron la aquiescencia ni de la Iglesia ni del Ejército, lo que causó la salida de Gómez Farías de la presidencia en abril de 1834, y obligó a José María Luis Mora a autoexiliarse en Europa, autoexilio del que jamás regresaría.

Su situación económica en Europa no fue nada halagüeña: depauperado y herido en su orgullo por la incompreensión sufrida en el país que le vio nacer, Mora buscó como lenitivo de sus males la escritura. Fruto de estos años de relativo aislamiento son sus libros *México y sus revoluciones* (1836) y *Obras sueltas* (1837). La única compañía que tuvo en este periodo fue el de su fiel sirvienta, Juana Nava. Mora siempre creyó que podría vivir holgadamente en Europa con la venta de tres casas que poseía en la Ciudad de México, pero la realidad fue otra: derruidos

por la humedad, sus bienes raíces no se vendían ni se alquilaban. Fue hasta el año de 1846 que el partido conservador se vio obligado a abandonar el poder y que Gómez Farías recuperó la presidencia, cuando Mora fue nombrado embajador de México en Inglaterra, lo que le dejó vivir con tranquilidad. Su experiencia europea le permitió asesorar con pertinencia a los ministros de relaciones exteriores, Mariano Otero y Luis Rueda. No obstante, el clima húmedo londinense comenzó a hacer mella en su quebradiza salud, al punto que tuvo que abandonar Londres para retirarse, en 1848, a los balnearios de Vichy, en Francia. El 14 de julio de 1850 falleció finalmente el doctor Mora, con la única compañía de su sirvienta. El consulado mexicano hizo todos los arreglos para su entierro. Benito Gómez Farías —su ayudante en Londres—, al enterarse de lo sucedido, fue a París para pedir que se exhumaran sus restos y se enterraran en el famoso cementerio de Montmartre. Catorce años después, sus restos fúnebres se trasladaron a su tierra natal. Desde junio de 1963, descansan en la Rotonda de las Personas Ilustres, de la Ciudad de México.

Su desarrollo intelectual

Se ha considerado tradicionalmente al doctor Mora como el padre del liberalismo mexicano. Sus escritos fueron la base, sin duda, de las Leyes de Reforma llevadas a cabo por Benito Juárez y de todo el pensamiento liberal posterior, hasta nuestros días. Sin embargo, el pensamiento de Mora dista, en algunos puntos fundamentales, del liberalismo posterior, sobre todo en lo que toca a la democracia, las relaciones entre la Iglesia y el Estado y a su visión de la importancia de la vena española para la identidad de lo

mexicano. Entre otras cosas, Mora no fue un entusiasta de los jacobinos franceses; sus influencias más importantes son de autores de un liberalismo menos radical, como Montesquieu y Benjamin Constant, entre los franceses, y Gaspar Melchor de Jovellanos y Abad y Queipo, obispo electo de Michoacán al tiempo de la revolución de 1810, entre los españoles. También fue admirador del general Washington y del Congreso Constituyente Norteamericano.

Algunos autores han sostenido que más que liberal, Mora era un regalista² que siguió pensando con las categorías anteriores a la Independencia, particularmente las de los ministros ilustrados de la época de Carlos III y las reformas borbónicas. Ya tendremos oportunidad de comprobar esto. David Brading sostiene,³ por su parte, que Mora incorporó los principios del liberalismo español en la ideología del naciente liberalismo mexicano.

Según Emilio Martínez Albesa,⁴ en el pensamiento de Mora se pueden distinguir tres etapas de pensamiento: la década de 1820, donde destaca el constitucionalismo de raíces francesas e hispanas y la influencia del utilitarismo británico; la etapa del Mora clásico, el de la década de los treinta, de orientación reformista, en la que ven la luz sus obras fundamentales: *México y sus revoluciones* y *Obras sueltas*. Finalmente, tenemos la tercera etapa de Mora,

² Martínez Albesa, Emilio, *La Constitución de 1857. Catolicismo y liberalismo en México*, t. II (son 3 tomos). “Del nacimiento de la República a la guerra con los Estados Unidos, 1823-1848”, Porrúa, México. 2007. p. 872.

³ Brading, David, *Orbe Indiano. De la monarquía católica a la república criolla, 1492-1867*, trad. Juan José Utrilla, Fondo de Cultura Económica, México, 1998, p. 700.

⁴ *La Constitución de 1857...*, op. cit., p. 864.

que coincide con la década de 1840. En ella no hay un cambio sustancial en su pensamiento político, pero sí se da una apertura a otros campos del conocimiento, como la literatura y la reflexión filosófica sobre las revoluciones europeas de 1848, y una universalización de sus intereses teóricos.

El Mora de la década de 1820 era un convencido constitucionalista. Cree que una constitución que consagre los ideales liberales del respeto por la libertad individual, la propiedad privada y los límites del poder estatal es la solución para los grandes problemas de México. Fue, como ya apuntamos, uno de los opositores al gobierno imperial de Agustín de Iturbide, pues quería que se cumplieran las propuestas del Plan de Iguala y de los Tratados de Córdoba, esencialmente, que se trajera un rey Borbón para que reinase en México. Podemos decir que la posición de Mora en este momento histórico es idealista.

Durante el periodo de debates del Constituyente entre 1823 y 1824, Mora se alineó con el ala republicana, si bien no era un convencido federalista ni apoyó la idea de soberanía popular y, consecuentemente, la del voto directo universal: la que debe gobernar es la constitución, no la masa informe de ciudadanos, la cual, además, es sumamente desigual. En este sentido, su postura durante los debates constitucionales se aproximó más a la sostenida por Servando Teresa de Mier que a la de pensadores más liberales, como Lorenzo de Zavala, Gómez Farías o José Miguel Ramos Arizpe.⁵ Se opuso, como el primero, a la autonomía provincial extrema, que fue la que terminó por triunfar en la Constitución Federal del 24.

⁵ Vid. Hale, Charles A., *El liberalismo mexicano en la época de Mora*, trad. Sergio Fernández Bravo y Francisco González Aramburu, Siglo XXI, México, 2009.

Respecto del tema de la libertad individual y del voto popular, Mora fue de la opinión de que aquélla quedaría mejor resguardada en la medida en que el proceso político se confiara exclusivamente a los tenedores de propiedad (los “hombres de bien”, de los que habla Costeloe). En esto seguía las ideas de Benjamin Constant.⁶ Las convulsiones políticas de los años 1827 y 1828 extremaron su convicción de que sólo los propietarios podrían constituir un baluarte contra la anarquía y una salvaguarda de los derechos constitucionales: “Nos convenceremos de que esta decantada igualdad entendida en todo rigor de la letra ha sido entre nosotros un semillero de errores y un manantial fecundísimo de desgracias”.⁷ Como se echa de ver, el pensamiento del doctor Mora durante la ajetreada década de los veinte deja traslucir el complejo entramado de posturas políticas. Republicano, pero no federalista; independentista, pero opositor de la expulsión de los ciudadanos españoles del territorio mexicano, como propusieron los dirigentes de la logia yorkina, entre ellos Vicente Guerrero. Liberal, mas no por ello creyente de la igualdad política. Podemos decir que, en lo tocante a su postura política, Mora era un liberal aristócrata,⁸ a diferencia de los liberales demócratas, como Lorenzo Zavala (de la logia de York).

En el año de 1830, Mora apoyó el cuartelazo dado por Anastasio Bustamante a Vicente Guerrero. Recordemos

⁶ Sobre todo las ideas vertidas en su obra clásica: *Principios políticos aplicables a todos los gobiernos*, trad. Víctor Goldstein, Katz Editores, Madrid, 2010.

⁷ Mora, “Discurso sobre la necesidad de fijar el derecho de ciudadanía en la República y hacerlo esencialmente afecto a la propiedad”, en *Obras*, p. 630.

⁸ Vid. Hale, E., *Liberalismo mexicano*, op. cit., p. 98.

que nuestro autor era un miembro activo del partido escocés, que desde 1827 había perdido el control del Congreso nacional. Utilizó el periódico de su partido, *El Observador*, para lanzar incisivos ataques a las políticas de los yorkinos y sus corruptelas y para saludar a Anastasio Bustamante como el protector de la Constitución y de las leyes. En sus escritos de esta época encontraremos una mención continua del constitucionalismo. En 1831 escribió su *Catecismo político de la federación mexicana* en el que expone su visión constitucional a través de preguntas y respuestas. En él ataca conceptos tales como “soberanía popular” y “voluntad general”. Quien debe establecer la constitución y sus contenidos debería ser una autoridad competente, no la voluntad de los gobernados. A su vez, en *El Observador* siguió haciendo una apología del gobierno por parte de una “verdadera aristocracia”.

No obstante, fue a partir de esta época en que Mora comenzó a abandonar la idea de que las buenas leyes y la constitución son suficientes para la mejora del país. Podemos decir que en esta etapa se desencantó del Estado de derecho ya que tomó plena conciencia de la diferencia entre el deber ser de las normas y el ser de la realidad cotidiana política y social de México. El Mora de los treinta consideró que para que las leyes funcionen es necesario, primero, la reforma de los ciudadanos, y esto sólo es posible a través de las instituciones. Hale⁹ califica a este giro en su pensamiento de “realista”, en el sentido de que primero hay que modificar la realidad y luego hacer leyes. Ya de por sí, el haber admitido el golpe de Estado de Bustamante, cuestionaba su supuesto constitucionalismo. Consecuentemente, abandonó algunas de las tesis de Constant y se dedicó al estudio de las revoluciones, como las

⁹ *Ibidem*, p. 115.

únicas fuerzas con suficiente fuerza para arrancar de raíz los vicios arraigados del viejo régimen despótico.

Esta época también coincide con su desencanto respecto del presidente Bustamante y su gabinete conservador, encabezado por Lucas Alamán. Si ya no se podía confiar en los efectos “milagrosos” de las leyes y era, por tanto, necesaria una profunda reforma institucional, un gobierno conservador no servía para estos propósitos. Lo que se necesitaba eran dirigentes ilustrados y firmes; lo primero, para apreciar la necesidad de cambios; lo segundo, para impedir el gobierno de facciones políticas. La sociedad estaba inmersa, según nuestro pensador, “en los hábitos despóticos y mezquinos del viejo absolutismo”, y estos hábitos subsistían en las corporaciones y sus fueros. Por tanto, su ataque comenzó a dirigirse contra las grandes corporaciones que representaban los últimos bastiones del Antiguo Régimen en México: el Ejército y la Iglesia. Ambas tenían fueros y privilegios, los cuales, al decir de Mora, imposibilitaban al Estado cualquier tipo de regulación de las dos instituciones.

Dos fueron las principales preocupaciones de Mora en esta época:¹⁰ la reforma del artículo tercero constitucional que consagraba la intolerancia religiosa y aseguraba la protección exclusiva de la Iglesia Católica. La otra era la supresión del artículo 154, que otorgaba fueros y privilegios al clero y a las fuerzas armadas. Este último asunto resultaba muy difícil siquiera de proponerse pues, como bien sabemos, el general Santa Anna había depuesto a Bustamante y colocado a Gómez Farías como presidente interino. De hecho, el cuestionamiento del fuero militar fue una de las principales razones por las que Santa Anna retomó a la presidencia en 1834 y trató de revertir las

¹⁰ *Ibidem*, p. 116.

reformas llevadas a cabo por Gómez Farías con el consejo de Mora. Sin embargo, la labor reformista de ambos durante 1833, pese a quedar conculcada, será, como ya lo hemos señalado, la principal base de las Leyes de Reforma. En el apartado siguiente expondremos las principales ideas reformistas de Mora en lo que respecta a la Iglesia mexicana.

Su influencia posterior

Mora influyó en sus contemporáneos y en los pensadores posteriores de dos formas, principalmente a través de su historiografía y de su visión política de la Iglesia. Respecto de la primera, hay que decir que Mora se apartó críticamente del método histórico de Carlos María de Bustamante, uno de los más importantes historiadores conservadores del primer periodo de la Independencia. Criticó con agudeza la poca objetividad de éste y su falta de rigor para jerarquizar fuentes e interpretarlas. Asimismo, se quejó de su estilo farragoso y poco sistemático. Mora, por el contrario, intentó siempre contextualizar los eventos históricos con elementos de economía política, e hizo uso de un español diáfano. Su estructura argumentativa es sólida —se nota su formación como filósofo— y su presentación de los temas, sistemática. Además, utiliza la estadística como criterio objetivo de juicio, uso poco común antes de él. “Nuestra obra —se refiere Mora a *México y sus revoluciones*— es en el fondo histórica, estadística y filosófica”.¹¹

Para explicar las causas históricas de los problemas sociales y políticos de México, inició su narración his-

tórica en su obra *México y sus revoluciones* con la Conquista y —consecuente con su predilección por la estadística— con el número de indios que había en 1519, que son los mismos que en 1810. Si bien no aminoró las matanzas de la invasión de los españoles, no dudó en ponderar a Cortés como un gran líder militar y político; y aún más: como el verdadero fundador de la nación. Sin embargo, casi nada se puede exaltar de la época colonial a no ser las reformas borbónicas y el temple ilustrado de personajes tales como el intendente de Guanajuato en la época de la Independencia, Antonio Riaño, quien hubiese apoyado, según Mora, el movimiento independentista pero ordenadamente y con un plan de acción mesurado, factores ambos que faltaron en el liderazgo de Hidalgo. La revolución insurgente fue necesaria para la independencia, conviene nuestro autor; sin embargo, empobreció al país y lo sumió en años de batallas sangrientas. A diferencia de Hidalgo, Morelos recibió claros elogios de la pluma de Mora. El título “siervo de la nación” es una enseñanza para los dirigentes de todos los tiempos. De los primeros historiadores del México independiente, ni Servando Teresa de Mier ni Carlos María Bustamante llaman su atención intelectual.

La intención fundamental de Mora en su labor histórica era contribuir a que los pueblos civilizados pudieran hacerse un juicio “sobre esta parte interesante de nuestro continente, desengañándose de los múltiples errores en que los han imbuido las relaciones poco exactas de los viajeros, los resentimientos de algunos, y el entusiasmo exagerado de no pocos”.¹² Su modelo no es Francisco Xavier Clavijero, quien había tenido intenciones semejantes en su *Historia antigua de México*, sino Alexander

¹¹ Porrúa, T. 1. (son 3 tomos), México, 1995, p. 5.

¹² *Ibidem*, T. 1, p. 5

von Humboldt, que había escrito su *Ensayo político sobre la Nueva España*, el único escrito sobre la materia digna de aprecio, según nuestro autor,¹³ Mora no tuvo la pretensión de imparcialidad histórica, pues la historia no es ni puede ser otra cosa que la relación de las impresiones que sobre el escritor han hecho las cosas y las personas,¹⁴ lo que no obsta para que se puedan hacer juicios morales sobre la responsabilidad moral de cada uno de los actores políticos; mas tal juicio no corresponde al autor del libro sino a los lectores: aquél solo da los hechos y las acciones.¹⁵

Respecto del tema de la Iglesia, sus propiedades y su relación con el Estado, Mora tuvo una actitud claramente beligerante. El fardo más pesado para el progreso de México era la iglesia y su clerecía. Su monopolio sobre la educación y sus diversos fueros y privilegios políticos, que le habían permitido hacerse con grandes porciones de tierra, impidieron la reforma de las instituciones y el crecimiento económico del país. Como se ve, el anticlericalismo constituye la base del programa de reformas propuestas por Mora, especialmente en su *Disertación*: la desamortización de los bienes de la Iglesia; la abolición de los fueros, la desmembración de los monasterios y la difusión de la educación laica.¹⁶

Resulta digno de llamar la atención que esta furia contra la jerarquía eclesial y sus privilegios sea compatible con una explícita aquiescencia del catolicismo como religión. Mora jamás ataca el dogma o las prácticas espirituales del cristianismo, sino todo lo contrario: el espíritu “más puro” del catolicismo es la mejor arma para atacar

¹³ *Ibid.*, t. 1, p. 4.

¹⁴ *Ibid.*, p. 7.

¹⁵ *Vid.*, *Idem.*

¹⁶ *Vid.*, Hale, Charles, *El liberalismo...*, *op. cit.*, p. 118.

los excesos de poder de los obispos y los monjes; lleva razón Emilio Martínez Albesa cuando señala que una de las principales herencias intelectuales de Mora en este tema es la posibilidad de ser un liberal anticlerical sin dejar de ser católico.

¿Cuál fue la estrategia que Mora siguió para justificar la desamortización y expropiación de bienes a la Iglesia? Curiosamente, una estrategia teológica: Mora apeló en su *Disertación* a teorías teológicas sobre la diferencia entre el cuerpo místico y el cuerpo político de la Iglesia. En el más puro estilo galicano, considera que los primeros cristianos no tenían ningún tipo de interés por el poder político y su comunidad era más bien espiritual; de fe y no de poder. El dinero y las propiedades que tenían eran para uso exclusivo del culto. Sin embargo, desde el emperador Constantino las cosas cambiaron: la Iglesia empezó a ambicionar el poder secular y se hizo con él en muchos puntos. Mora hizo un despliegue no sólo de conocimientos históricos sino escriturísticos y hasta patrísticos para apoyar sus puntos de vista. Consideró que ya era tiempo de que la Iglesia regresara a sus fundamentos originales y abandonase todo intento de poseer bienes suntuosos que no sirven para el culto y ni siquiera hacerse de bienes para este fin, lo cual se haría con las limitaciones y cargas que impone el derecho civil.

De estas reflexiones sobre el carácter temporal de los bienes de la Iglesia, pasó abruptamente nuestro autor a considerar la posibilidad de la expropiación de dichos bienes por parte del Estado. ¿No es una contradicción que un liberal consecuente que cree en la centralidad de la propiedad privada y en la necesidad de su garantía por parte del Estado propusiera el despojo de sus bienes temporales a la Iglesia? Mora hizo una serie de precisiones para aclarar esto. La propiedad privada es de derecho natural, sí, y

por tanto el Estado tiene la responsabilidad de respetarla y cuidarla. Sin embargo, la posesión de bienes privados sólo se da por parte de los individuos; las corporaciones, antes de poseer necesitan el reconocimiento del Estado, y éste puede determinar si sus propiedades están o no cumpliendo con los fines civiles de la sociedad. Las comunidades políticas “son más bien usufructuarios que propietarios”.¹⁷

La Iglesia, como comunidad espiritual, no necesita ningún reconocimiento civil; no obstante, como organización política y moral, sí necesita el reconocimiento por parte del Estado. ¿Cómo ha de relacionarse la Iglesia con el Estado según Mora? Una relación de protección, consiste esencialmente en una jurisdicción sobre la disciplina externa y bienes de la Iglesia, así como la facultad de fijar los gastos del culto, la obligación de pagarlos y la facultad de designar los fondos para cubrir tales gastos. Esta protección no significa de ninguna manera, advierte Mora, que el Estado imponga los modos en cómo se han de interpretar los dogmas o vivir el culto. Tampoco significa que el Estado opte oficialmente por la religión católica: sólo tiene relación con ella en el terreno civil; es decir, en todas sus actuaciones o posesiones que afecten directamente la vida pública de la nación.

Lo que Mora propuso, en el fondo, fue que el Estado tuviera las prerrogativas que tenía el monarca en la época colonial, por eso hemos dicho que era “regalista”, sobre todo a partir de las reformas borbónicas. Es decir, que su poder político tenga una impronta política y económica directa sobre la Iglesia en lo que toca a su dimensión de sociedad terrenal. De ahí que no sea sorprendente que Mora haya sido, como ya lo señalamos, un optimista del

¹⁷ *Disertación...*, p. 70.

regalismo del monarca español. En el pensamiento de Mora, conviene Martínez Albesa,¹⁸ se da por vez primera una justificación del regalismo, pero sin la condición fundamental que tenía éste en la Colonia: el reino cristiano; o sea, que el monarca fuese cristiano como sus súbditos. No es, por tanto, sorprendente que nuestro pensador echó mano de argumentos esgrimidos por los galicanos franceses —recordemos que el galicanismo fue el nombre que se le dio al regalismo en Francia— para justificar la intromisión del Estado en los bienes eclesiales. Su apelación a la corrupción de la Iglesia en México, así como su distinción entre el cuerpo espiritual de la Iglesia y su cuerpo místico son típicos de los pensadores galicanos.¹⁹ Además de su crítica teológica, Mora hizo uno de los primeros análisis utilitarios de la Iglesia, en el sentido de criticar el poco rendimiento que ésta tenía de sus bienes y propiedades y cómo esto afectaba al bien común de la nación. La Iglesia mexicana, según nuestro autor, no tenía los medios ni las intenciones de aprovechar sus bienes, sobre todo sus propiedades inmuebles, y esto impedía que hubiera una redistribución plena de las tierras, condición indispensable para que pudiera surgir en México una clase media robusta, base de una economía sostenida. En particular, criticó a los conventos por ser lugares improductivos, que no sumaban nada a la nación, donde vivían frailes perezosos y apartados del mundo. De ahí que los conventos fueron uno de los primeros lugares en sufrir una expropiación por parte del Estado en el gobierno de Gómez Farías.

Como se ve, la estrategia de Mora en su crítica al clero se dio en dos tiempos: primero, una crítica teológica que

¹⁸ *Catolicismo y constitución de 1857...*, *op. cit.*, p. 20.

¹⁹ Brading, David, *Orbe indiano...*, *op. cit.*, p. 718.

DOXA
JOSÉ MARÍA LUIS MORA
Y EL ESTADO
DE MÉXICO

justificaba el ataque a la Iglesia “política” y “corrompida” —la Iglesia en su aspecto terrenal—, pero que salvaba la creencia en el catolicismo puro, espiritual: y, en segundo lugar, la crítica utilitaria, que permitía argumentar en términos económicos la incapacidad de la Iglesia de coadyuvar al bien común de la nación, pues sus propiedades estaban en manos muertas y no podían ser explotadas por particulares. Esta visión galicana del clero, así como la visión utilitaria de los bienes de la Iglesia, son dos de las grandes ideas que Mora heredó al liberalismo posterior, hasta nuestros días.

Si bien Mora fue el adalid del anticlericalismo y de la posibilidad de oponerse a la Iglesia jerárquica sin necesidad de dejar de ser católico, no se puede decir que haya influido en otros aspectos que pasaron a formar parte del liberalismo posterior: por ejemplo, el liberalismo democrático. Recordemos que Mora siempre tuvo una visión aristocratizante del gobierno, que lo emparentaba más con Lucas Alamán que con Lorenzo de Zavala.

LEX

El derecho de defensa

Óscar Cruz Barney

ÓSCAR CRUZ BARNEY, ex presidente del Ilustre y Nacional Colegio de Abogados de México. Licenciado en derecho por la Universidad Iberoamericana y doctor en Derecho por la Universidad Panamericana. Incorporado al Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, ha recibido entre otras distinciones la Cruz Distinguida de Primera Clase de la Orden de San Raimundo de Peñafort. Académico Honorario de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Madrid, Académico de Número de la Academia Mexicana de Jurisprudencia y Legislación. Investigador Nacional Nivel III en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

EL DERECHO DE DEFENSA ES UN DERECHO FUNDAMENTAL RECONOCIDO constitucionalmente y en los textos de derechos humanos, derecho que debe salvaguardarse en cualquier procedimiento jurisdiccional.¹ Es parte del debido proceso y requisito esencial de validez del mismo.²

Consiste en la posibilidad jurídica y material de ejercer la defensa de los derechos e intereses de la persona, en juicio y ante las autoridades, de manera que se asegure la realización efectiva de los principios de igualdad de las partes y de contradicción.

El derecho de defensa constituye un derecho ilimitado por ser un derecho fundamental absoluto.³ Justamente la

¹ Moreno Catena, Víctor, “Sobre el derecho de defensa”, en *Teoría & Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico, El Derecho de Defensa*, Valencia, Tirant Lo Blanch, núm. 8, diciembre, 2010, p. 17.

² García Odgers, Ramón, “El ejercicio del derecho a defensa técnica en la etapa preliminar del proceso penal”, en *Revista de Derecho*, Concepción, Chile, Universidad de Concepción, núms. 223-224, año LXXVI, enero-junio/julio-diciembre, 2008, p. 119.

³ Seco Villalba, José Armando, *El derecho de defensa. La garantía*

defensa de la persona en juicio y de sus derechos se concibe solamente a través de la intervención del abogado.⁴

El papel de la abogacía dentro de las diversas profesiones jurídicas deviene esencial en materia de ejercicio del derecho de defensa. Profesión liberal por excelencia, destaca, o debería destacar por su intelectualidad y su independencia.⁵ Se dice que sin independencia no hay abogacía y violarla compromete la función social de la profesión.⁶

Esa independencia se debe garantizar precisamente por los colegios de abogados. El Colegio es una institución útil y necesaria por los servicios que presta al colegiado, si bien su función primordial es constituirse en la garantía institucional del ejercicio de la abogacía. Constituye, en los regímenes de colegiación obligatoria, “el primer entorno elemental del abogado y le concierne de forma determinante si se tiene en cuenta que la condición de abogado y el modo en el que se produce el ejercicio de su función dependen de la existencia del Colegio y de la incorporación al mismo”.⁷

En este sentido, no olvidemos que los fines esenciales de los Colegios de Abogados, en sus respectivos ámbitos,

constitucional de la defensa en el juicio, Primer premio otorgado por la Asociación de Abogados de Buenos Aires, Buenos Aires, Ed. Depalma. 1947, p. 38.

⁴ *Ibidem*, pág. 45.

⁵ Véase Garrido Suárez, Hilda Ma., *Deontología del abogado: el profesional y su confiabilidad*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, Fundación Gregorio Peces-Barba, Edisofer, 2011, p. 36.

⁶ Torre Díaz, Javier de la, *Deontología de abogados, jueces y fiscales*. Madrid, Universidad Pontificia de Comillas, 2008, p. 162.

⁷ Rosal, Rafael del, *Normas deontológicas de la abogacía española. Una doctrina construida a partir del ejercicio de la competencia disciplinaria*, Madrid, Thomson Civitas. 2002, p. 33.

son:⁸

1. La ordenación del ejercicio de la profesión
2. La representación exclusiva de la profesión
3. La defensa de los derechos e intereses profesionales de los colegiados
4. La formación profesional permanente de los abogados
5. El control deontológico y la aplicación del régimen disciplinario en garantía de la sociedad.
6. La defensa del Estado social y democrático de derecho así como la defensa de los Derechos Humanos.
7. La colaboración en el funcionamiento, promoción y mejora de la Administración de Justicia.
8. Asegurarse que el abogado pueda ejercer sus funciones con independencia y libertad: libertad de expresión y libertad de defensa.⁹

“En concreto, los Colegios de Abogados deben velar para que a ninguna persona se le niegue la asistencia de un letrado para la defensa de sus derechos e intereses”.¹⁰

⁸ Véase Cruz Bamey, Oscar, “Ética y colegiación obligatoria”, en *El Ilustre*, México, Ilustre y Nacional Colegio de Abogados de México, núm. 2, 2011.

⁹ Camas Jimena, Manuel, “La abogacía institucional y la tutela del derecho de defensa”, en *Teoría & derecho. Revista de pensamiento jurídico. El derecho de defensa*, Valencia, Tirant lo Blanch, diciembre, 8/2010, p. 73.

¹⁰ <http://www.cgae.es/portalCGAE/printPortal.do?urlPagina=SOO-I01200JiesES.html>. Véase también Bustamante Cedilla, Armando R., “Consideraciones en torno a la necesidad de la “Colegiación Obligatoria” en el ejercicio profesional de la abogacía en México”, en *Lecturas Jurídicas*, Chihuahua, UACH, época v, septiembre,

El artículo 1. 1 del Código de Ética Profesional del Ilustre y Nacional Colegio de Abogados de México señala claramente que en una sociedad fundada en el respeto a la Justicia, el abogado tiene un papel fundamental. “Su misión no se limita a ejecutar fielmente un mandato en el marco del Derecho. En un Estado de Derecho, el abogado es indispensable para lograr el respeto y cumplimiento de la Justicia y de los justiciables, pues tiene la obligación de defender sus derechos y libertades; es por lo tanto, el asesor y defensor de su cliente, y en todo momento deberá buscar la prevalencia de la justicia.”

La defensa, entonces, es un derecho reconocido que alcanza y ampara a todas las partes en un proceso. Cuando el derecho de defensa se aplica al proceso penal cobra especial relevancia al ejercerse frente a la acusación.¹¹

Instrumentos internacionales

La Declaración Universal de los Derechos Humanos adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 217 A (III) el 10 de diciembre de 1948, establece que toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal.

2008, núm. 7.

¹¹ Moreno Catena, Víctor, “Sobre el derecho de defensa: cuestiones generales”, en *Teoría & derecho. Revista de pensamiento jurídico. El derecho de defensa*, Valencia, Tirant lo Blanch, diciembre, 8/2010, p. 21.

Asimismo, toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito.

Conforme a la misma Declaración, nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Político¹² establece en su artículo 14 que todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia y toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. Se aclara que tanto la prensa como el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por

¹² Fue adoptado en la Ciudad de Nueva York el 16 de diciembre de 1966. México se adhirió el 24 de marzo de 1981. El Decreto Promulgatorio se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* del 20 de mayo de 1981 y la Fe de Erratas en el *Diario Oficial de la Federación* del 22 de junio de 1981.

circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia.

Conforme al Pacto, toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las actuaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores.

Asimismo, toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley.

En materia de defensa el Pacto es muy claro: Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

a) A ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella;

b) A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección;

c) A ser juzgada sin dilaciones indebidas;

d) A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo;

e) A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo;

f) A ser asistida gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal;

g) A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable.

Se aclara que en el procedimiento aplicable a los menores de edad a efectos penales se deberá tener en cuenta esta circunstancia y la importancia de estimular su readaptación social.

Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley. Cuando una sentencia condenatoria firme haya sido ulteriormente revocada, o el condenado haya sido indultado por haberse producido o descubierto un hecho plenamente probatorio de la comisión de un error judicial, la persona que haya sufrido una pena como resultado de tal sentencia deberá ser indemnizada, conforme a la ley, a menos que se demuestre que le es imputable en todo o en parte el no haberse revelado oportunamente el hecho desconocido.

Se establece finalmente que nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país.

Por su parte la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica o CADH, suscrita el 22 de noviembre de 1969 en la ciudad de San José en Costa Rica tras la Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos, establece en su artículo 8 lo que denomina “Garantías Judiciales” que son las siguientes:

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden

civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

a) derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;

b) comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada;

c) concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;

d) derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;

e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;

f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;

g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y

h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

3. La confesión del inculcado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

4. El inculcado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.

5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.

El Convenio Europeo de Derechos Humanos, revisado en conformidad con el Protocolo núm. 11 que entró en vigor el 1 de noviembre 1998 contempla en su artículo 5 el “Derecho a la libertad y a la seguridad”, en el sentido de que toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, salvo en los casos siguientes y con arreglo al procedimiento establecido por la ley:

a) Si ha sido detenido legalmente en virtud de una sentencia dictada por un tribunal competente;

b) Si ha sido privado de libertad o detenido, conforme a derecho, por desobediencia a una orden judicial dictada conforme a derecho o para asegurar el cumplimiento de una obligación establecida por la ley;

c) Si ha sido privado de libertad y detenido, para hacerle comparecer ante la autoridad judicial competente, cuando existan indicios racionales de que ha cometido una infracción o cuando se estime necesario para impedirle que cometa una infracción o que huya después de haberla cometido;

d) Si se trata de la privación de libertad, conforme a derecho, de un menor con el fin de vigilar su educación, o de su detención, conforme a derecho, con el fin de hacerle comparecer ante la autoridad competente;

e) Si se trata de la privación de libertad, conforme a derecho, de una persona susceptible de propagar una enfermedad contagiosa, de un enajenado, de un alcohólico, de un toxicómano o de un vagabundo;

f) Si se trata de la privación de libertad o de la detención, conforme a derecho, de una persona para impedir su entrada ilegal en el territorio o contra la cual esté en curso un procedimiento de expulsión o extradición.

Toda persona detenida debe ser informada, en el plazo más breve posible y en una lengua que comprenda, de los motivos de su detención y de cualquier acusación formulada contra ella. Asimismo, toda persona detenida o privada de libertad en las condiciones previstas en el propio Convenio Europeo de Derechos Humanos, deberá ser conducida sin dilación a presencia de un juez o de otra autoridad habilitada por la ley para ejercer poderes judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada en un plazo razonable o a ser puesta en libertad durante el procedimiento. La puesta en libertad puede ser condicionada a una garantía que asegure la comparecencia del interesado a juicio.

Se asegura que toda persona privada de su libertad mediante detención deberá tener derecho a presentar un recurso ante un órgano judicial, a fin de que se pronuncie en breve plazo sobre la legalidad de su privación de libertad y ordene su puesta en libertad si fuera ilegal.

Se señala también que toda persona víctima de una privación de libertad o detención realizada en condiciones contrarias a las disposiciones del Convenio Europeo de Derechos Humanos tendrá derecho a una reparación.

El artículo 6 del Convenio consagra el derecho a un proceso equitativo de manera tal que:

1. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída de manera equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, que decidirá de los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la sala de audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público

o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida en que sea considerado estrictamente necesario por el tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia.

2. Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada.

3. Todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos:

a) A ser informado, en el más breve plazo, en una lengua que comprenda y detalladamente, de la naturaleza y de la causa de la acusación formulada contra él;

b) A disponer del tiempo y de las facilidades necesarias para la preparación de su defensa;

c) A defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección y, si no tiene medios para remunerarlo, poder ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio cuando los intereses de la justicia lo exijan;

d) A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia e interrogatorio de los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que los testigos de cargo;

e) A ser asistido gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla la lengua empleada en la audiencia.

Por su parte el artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece en su fracción VIII como derecho de toda persona imputada, una defensa adecuada por abogado, al cual elegirá libremente incluso desde el momento de su detención. Si no quiere o no puede nombrar un abogado, después de haber sido

requerido para hacerlo, el juez le designará un defensor público. También tendrá derecho a que su defensor comparezca en todos los actos del proceso y éste tendrá obligación de hacerlo cuantas veces se le requiera.

Derecho de defensa y abogacía

El derecho de defensa tiene una íntima relación con la independencia y libertad del abogado, así como con la salvaguardia del secreto profesional. El ejercicio pleno de la abogacía garantiza una defensa eficaz de la persona y de los derechos.¹³ Claramente los Colegios de Abogados deben contribuir a la protección de las funciones del abogado en el ejercicio efectivo de la defensa.¹⁴ Una abogacía libre, independiente y digna es competencia de los Colegios de Abogados, haya o no colegiación obligatoria. Mucho más difícil es la tarea ahí donde, como en México, la colegiación es voluntaria, pues el abogado se encuentra a merced de los poderes estatales y fácticos, sin la protección colegial debida o bien con una protección colegial que depende exclusivamente de la seriedad o no del colegio de que se trate. La libertad de expresión del abogado se sustenta en su independencia, que debe ser observada por los poderes públicos.¹⁵

La independencia de la abogacía requiere de un estatuto jurídico privilegiado, de la confianza de la sociedad y de

¹³ Seco Villalba, José Armando, *op. cit.*, p. 47.

¹⁴ Camas Jimena, Manuel, *op. cit.*, p. 72.

¹⁵ Rozas Bravo, Juan Manuel, “El alcance del derecho de defensa y la libertad de expresión de los abogados en el debate forense en España”, en *Juriste International*, Paris, Union Internationale des Avocats, 2013, núm 4, p. 60.

una actuación ética normada.¹⁶ La libertad de defensa requiere de la libertad de expresión y de actuación procesal del abogado,¹⁷ sin embargo, el derecho a la defensa se ve continuamente amenazado por diversos medios y formas, no solamente por el poder público sino por los intereses particulares y delincuenciales. No debemos olvidar que el abogado es un elemento esencial para que la administración de justicia pueda cumplir con los objetivos que la Constitución y la legislación secundaria señalan.¹⁸ Por más reformas que se hagan a la impartición de justicia, éstas no serán suficientes sino incluyen una reforma a la educación jurídica y al ejercicio profesional de la abogacía.

El abogado debe siempre actuar libre respecto de quienes solicitan su patrocinio para aceptar o no su defensa, salvo cuando son designados de oficio por el Colegio de Abogados al que estén incorporados.¹⁹ Una defensa adecuada ejercida por el abogado es siempre útil y necesaria a la sociedad.²⁰

“Sin abogados asistidos del derecho a expresar libre-

¹⁶ Rosal, Rafael del, *op. cit.*, p. 35.

¹⁷ Vives Antón, Tomás, “Observaciones preliminares”, en *Teoría & Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico, El Derecho de Defensa*, Valencia, Tirant Lo Blanch, núm. 8, diciembre, 2010, pág. 10.

¹⁸ Así Moreno Tarrés, Eloy, “Habilidades profesionales”, en Moreno Tarrés, Eloy; Serrano Amado, Roberto y Vernengo Pellejero, Nancy Carina, *Asesoramiento y habilidades profesionales del abogado*, Barcelona, Bosch / Wolters Kluwer, España, 2014, p. 48.

¹⁹ Moliérac, J., *Iniciación a la Abogacía*, trad. Pablo Macedo, 6ª ed., México, Porrúa, 2004, p. 91.

²⁰ Barbosa, Ruy. *O Dever do Advogado: Carta a Evaristo de Morais*, 2ª ed., prefacio de Evaristo de Morais Filho, Brasil, EDIPRO, 2007, p. 57.

mente ante cualquier foro o instancia pública o privada y por cualquier medio lícito, cuanto estime oportuno en abono del interés cuya defensa tenga encomendada, dependiendo exclusivamente en tal empeño del buen fin de dicho interés, y a no sufrir persecución por ello, resulta imposible la realización de la justicia, pues cualquier limitación a la libertad e independencia del abogado haría ilusorio el derecho a la defensa y a la tutela judicial efectiva sobre los que descansa aquélla”.²¹

Es claro que la colegiación obligatoria constituye la mejor garantía de esa libertad e independencia de los abogados, imperativo del servicio que se debe prestar a la sociedad. Toca a los Colegios de Abogados asegurar, además, el mantenimiento del honor, la dignidad, la integridad, la competencia, la deontología y la disciplina profesional.²²

La independencia del abogado se configura a través de la designación y la responsabilidad del mismo. La defensa por medio del derecho de los intereses que le son confiados al abogado constituyen su deber fundamental.²³ Lo anterior exige garantizar la idoneidad y la exigencia deontológica disciplinaria.²⁴ Claro es que la titularidad del derecho de defensa corresponde a la parte, pero es al abogado a quien le toca ejercerlos por el deber de asistencia jurídica que

²¹ Rosal, Rafael del, *Normas deontológicas...*, p. 51.

²² Basla, Enrique Pedro, “El derecho de defensa en Iberoamérica”, en Martí Mingarro, Luis; Martín-Retortillo Baquer, Lorenzo y Basla Enrique, Pedro, *La defensa, una visión iberoamericana*, Argentina, Imprenta Lux, Unión Iberoamericana de Colegios y Agrupaciones de Abogados, 2012, p. 39.

²³ Serra Rodríguez, Adela, *La responsabilidad civil del abogado*, Navarra, Ed. Aranzadi, 2000, p. 336.

²⁴ Basla, Enrique Pedro, “El derecho de defensa en Iberoamérica”, *op. cit.*, p. 79.

tiene en el proceso.²⁵ Es claro que una defensa libre parte de la libertad del defensor, reflejada en la posibilidad de comunicación entre defensor y defendido, sin amenazas a su capacidad profesional, su vida privada, sus bienes y sus comunicaciones.²⁶ Recordemos que “si el derecho es libertad, es nutrido por su ejercicio profesional y su cultivo científico”.²⁷

El reconocimiento del derecho de defensa garantiza que las partes involucradas en un proceso estén siempre en condiciones de defender sus posiciones procesales. “La clave y al mismo tiempo el límite que no puede traspasarse es el de la indefensión”.²⁸

Se ha señalado que “los derechos del hombre son las herramientas de trabajo de los abogados y que, más allá de los concretos intereses del caso, expresan la trascendencia social de su función”.²⁹

No olvidemos además que con la adopción de los Prin-

²⁵ Vives Amón, Tomás, “Observaciones...”, *op. cit.*, p. 10.

²⁶ *Ibidem*, p. 81.

²⁷ Martí Mingarro, Luis, *El abogado en la historia. Un defensor de la razón y de la civilización*, prólogo de Eduardo García de Enterría, Madrid, Civitas, 2001, p. 191.

²⁸ Martí Mingarro, Luis, “Crisis del derecho de defensa”, en Maní Mingarro, Luis; Martín-Retortillo Baquer, Lorenzo y Basla, Enrique Pedro, *La defensa, una visión iberoamericana*, Argentina, Imprenta Lux, Unión Iberoamericana de Colegios y Agrupaciones de Abogados, 2012, p. 89.

²⁹ Hernández-Gil Álvarez-Cienfuegos, *La Edad de los Deberes. Discurso leído el día 17 de junio de 2013 en el acto de su recepción como académico de número por el Excmo. Sr. D. Antonio Hernández-Gil Álvarez-Cienfuegos y contestación del Excmo. Sr. D. Luis Diez-Picazo y Ponce de León*, Madrid, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 2013, p. 18.

ceptos Básicos sobre la Función de los Abogados durante el VIII Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente celebrado en La Habana del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990, el abogado aparece como un “agente fundamental de la administración de justicia”.

Elementos del derecho de defensa

La defensa adecuada entraña una prohibición para el Estado consistente en no entorpecer el ejercicio del derecho de defensa del gobernado y un deber de actuar, en el sentido de informarle el nombre de su acusador, los datos que obren en la causa, brindarle la oportunidad de nombrar un defensor, no impedirle que se entreviste de manera previa y en privado con él y, en general, no impedir u obstaculizar el ejercicio de las cargas procesales que le corresponden dentro del proceso penal para desvirtuar la acusación del Ministerio Público. Se considera que el juez de la causa garantiza la posibilidad de defensa al permitir que se den todas las condiciones necesarias para que el inculcado sea debidamente asistido, tanto formal como materialmente.³⁰

³⁰ Época: Décima Época

Registro: 160044

Instancia: Primera Sala

Tipo de Tesis: Jurisprudencia

Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Libro X*, julio de 2012, t. 1

Materia(s): Constitucional

Tesis: 1ª/J 12/2012 (9a.)

Página: 433

El control de la correcta o incorrecta actitud pro-
DEFENSA ADECUADA. FORMA EN QUE EL JUEZ DE LA CAUSA GARANTIZA SU VIGENCIA. La garantía individual de defensa adecuada contenida en el artículo 20, apartado A, fracción v, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (en su texto anterior a la reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 18 de junio de 2008) entraña una prohibición para el Estado consistente en no entorpecer el ejercicio del derecho de defensa del gobernado y un deber de actuar, en el sentido de informarle el nombre de su acusador, los datos que obren en la causa, brindarle la oportunidad de nombrar un defensor, no impedirle que se entreviste de manera previa y en privado con él y, en general, no impedir u obstaculizar el ejercicio de las cargas procesales que le corresponden dentro del proceso penal para desvirtuar la acusación del Ministerio Público. Así, para proteger la citada garantía es necesario que la labor de quien funja como defensor sea eficaz, pues aquélla no puede concebirse como un mero requisito formal, sino que debe permitir una instrumentación real para tener oportunidades de descargo que, básicamente, permitan al imputado una efectiva participación en el proceso. Ahora bien, el juez de la causa garantiza la posibilidad de defensa al permitir que se den todas las condiciones necesarias para que el inculcado sea debidamente asistido, tanto formal como materialmente, de manera que si en los hechos no puede calificar su adecuada defensa en razón de la forma en que se conduce el defensor respectivo, ello no significa que el juez de la causa viole la garantía en cuestión, pues el control de la correcta o incorrecta actitud procesal del defensor, del debido ejercicio de las cargas procesales, así como de su pericia jurídica, sólo podrían ser materia de responsabilidad profesional, en términos de las leyes administrativas o penales, y según se trate de un defensor de oficio o particular. Esto es, el juez respeta la garantía de defensa adecuada: (i) al no obstruir en su materialización

cesal del defensor, del debido ejercicio de las cargas procesales, así como de su pericia jurídica, son materia de responsabilidad profesional, en términos de las leyes administrativas o penales, y según se trate de un defensor de

(como ocurre cuando niega el derecho a una entrevista previa y en privado o interfiere y obstaculiza la participación efectiva del asesor) y (ii) al tener que asegurarse, con todos los medios legales a su alcance, que se satisfacen las condiciones que posibilitan la defensa adecuada, sin que ello signifique que esté en condiciones de revisar la forma en que los defensores efectivamente logran su cometido, pues ello excedería las facultades que tiene a su cargo para vigilar que en el proceso se garantice una defensa adecuada. Amparo directo 9/2008. 12 de agosto de 2009. Mayoría de cuatro votos. Disidente: Sergio A. Valis Hernández. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretario: Miguel Enrique Sánchez Frías.

Amparo directo 16/2008. 12 de agosto de 2009. Mayoría de cuatro votos. Disidente: Sergio A. Valls Hernández. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretario: Miguel Enrique Sánchez Frías.

Amparo directo 33/2008. 4 de noviembre de 2009. Mayoría de cuatro votos. Disidente: Sergio A. Valls Hernández. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretario: Miguel Enrique Sánchez Frías.

Amparo directo 6/2010. 30 de junio de 2010. Cinco votos. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretario: Julio Veredín Sena Velázquez.

Facultad de atracción 275/2011. Sexto Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito. 28 de marzo de 2012. Cinco votos. Ponente: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Secretaria: Georgina Laso de la Vega Romero. Tesis de jurisprudencia 12/2012 (9a.). Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión privada de veinte de junio de dos mil doce.

oficio o particular. Según la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el juez respeta la garantía de defensa adecuada:

(i) al no obstruir en su materialización (como ocurre cuando niega el derecho a una entrevista previa y en privado o interfiere y obstaculiza la participación efectiva del asesor) y

(ii) al tener que asegurarse, con todos los medios legales a su alcance, que se satisfacen las condiciones que posibilitan la defensa adecuada, sin que ello signifique que esté en condiciones de revisar la forma en que los defensores efectivamente logran su cometido, pues ello excedería las facultades que tiene a su cargo para vigilar que en el proceso se garantice una defensa adecuada.

Se considera que el derecho de defensa tiene manifestaciones concretas que son el derecho a declarar, a rendir prueba, a participar en el procedimiento y a contar con un abogado defensor que le proporcione la asistencia técnica necesaria.³¹ Así, el derecho de defensa implica a su vez diversos derechos que son:

1. Derecho a la asistencia de un abogado.
2. Derecho a ser puesto en libertad o bien a disposición judicial en un plazo no mayor a 72 horas después de que se produce la detención.
3. Derecho del detenido a conocer de qué se le acusa.
4. Derecho a guardar silencio, a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable.
5. Derecho a la confidencialidad y al secreto del abogado.

³¹ García Odgers, Ramón, *op. cit.*, p. 119.

El deber de confidencialidad, fundado en la necesidad de comunicación libre entre el abogado y su cliente, es “la obligación de no divulgar información ni secretos obtenidos en el curso de la relación abogado–cliente”.³² Se considera que este deber está ligado al derecho a declarar o a guardar silencio y no autoincriminarse por parte del imputado. El secreto profesional es tanto un derecho como un deber del abogado, inherente a la profesión y al derecho de defensa, fundamentado en la confianza y confidencialidad de las relaciones entre cliente y abogado.³³ El abogado debe guardar rigurosamente el secreto que le es confiado por el cliente y no debe divulgarlo de ninguna forma, bajo ningún pretexto y en ningún momento.³⁴

El secreto profesional se encuentra tutelado tanto por las normas jurídicas como por las de ética profesional y forma parte esencial del derecho de defensa y su garantía y protección atiende a la defensa de la defensa. La Declaración de Perugia sobre principios deontológicos de la Abogacía de la Comunidad Europea de 16 de septiembre de 1977 sostiene en su punto IV que el secreto profesional es un derecho y deber fundamental y primordial de la profesión, formando parte de la naturaleza de la profesión de abogado.³⁵

³² Azerrad, Marcos E., *Ética y secreto profesional del abogado. Ejercicio y función social de la abogacía*, Buenos Aires, Cathedra Jurídica, 2007, p. 25.

³³ Debasa Navalpotro, Felipe R., (ed. y coord.), *Los abogados en Iberoamérica. La UIBA XXX Aniversario*, Madrid, Unión Iberoamericana de Colegios y Agrupaciones de Abogados, La Ley, Wolters Kluwer, 2006, p. 130.

³⁴ Payen, Fernand, *Le Barreau. L'Art et la Fonction*, París, Bernard Grasset, 1934, p. 183.

³⁵ Debasa Navalpotro, Felipe R., (ed. y coord.), *op. cit.*, p. 131.

La Ley Reglamentaria del artículo 5° Constitucional, relativo al Ejercicio de las Profesiones en el Distrito Federal, contempla brevemente en su artículo 36 la obligación de guardar el secreto profesional en el sentido de que todo profesionista está obligado a guardar estrictamente el secreto de los asuntos que se le confíen por sus clientes, salvo los informes que obligatoriamente establezcan las leyes respectivas.

El derecho a una defensa adecuada, conforme a la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación,³⁶

³⁶ Época: Décima Época

Registro: 2003959

Instancia: Primera Sala

Tipo de Tesis: Aislada

Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro XXII*, julio de 2013, t. 1

Materia(s): Constitucional

Tesis: 1ª CCXXVI/2013 (10a.)

Página: 554

DEFENSA ADECUADA EN MATERIA PENAL. ALCANCES Y MOMENTO A PARTIR DEL CUAL SE ACTUALIZA ESTE DERECHO FUNDAMENTAL. El derecho a una defensa adecuada, contenido en el artículo 20, apartado A, fracción IX, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (en su texto anterior a la reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 18 de junio de 2008), consiste en que el inculcado tendrá derecho a una defensa, por medio de su abogado y a que éste comparezca en todos los actos del proceso, quien tendrá la obligación de hacerlo cuantas veces se le requiera, lo que se actualiza desde que aquél es puesto a disposición del Ministerio Público; esto es, desde la etapa ministerial deberá contar con la asistencia efectiva del profesional, entendiéndose como tal, la presencia física y la ayuda efectiva del asesor legal, quien deberá velar porque el

implica que el inculpado tenga derecho a una defensa, por medio de su abogado y a que éste comparezca en todos los actos del proceso, quien tendrá la obligación de hacerlo cuantas veces se requiera, lo que se actualiza desde que aquél es puesto a disposición del Ministerio Público. Así, la asistencia efectiva del profesional consiste en la presencia física y la ayuda efectiva del asesor legal, quien deberá velar porque el proceso se siga con apego a los principios del debido proceso, y éste no sea viciado, asegurando a la postre el dictado de una sentencia que cumpla con los requisitos,

proceso se siga con apego a los principios del debido proceso, y éste no sea viciado, asegurando a la postre el dictado de una sentencia que cumpla con los requisitos, valores y principios legales y constitucionales que permean en el debido proceso penal: lo que deberá observarse en todas aquellas diligencias o actuaciones y etapas procesales en las cuales es eminentemente necesaria la presencia del inculpado, en las que activa, directa y físicamente participe o deba participar, así como en aquellas en las que de no estar presente, se cuestionarían o pondrían gravemente en duda la certeza jurídica y el debido proceso. Esto es así, porque la defensa adecuada representa un derecho instrumental cuya finalidad es asegurar que el poder punitivo del Estado se desplegará a través de un proceso justo, lo que además busca asegurar que pueda tener garantizados en su integridad sus derechos fundamentales, como lo es no declarar, no autoincriminarse, no ser incomunicado, no sufrir tortura alguna, ni ser detenido arbitrariamente, así como ser informado de las causas de su detención, entre otras.

Amparo directo en revisión 1424/2012.6 de febrero de 2013. Cinco votos; Arturo Zaldívar Lelo de Larrea reservó su derecho para formular voto concurrente. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretario: Ignacio Valdés Barreiro.

valores y principios legales y constitucionales que permean en el debido proceso penal; lo que deberá observarse en todas aquellas diligencias o actuaciones y etapas procesales en las cuales es eminentemente necesaria la presencia del inculpado, en las que activa, directa y físicamente participe o deba participar, así como en aquellas en las que, de no estar presente, se cuestionarían o pondrían gravemente en duda la certeza jurídica y el debido proceso. Sostiene la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que la defensa adecuada representa un derecho instrumental cuya finalidad es asegurar que el poder punitivo del Estado se desplegará a través de un proceso justo, lo que además busca asegurar que pueda tener garantizados en su integridad sus derechos fundamentales, como lo es no declarar, no autoincriminarse, no ser incomunicado, no sufrir tortura alguna, ni ser detenido arbitrariamente, así como ser informado de las causas de su detención, entre otras.

Fuentes

- AZERRAD, Marcos E., *Ética y secreto profesional del abogado. Ejercicio y función social de la abogacía*, Buenos Aires, Cathedra Jurídica, 2007.
- BARBOSA, Ruy, *O Dever do Advogado: Carta a Evaristo de Morais*, 28 ed. Prefácio de Evaristo de Morais Filho, Brasil, EDIPRO, 2007.
- BASLA, Enrique Pedro, “El derecho de defensa en Iberoamérica”, en Martí Mingarro, Luis; Martín-Retortillo Baquer, Lorenzo y Basla, Enrique Pedro, *La defensa, una visión iberoamericana*, Argentina, Imprenta Lux, Unión Iberoamericana de Colegios y Agrupaciones de Abogados, 2012.
- CRUZ BARNEY, Óscar, *Aspectos de la regulación del ejer-*

- cicio profesional del Derecho en México*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Tirant Lo Blanch, 2013.
- DEBASA NAVALPOTRO, Felipe R., (ed. y coord.), *Los abogados en Iberoamérica. La UIBA XXX Aniversario*, Madrid, Unión Iberoamericana de Colegios y Agrupaciones de Abogados, La Ley / Wolters Kluwer, 2006.
- GARRIDO SUÁREZ, Hilda Ma., *Deontología del abogado: el profesional y su confiabilidad*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, Fundación Gregorio Peres-Barba, Edisofer, 2011.
- HERNÁNDEZ-GIL ÁLVAREZ-CIEN FUEGOS, Antonio, *La Edad de los Deberes. Discurso leído el día 17 de junio de 2013 en el acto de su recepción como académico de número por el Excmo. Sr. D. Antonio Hernández-Gil Álvarez-Cienfuegos y contestación del Excmo. Sr. D. Luis Díez-Picazo y Ponce de León*, Madrid, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 2013.
- MARTÍ MINGARRO, Luis, “Crisis del derecho de defensa”, en Martí Mingarro, Luis; Martín-Retortillo Baquer, Lorenzo y Basla Enrique Pedro, *La defensa, una visión iberoamericana*, Argentina, Imprenta Lux, Unión Iberoamericana de Colegios y Agrupaciones de Abogados, 2012.
- _____, *El abogado en la historia, un defensor de la razón y de la civilización*, prólogo de Eduardo García de Enterría, Madrid, Civitas, 2001.
- MOLIÉRAC, J., *Iniciación a la abogacía*, trad. Pablo Macedo, 6ª ed., México, Porrúa, 2004.
- MORENO TARRÉS, Eloy, “Habilidades profesionales”, en Moreno Tarrés, Eloy, Serrano Amado, Roberto y Vernengo Pellejero, Nancy Carina, *Asesoramiento y habilidades profesionales del abogado*, Barcelona, Bosch / Wolters Kluwer España, 2014.

- PAYEN, Fernand, *Le Barreau. L'art et la fonction*, París, Bernard Grasset, 1934.
- ROSAL, Rafael del, *Normas deontológicas de la abogacía española. Una doctrina construida a partir del ejercicio de la competencia disciplinaria*, Madrid, Thomson Civitas, 2002.
- SECO Villalba, José Armando, *El derecho de defensa. La garantía constitucional de la defensa en el juicio, Primer premio otorgado por la Asociación de Abogados de Buenos Aires*, Buenos Aires, Depalma, 1947.
- SERRA RODRÍGUEZ, Adela, *La responsabilidad civil del abogado*, Navarra, Aranzadi, 2000.
- TORRE DÍAZ, Javier de la, *Deontología de abogados, jueces y fiscales*, Madrid, Universidad Pontificia de Comillas, 2008.

Hemerografía

- BUSTAMANTE CEDILLO, Armando R., “Consideraciones en torno a la necesidad de la “Colegiación Obligatoria” en el ejercicio profesional de la abogacía en México”, en *Lecturas Jurídicas*, Chihuahua, UACH, época v, septiembre, 2008, núm. 7.
- CAMAS JIMENA, Manuel, “La abogacía institucional y la tutela del derecho de defensa”, en *Teoría & Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico, El Derecho de Defensa*, Valencia, Tirant Lo Blanch, núm. 8, diciembre, 2010.
- CRUZ BARNEY, Óscar, “Ética y colegiación obligatoria”, en *El Ilustre*, México, Ilustre y Nacional Colegio de Abogados de México, núm. 2, 2011.
- GARCÍA ODGERS, Ramón, “El ejercicio del derecho a defensa técnica en la etapa preliminar del proceso penal”, en *Revista de Derecho*, Concepción, Chile, Universidad de Concepción, núms. 223-224, Año LXXVI, enero-junio/julio-diciembre, 2008.

MORENO CATENA, Víctor, “Sobre el derecho de defensa”, en *Teoría & Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico, El Derecho de Defensa*, Valencia, Tirant Lo Blanch, número 8, diciembre, 2010.

ROZAS BRAVO, Juan Manuel, “El alcance del derecho de defensa y la libertad de expresión de los abogados en el debate forense en España”, en *Juriste International*, París, Union Internationale des Avocats, 2013, núm 4.

VIVES ANTÓN, Tomás, “Observaciones preliminares”, en *Teoría & Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico, El Derecho de Defensa*, Valencia, Tirant Lo Blanch, núm. 8, diciembre, 2010.

Otras fuentes

Convenio Europeo de Derechos Humanos, revisado en conformidad con el Protocolo núm. 11 que entró en vigor el 01 de noviembre 1998.

Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica o CADH, suscrita el 22 de noviembre de 1969.

Declaración Universal de los Derechos Humanos adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 217 A (III) el 10 de diciembre de 1948.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Decreto Promulgatorio. Se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* del 20 de mayo de 1981 y la *Fe de Erratas* en el *Diario Oficial de la Federación* del 22 de junio de 1981. [http://ww\v.c!2:ae.es/portalCGAEíprintPortal.do?urIPalZina=SOOI0\]2001/esES.html](http://ww.v.c!2:ae.es/portalCGAEíprintPortal.do?urIPalZina=SOOI0]2001/esES.html).

La prevención, detección y sanción de operaciones con recursos de procedencia ilícita en la actividad del notario público

Patricia Lucila González Rodríguez

PATRICIA LUCILA GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, licenciada por la Universidad Autónoma del Estado de Chihuahua, maestra en Ciencias Jurídico-Penales, doctora en Derecho por la Universidad Autónoma de Tlaxcala con la colaboración de la Universidad Autónoma de Barcelona. Profesora universitaria, investigadora del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Ha sido Juez Penal del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Chihuahua; es autora del *Manual de la preservación de la escena del crimen en el modelo acusatorio* y del *Manual de los protocolos de investigación policial y las actas policiales en el sistema* y coordinadora de las "Segundas Jornadas sobre Juicios Orales" que realiza el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

EN UN MUNDO DE IDEAS IMPOSIBLE DE ABARCAR EN UNA vida humana, la organización y eficiencia de las actividades profesionales son un elemento de suprema importancia en la enseñanza universitaria y la vida competitiva de los profesionistas. La actividad del notario público que aspira a ser exitosa y útil debe ceñirse a esta práctica intelectual.

Es necesaria la disciplina para pensar con rigor y precisión, y ponderar, sin dogmatismos, nuestras ideas, orientadas en este caso a reflexionar sobre acciones que impidan la realización de actos notariales que pudieran encubrir, por omisión o por acción, algunas operaciones desarrolladas con recursos de procedencia ilícita. Este trabajo pretende ampliar el horizonte en el análisis de la Ley Federal para la Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita publicada el 10 de octubre del año 2012 en el *Diario Oficial de la Federación* y su conexión con la actividad notarial en México, con una perspectiva de sistematización de información útil y relevante para la prevención delictiva.

En efecto, la citada pretensión busca además aumentar la autoconciencia de quienes están involucrados en diversos actos notariales que la ley federal destaca, con la finalidad de establecer un orden eficiente a través de la creación de un sistema de organización y administración que conduzca al quehacer eficaz del notario público en la elaboración y entrega de los Avisos a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y que ordena el artículo 17 fracción XII de la legislación mencionada en el párrafo precedente y que refiere las actividades vulnerables objeto de identificación en la actividad notarial mexicana.

La Ley Federal para la Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita en el artículo 2º determina, que el objeto de la ley es proteger el sistema financiero y la economía nacional. Para cumplir con dicho objeto se establecen medidas y procedimientos tendentes a prevenir y detectar actos u operaciones que involucren recursos de procedencia ilícita. En esta legislación se define al notario público como aquel a quien se le confiere la facultad de dar fe pública en el ejercicio de sus atribuciones, establecidas en las normas correspondientes cuando intervengan en actividades vulnerables.

Una medida o procedimiento para prevenir y detectar esta clase de operaciones, que intenta, sin tecnicismos excesivos, introducir al interesado en un mecanismo de prevención, es aquella asociada a un sistema de gestión vinculado a la actividad conjunta que pueden desempeñar las notarías públicas con la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y la Unidad Especializada en Análisis Financiero de la Procuraduría General de la República, semejante a los más avanzados sistemas de investigación del mundo contemporáneo que producen información de calidad a través de las tecnologías computacionales.

Sostenemos que la precisión del sistema de gestión de orden notarial se puede dar mediante cierto tipo de prácticas innovadoras desarrolladas en conjunto con la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y la Unidad Especializada de Análisis Financiero. Una buena práctica, que llamaremos de prevención y detección de actos u operaciones que involucren recursos de procedencia ilícita, es de fundamental importancia y puede ser el motor de prueba en torno al grado de cumplimiento del objeto que describe la ley federal citada.

Las habilidades en la organización y administración de la actividad notarial en la producción de información son de la mayor importancia. La amenaza latente de errores potenciales por ausencia o fallas de un sistema de gestión notarial, hacen de este tipo de prácticas una verdadera prueba de fuego y un vigoroso ejercicio intelectual.

No olvidemos que las notarías públicas son oficinas y como tales pueden ser bien o mal administradas. La buena organización y administración de su información debe necesariamente articularse con las instituciones públicas responsables del cumplimiento de la ley federal, fundamentalmente en lo relacionado con las actividades vulnerables. Esto con la finalidad de encontrar mecanismos para crear las mejoras necesarias en la calidad del servicio notarial y en el reforzamiento a la investigación eficiente para la prevención y detección de actos u operaciones que buscan la captación de recursos de procedencia ilícita.

El examen de este tema como mecanismo de prevención, particularmente en su correlación con la actividad de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público así como con la Unidad Especializada de Análisis Financiero, debe partir de la creatividad, la sustancialidad de la actividad notarial vinculada a la investigación criminológica y criminalística de orden preventivo y también a la amplitud de miras

y criterios en la evaluación crítica del actual sistema de organización y administración que aplican las notarías públicas en nuestro país.

Acortar la distancia entre ambas actividades y su materialización asociativa mediante la conectividad de un sistema informático de calidad para la detección de actos u operaciones que pretenden la captación de recursos de procedencia ilícita, es una actividad que juzgamos de la mayor importancia para la tarea crucial del notario público en cumplimiento del objeto de la citada ley federal, que constituye precisamente la protección del sistema financiero y la economía nacional.

De manera a complementar lo expuesto en la ley federal y extender el debate para un proceso de instrumentación entre la actividad del notario público y la función de prevención que le compete a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y otras instituciones públicas involucradas, debemos atender la descripción de las Actividades Vulnerables asociadas a la actividad notarial que refiere la citada ley en su artículo 17 fracción XII en la que se indica:

Para efectos de esta Ley se entenderán Actividades Vulnerables y, por tanto, objeto de identificación en términos del artículo siguiente, las que a continuación se enlistan:

XII. La prestación de servicios de fe pública, en los términos siguientes:

A. Tratándose de los notarios públicos:

a) La transmisión o constitución de derechos reales sobre inmuebles, salvo las garantías que se constituyan a favor de instituciones del sistema financiero u organismos públicos de vivienda.

Estas operaciones serán objeto de Aviso ante la Secretaría cuando en los actos u operaciones el precio pactado, el valor

catastral o, en su caso, el valor comercial del inmueble, el que resulte más alto, o en su caso el monto garantizado por suerte principal, sea igual o superior al equivalente en moneda nacional a dieciséis mil veces el salario mínimo vigente para el Distrito Federal.

b) El otorgamiento de poderes para actos de administración o dominio otorgados con carácter irrevocable. Las operaciones previstas en este inciso siempre serán objeto de Aviso.

c) La constitución de personas morales, su modificación patrimonial derivada de aumento o disminución de capital social, fusión o escisión, así como la compraventa de acciones y partes sociales de tales personas.

Serán objeto de Aviso cuando las operaciones se realicen por un monto igual o superior al equivalente a ocho mil veinticinco veces el salario mínimo vigente en el Distrito Federal.

d) La constitución o modificación de fideicomisos traslativos de dominio o de garantía sobre inmuebles, salvo los que se constituyan para garantizar algún crédito a favor de instituciones del sistema financiero u organismos públicos de vivienda.

Serán objeto de Aviso cuando las operaciones se realicen por un monto igual o superior al equivalente a ocho mil veinticinco veces el salario mínimo vigente en el Distrito Federal.

e) El otorgamiento de contratos de mutuo o crédito, con o sin garantía, en los que el acreedor no forme parte del sistema financiero o no sea un organismo público de vivienda.

Las operaciones previstas en este inciso siempre serán objeto de Aviso.

El objeto principal de la conectividad entre la Secretaría, la Unidad Especializada en Investigación Fi-

nanciera y las notarías públicas sería un esfuerzo aun incompleto por la unilateralidad de la norma jurídica por incorporar criterios económicos y administrativos en un nuevo sistema de organización y administración notarial para el cumplimiento de la ley federal en materia de Avisos en torno a actos u operaciones que permitan detectar y prevenir el empleo de recursos de procedencia ilícita tanto en su diseño estructural como en su proceso de instalación.

Los Avisos que deben proporcionar los notarios públicos a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, no sólo requieren de una instancia de coordinación y cooperación que facilite la producción y entrega de la información, además es necesario dotar a las notarías públicas y a las oficinas de la citada Secretaría de las capacidades de organización y administración conjunta en la sistematización de la información que se exige y la que se recibe, que son indispensables para realizar el mejoramiento en la prevención y detección de actos y operaciones relacionados con recursos de procedencia ilícita.

El segundo aspecto que resulta trascendente y que debe ser objeto de reflexión dentro de la actividad notarial, es aquél relacionado con la necesidad de producir investigación empírica que permita responder a las siguientes preguntas: ¿Han sido capaces las notarías públicas, a partir de la reformas, de cambiar verdaderamente el funcionamiento del sistema de información, léase Avisos, del modo en que lo postula la Ley Federal? ¿En qué medida este cambio se ha producido y en qué actividades no se ha producido?

Sin duda, la investigación empírica mostraría las principales tendencias del quehacer cotidiano de las notarías públicas en su correlación de funcionamiento con la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, en la producción de información derivada de los Avisos, y su impacto en la prevención y detección de actos u operaciones productos

de la captación de recursos de procedencia ilícita. Mostraría también aquella información no procesada por ausencia o limitaciones del sistema de gestión notarial.

De modo general, dos grandes conclusiones serían posibles. La primera, una fuerte homogeneidad y vigor en el proceso de instrumentación de la reforma asociada al envío y entrega de los Avisos a través de un sistema de gestión notarial eficiente y eficaz, a pesar de las diferencias que suelen existir entre los sistemas de organización y administración de cada una de las notarías públicas en el país. La segunda, las reformas de la Ley Federal no parecerían ofrecer los resultados esperados para la prevención y detección de actos u operaciones interconectados con recursos de procedencia ilícita.

Si se encontrara semejante deficiencia, según lo que arroje el estudio o investigación empírica, se explicaría por que los procesos de reforma que contiene la Ley Federal se debilitan y su dinamismo decae cuando surgen los principales obstáculos al inicio y durante el proceso de implementación de las reformas.

Ahora bien, dentro del rubro de las obligaciones se establece, de acuerdo al artículo 18 de la citada Ley Federal, que quienes realicen las actividades vulnerables tendrán que identificar a los clientes y usuarios, y solicitarles la información sobre su actividad u ocupación, entre otras. Una consecuencia natural de estas obligaciones es una mayor claridad acerca de cuáles son y cómo debe desarrollarse el sistema de gestión notarial para, como lo impone a manera de obligación la citada Ley, custodiar, proteger, resguarda y evitar la destrucción u ocultamiento de la información y documentación que sirva de soporte a la Actividad Vulnerable, así como la que identifique a sus clientes o usuarios.

Los elementos descritos con anterioridad quizás no

sean suficientes para la instalación y manejo racional del sistema de gestión notarial; sin embargo, son un primer acercamiento al mismo y además, resultan condiciones necesarias e indispensables, para alcanzar modos más eficientes de concentración segura e intercambio de la información entre las notarías públicas y la Secretaría de Hacienda y Crédito Público o en su caso, con la Unidad Especializada de Investigación Financiera.

Las ciencias económicas y administrativas proveen de criterios y técnicas para incrementar significativamente la eficacia y la eficiencia de las organizaciones. Incluso, éstos permiten demostrar claramente que instituciones sin objetivos ni metas, sin control ni evaluación de desempeño, entre otros aspectos, tienden a ser más improductivas en el ámbito de los servicios; en consecuencia, la provisión de servicios notariales no es ajena a este problema.

La mayor eficiencia en el uso de recursos disponibles habitualmente tiene dos dimensiones; primero, aprovechar mejor los recursos, en este caso, de la actividad notarial, y segundo, hacerlo en las actividades más convenientes como lo son aquellas obligaciones previstas en el artículo 18 de la Ley Federal para la Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita, abarcando la conservación de la información por un plazo de cinco años, controlando también los tiempos para la presentación de los Avisos a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, sin perjuicio de observar las medidas simplificadas que establece el Reglamento de la citada ley federal.

En el contexto siempre inevitable de recursos limitados, cualquier sistema notarial de gestión debería utilizar criterios económico administrativos con el objeto de fomentar una mayor eficiencia y eficacia, y así satisfacer de mejor forma las expectativas y demandas de la mencionada

ley federal y de la sociedad mexicana en materia de prevención y detección de actos tendentes a la realización de operaciones con recursos de procedencia ilícita. Tanto el diseño de un nuevo modelo de gestión notarial para el procesamiento y entrega de información como aquel dirigido al cumplimiento de obligaciones derivadas de la Ley federal, se verán beneficiados con la incorporación de esos criterios económicos y administrativos que en ocasiones son desdeñados por la práctica profesional cotidiana.

El modelo operativo de las notarías públicas apunta en el fondo a lograr los mismos objetivos y no es más que una herramienta adicional dentro de este proceso que proponemos para procesar y proporcionar la información requerida por la Ley Federal para la Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita. Justamente por ese motivo un nuevo modelo operativo de gestión notarial debe considerarse desde una perspectiva más integral. La implantación de un nuevo modelo de gestión en las notarías públicas que utilice criterios económico administrativos, no es un proceso a corto plazo; su impacto debe evaluarse con ese criterio. Por tanto, es muy importante incluir en un proyecto de esta naturaleza logros de corto plazo para disminuir la presión externa y mejorar la confianza interna en el proceso por parte de sus operadores.

Un modelo de gestión notarial que conduzca a dar cumplimiento eficiente y eficaz a la Ley Federal, en su experiencia piloto, suele ser costoso ya que va en contra del paradigma anterior; además, no sólo es preciso desarrollar la nueva tecnología e implementarla en el procesamiento y entrega de la información que exige la ley para prevenir actos y operaciones de recursos de procedencia ilícita, sino que se debe hacer eliminando todo tipo de costumbres del sistema anterior. Se sugiere iniciarlo para reducir costos

y aumentar la curva de aprendizaje en notarías públicas que ya cuentan con inmejorables tecnologías de la información, en estos casos, el nuevo modelo de gestión notarial funcionaría en general con más rapidez y menores niveles de resistencia.

Aunque no se perciba como una ventaja a corto plazo, es indispensable asegurar la participación directa de aquellos operadores de las notarías públicas que estarán involucrados en el procesamiento y entrega de la información a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público o en su defecto, a la Unidad Especializada de Investigación Financiera para que la fase de planeación como durante la fase de ejecución del modelo de gestión notarial se desarrollen con éxito.

Las nuevas prácticas y destrezas del personal de las notarías, sin contexto, podrían ser solo un ejercicio simulado carente de sentido. Recordemos que el sentido surge de una necesidad, por este motivo, el proyecto de creación del modelo de gestión notarial debería ser objeto de estudio y análisis por quienes se van a ver involucrados en su aplicación; de esta manera darían significado a lo que se busca emprender, es decir, encontrarían sus propios motivos, su alcance y la definición de sus metas en un sistema de prevención y detección de actos y operaciones con recursos de procedencia ilícita.

La cultura en la profesión jurídica muestra que esto sólo puede hacerse desde la realidad actual. Cualquier modelo de gestión notarial adoptado en la administración y organización de la información de las notarías públicas, no será más que una herramienta que puede utilizarse como instrumento en el cumplimiento de las obligaciones que impone la Ley Federal para la Prevención y Detección de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita o como excusa para perpetrar viejos patrones de conducta tendentes a ocultar la información en un colapsado paradigma de gestión.

El camino para generar una nueva cultura de gestión administrativa en la actividad notarial se centra en negociar nuevos significados, en construir desde una perspectiva profesional colectiva una nueva mirada de la realidad y un nuevo sentido de lo que se quiere lograr en las notarías públicas de nuestro país. Allí están los nuevos motivos, culturalmente relevantes sólo en la medida en que sean compartidos por el sector dedicado a este tipo de tareas.

Por lo tanto, el valor del nuevo proyecto de mejoramiento organizacional propuesto para el procesamiento y entrega de información que exige la mencionada Ley Federal a la actividad de los notarios públicos, no estriba en sus resultados de corto plazo, sino en que sepamos considerarlos, desde una perspectiva de enseñanza, como los mejores escenarios disponibles para la construcción de una nueva cultura notarial en el desarrollo de un mecanismo de prevención y detección de operaciones tendentes a obtener recursos de procedencia ilícita. Obviamente, este mecanismo estará centrado en claros principios de transparencia, democráticos, de efectividad y respeto de la ley.

La actividad notarial y la nueva generación de delitos

El papel que tiene asignado el derecho penal es el de tutelar los bienes e intereses fundamentales que posibilitan una vida pacífica en sociedad, mediante el menor sacrificio posible de la libertad como valor supremo del ser humano. Entiéndase bien, ni siquiera en la mejor de las hipótesis posibles, una legislación penal asentada en un ordenamiento jurídico presidido por los valores guía de un sistema democrático (libertad, seguridad, dignidad y libre

desarrollo de la personalidad), debe evitar cualquier tipo de demandas coyunturales de intervención. Si las aceptara, negaría su propia base legitimadora. En otras palabras, el legislador democrático debe huir de la tentación de utilizar las leyes penales como un mecanismo de represión.

Sin duda es legítimo, incluso necesario, que el Estado social y democrático de derecho, proceda con firmeza a una intervención decidida en el tejido social para defender y promover los valores e intereses que libremente los ciudadanos han optado por situar en la más alta cúspide del ordenamiento jurídico y que abarque los intereses de todos los ciudadanos, o bien, algunos estados de vulnerabilidad.

En una época en la que transparencia y rendición de cuentas son componentes esenciales de la democracia representativa, deben protegerse en el ámbito del patrimonio estatal los bienes más significativos frente a los más violentos ataques criminales que emergen del encubrimiento o colaboración para el lavado de dinero. El carácter afflictivo del mecanismo punitivo de que dispone el Estado, con la mera presencia de las conminaciones penales, en el sentido de que cercena los derechos y libertades fundamentales del individuo, obliga a hacer un uso del mismo constantemente tamizado por el principio de justicia y confrontado con las exigencias de utilidad y verdadera necesidad, frente a otros instrumentos menos violentos de que dispone el Estado de derecho.

Es trascendente retener que el derecho penal debe ser utilizado en casos extremos en la regulación de la vida de los ciudadanos de un país democrático, como por ejemplo aquellos en los que la actividad notarial es utilizada ilegítimamente y transgrede el cumplimiento de normas previstas en la Ley Federal para la Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita.

Esta legislación describe en su capítulo VIII titulado “De los delitos” algunas figuras delictivas. Destaca en el artículo 62 que en un tipo penal alternan dos actividades antijurídicas, la primera dirigida al sujeto activo que proporcione de manera dolosa a quienes deban dar Avisos, información, documentación, datos o imágenes que sean falsos, o sean completamente ilegibles, para ser incorporados en aquéllos que deban presentarse. La segunda, sanciona al que modifique o altere información, documentación, datos o imágenes destinados a ser incorporados a los Avisos, o incorporados en avisos presentados.

En la doctrina, las principales formas de abuso y desvío de la función notarial se encuentran en el soborno y la corrupción. Las descripciones típicas del párrafo anterior, obedecen al inevitable riesgo siempre latente que representa la actividad de los notarios públicos. Este tipo de delitos suelen integrar en los estudios criminológicos una vasta categoría en la que se entremezclan intereses de poderosos grupos económico-delinuenciales y personas que laboran en notarías públicas.

Los comportamientos como los descritos en el aludido delito tienen el propósito de eludir las obligaciones que impone la ley federal antes mencionada, causando estragos en la prevención y detección de algunas operaciones de procedencia ilícita.

En esas circunstancias queda legitimada lo que se denomina en el derecho penal “una intervención mínima” en la esfera jurídica general de los gobernados y, por ello, la comentada ley federal castiga las conductas más lesivas socialmente con sanciones ejemplares, con la finalidad de disuadir oportunamente acciones futuras de lavado de dinero encubiertas por ciertos actos que requieren la intervención notarial para ocultar o encubrir la procedencia de ciertas fortunas, haberes o propiedades. La actividad

notarial se convierte en un instrumento para encubrir estas acciones ilícitas que en coautoría o coparticipación cometen algunos de la profesión notarial.

Por ello, las normas de punibilidad derivadas de la Ley Federal para la Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita, que sancionan el abuso y desvío de la actividad notarial, merecen una especial atención. Para la protección jurídica existen diversas vías y mecanismos: frente a una lesión de intereses de orden público mediante actos ilícitos cabe, en primer lugar, una reacción del ordenamiento jurídico de carácter reparador, es decir, orientada a la restauración del perjuicio o daños causados; también opera una reacción de carácter punitivo mediante la imposición de sanciones por el delito cometido.

Estas normas punibles tienen su origen en las recomendaciones de la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional también conocida como Convención de Palermo, cuyo propósito es promover la cooperación para prevenir y combatir esta clase de criminalidad. El artículo 6 de dicha Convención señala que cada Estado parte, atendiendo a sus principios fundamentales internos, adoptará las medidas legislativas y de otra índole necesarias para penalizar el “blanqueo del producto del delito” en el cual se establecen las modalidades bajo las cuales debería tipificarse:

Artículo 6. Penalización del blanqueo del producto del delito.

1. Cada Estado Parte adoptará, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente:

a) i) La conversión o la transferencia de bienes, a sabiendas de que esos bienes son producto del delito, con el propósito

de ocultar o disimular el origen ilícito de los bienes o ayudar a cualquier persona involucrada en la comisión del delito determinante a eludir las consecuencias jurídicas de sus actos;

ii) La ocultación o disimulación de la verdadera naturaleza, origen, ubicación, disposición, movimiento o propiedad de bienes o del legítimo derecho a éstos, a sabiendas de que dichos bienes son producto del delito;

b) Con sujeción a los conceptos básicos de su ordenamiento jurídico:

i) La adquisición, posesión o utilización de bienes, a sabiendas, en el momento de su recepción, de que son producto del delito;

ii) La participación en la comisión de cualesquiera de los delitos tipificados con arreglo al presente artículo, así como la asociación y la confabulación para cometerlos, el intento de cometerlos, y la ayuda, la incitación, la facilitación y el asesoramiento en aras de su comisión.

2. Para los fines de la aplicación o puesta en práctica del párrafo 1 del presente artículo:

a) Cada Estado Parte velará por aplicar el párrafo 1 del presente artículo a la gama más amplia posible de delitos determinantes;

b) Cada Estado Parte incluirá como delitos determinantes todos los delitos graves definidos en el artículo 2 de la presente Convención y los delitos tipificados con arreglo a los artículos 5, 8 y 23 de la presente Convención. Los Estados Parte cuya legislación establezca una lista de delitos determinantes incluirán entre éstos, como mínimo, una amplia gama de delitos relacionados con grupos delictivos organizados;

c) A los efectos del apartado b), los delitos determinantes incluirán los delitos cometidos tanto dentro como fuera de la jurisdicción del Estado Parte interesado. No obstante, los delitos cometidos fuera de la jurisdicción de un Estado Parte constituirán delito determinante siempre y cuando el acto corres-

pondiente sea delito con arreglo al derecho interno del Estado en que se haya cometido y constituyese asimismo delito con arreglo al derecho interno del Estado Parte que aplique o ponga en práctica el presente artículo si el delito se hubiese cometido allí;

d) Cada Estado Parte proporcionará al Secretario General de las Naciones Unidas una copia de sus leyes destinadas a dar aplicación al presente artículo y de cualquier enmienda ulterior que se haga a tales leyes o una descripción de ésta;

e) Si así lo requieren los principios fundamentales del derecho interno de un Estado Parte, podrá disponerse que los delitos tipificados en el párrafo 1 del presente artículo no se aplicarán a las personas que hayan cometido el delito determinante;

f) El conocimiento, la intención o la finalidad que se requieren como elemento de un delito tipificado en el párrafo 1 del presente artículo podrán inferirse de circunstancias fácticas objetivas.

Como se ha tratado de mostrar, estas recomendaciones impulsaron la actividad legislativa para la creación de nuevos tipos penales que reforzarán el único tipo penal que estaba relacionado con el blanqueo de capitales. Oportuno es recordar que la potestad sancionadora del Estado mexicano se había limitado históricamente a describir el delito de lavado de dinero.

Efectivamente, antes de emitir la Ley objeto del presente análisis e incluso antes de firmar dicha Convención, en mayo de 1996, tipificó el blanqueo de dinero bajo la denominación de “operaciones con recursos de procedencia ilícita” a través del artículo 400 bis del Código Penal Federal. Innegablemente, una tipificación de gran importancia pero de escasa aplicación para aquellas conductas que conjuntamente con otras actividades como

la distorsión y uso indebido de la función notarial, pueden por la naturaleza de los actos lesionar gravemente intereses de orden público.

Por otro lado, el artículo 63 fracción II establece una punibilidad severa de cuatro a diez años de prisión para quienes sin contar con la autorización de la autoridad competente, revelen, divulguen, por cualquier medio, información en la que se vincule a una persona física o moral o servidor público con cualquier Aviso o requerimiento de información hecho entre autoridades, en relación con algún acto u operación relacionada con las “Actividades Vulnerables”, independientemente de que el Aviso exista o no.

Ambos tipos penales de la Ley Federal, refuerzan el principio de legalidad, ratifican su exclusiva vigencia en materia penal, como única fuente de creación de los delitos y de las faltas. Cumplen con el principio de taxatividad y seguridad jurídica, exigen como en el caso, que las leyes penales en sentido técnico contengan, en la descripción de los comportamientos prohibidos penalmente y sujetos a una sanción, solamente términos descriptivos y que dichos términos sean lo más precisos posible, como lo hace el legislador racional al mencionar en forma detallada las acciones antijurídicas.

Pormenorizadamente, la primera acción consiste en proporcionar a quienes deban dar Avisos: información, documentación, datos o imágenes que sean falsos, o sean completamente ilegibles, para ser incorporados en aquéllos que deban presentarse. La segunda acción típica en forma descriptiva, el precepto citado, realiza las actividades tendentes a modificar o alterar la información, documentación, datos o imágenes destinados a ser incorporados a los Avisos o en avisos presentados.

El punto de interés de las descripciones típicas aludidas

reside en que la decisión creadora de derecho, propia del legislador, es una decisión justificada, pues la producción del derecho se concibe en nuestra cultura jurídica como una actividad racional orientada a establecer las medidas que recomienda la Convención de Palermo y que expresamente señala:

Artículo 7. Medidas para combatir el blanqueo de dinero

1. Cada Estado Parte:

a) Establecerá un amplio régimen interno de reglamentación y supervisión de los bancos y las instituciones financieras no bancarias y, cuando proceda, de otros órganos situados dentro de su jurisdicción que sean particularmente susceptibles de utilizarse para el blanqueo de dinero a fin de prevenir y detectar todas las formas de blanqueo de dinero, y en ese régimen se hará hincapié en los requisitos relativos a la identificación del cliente, el establecimiento de registros y la denuncia de las transacciones sospechosas;

b) Garantizará, sin perjuicio de la aplicación de los artículos 18 y 27 de la presente Convención, que las autoridades de administración, reglamentación y cumplimiento de la ley y demás autoridades encargadas de combatir el blanqueo de dinero (incluidas, cuando sea pertinente con arreglo al derecho interno, las autoridades judiciales) sean capaces de cooperar e intercambiar información a nivel nacional e internacional de conformidad con las condiciones prescritas en el derecho interno y, a tal fin, considerará la posibilidad de establecer una dependencia de inteligencia financiera que sirva de centro nacional de recopilación, análisis y difusión de información sobre posibles actividades de blanqueo de dinero.

2. Los Estados Parte considerarán la posibilidad de aplicar medidas viables para detectar y vigilar el movimiento transfronterizo de efectivo y de títulos negociables pertinentes, con sujeción a salvaguardias que garanticen la debida uti-

lización de la información y sin restringir en modo alguno la circulación de capitales lícitos. Esas medidas podrán incluir la exigencia de que los particulares y las entidades comerciales notifiquen las transferencias transfronterizas de cantidades elevadas de efectivo y de títulos negociables pertinentes.

3. Al establecer un régimen interno de reglamentación y supervisión con arreglo al presente artículo y sin perjuicio de lo dispuesto en cualquier otro artículo de la presente Convención, se insta a los Estados Parte a que utilicen como guía las iniciativas pertinentes de las organizaciones regionales, interregionales y multilaterales de lucha contra el blanqueo de dinero.

4. Los Estados Parte se esforzarán por establecer y promover la cooperación a escala mundial, regional, subregional y bilateral entre las autoridades judiciales, de cumplimiento de la ley y de reglamentación financiera a fin de combatir el blanqueo de dinero.

Resulta incuestionable entonces que el legislador mexicano dio cumplimiento a la Convención de Palermo, tomando como punto de partida en su derecho interno las medidas de mayor relevancia para combatir el blanqueo de capitales, y en esta determinación regula la actividad notarial, en la parte que le corresponde como una actividad vulnerable, que está expuesta a las acciones tendenciosas de la criminalidad organizada.

Definió e incorporó los comportamientos penalmente relevantes que hemos citado, por lo que, la decisión legislativa adoptó las recomendaciones relacionadas con la punición de algunas acciones antijurídicas en las que puede colocarse, en su caso, la actividad de los notarios públicos. Al respecto, recoge el objetivo estratégico de la convención de Palermo en su parte medular, que comprende la acción de innovar, mediante la creación de una nueva generación de

delitos que necesariamente involucran la actividad notarial en la Ley Federal para la Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita.

En esta nueva creación legislativa, la punibilidad está dirigida a sancionar las conductas especialmente graves de desvío y abuso de la función de algunos notarios o de personal adscrito a sus oficinas, en la realización de ciertos actos notariales relacionadas con la información derivada “De las actividades vulnerables” que describe la sección segunda de la referida Ley federal. La calidad de los sujetos activos que pueden intervenir en la ejecución de las acciones típicas en calidad de autores o partícipes aparece resaltada, al describir específicamente en el artículo 17 fracción XII que, tratándose de notarios públicos, las actividades vulnerables en la prestación de servicios de fe pública abarcan la perpetración de una serie de actos jurídicos, que colocan al titular y personal de las notarías públicas invariablemente en la posibilidad de ser sujetos de derecho penal ante la comisión de delitos asociados a la criminalidad organizada.

La prestación de servicios de fe publica colocan la actividad notarial en un factor de riesgo sobre todo cuando, de acuerdo con la ley, recae en actos como la transmisión o constitución de derechos reales sobre inmuebles, el otorgamiento de poderes para actos de administración o dominio otorgados con carácter irrevocable, la constitución de personas morales, su modificación patrimonial derivada de aumento o disminución de capital social, fusión o escisión, así como la compraventa de acciones y partes sociales de tales personas, la constitución o modificación de fideicomisos traslativos de dominio o de garantía sobre inmuebles, el otorgamiento de contratos de mutuo o crédito, con o sin garantía, en los que el acreedor no forme parte del sistema financiero o no sea un organismo público

de vivienda. Desde el punto de vista político-criminal esas actividades notariales tendentes a generar seguridad jurídica, necesitan la regulación de la norma penal para la protección de bienes importantes para la comunidad. Las categorías típicas que contienen los artículos 62, 63 y 64 están descritas y sistematizadas desde el prisma de su función político-criminal.

Una manera de establecer la consistencia en las consecuencias político-criminales que pueda implicar esta nueva generación de tipos penales, corresponde a la agravación de la punibilidad que estatuyó el legislador, en el artículo 65 de la citada ley federal, como un tipo de prevención general, indicando que las penas previstas en los artículos 62 y 63, fracción II, de la ley federal analizada, se duplicarán en caso de que quien cometa el ilícito sea, al momento de cometerlo, o haya sido dentro de los dos años anteriores a ello, servidor público encargado de prevenir, detectar, investigar o juzgar delitos.

Añadió como pena adicional, que en cualquiera de los delitos previstos en los artículos 62 y 63 de esta Ley, se le aplicará, además, una sanción de inhabilitación para desempeñar el servicio público por un tiempo igual al de la pena de prisión que haya sido impuesta, la cual comenzará a correr a partir de que se haya cumplido la pena de prisión.

Construir una tipología de figuras delictivas como las mencionadas que se vinculan a la actividad de la función notarial, es decir, dirigida a normar el comportamiento de fidelidad institucional en los titulares y personal de las notarías públicas, indudablemente fortalece el objeto primordial de la Ley Federal para la Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita.

Desde el enfoque de la política criminal, es importante proporcionar argumentos sostenibles respecto de la im-

prescindible sanción penal, que otorguen protección a los actos notariales relacionados con el cumplimiento de la Ley Federal, a través de la prevención general de conductas tendientes a fortalecer el objeto de esta legislación.

La aspiración y finalidad político-criminal de las normas penales, descritas en el ordenamiento jurídico comentado en el párrafo precedente, son las de establecer mecanismos preventivos o punitivos, para que nuestro país quede exento de casos de corrupción escandalosos, en los que la impunidad origina la proliferación de un mayor número de asuntos que perduran en la cifra negra de la estadística criminal. De ahí la opción ineludible de explorar lo concerniente a las nuevas normas penales como mecanismos punitivos que buscan la efectividad de la prevención general y la prevención especial durante la vigencia de esas normas penales que protegen bienes jurídicos valiosos y, entre otros aspectos, hacen posible la búsqueda de instrumentos jurídicos tendientes a reforzar las diversas actuaciones notariales que se contemplan como actividades vulnerables en la mencionada Ley federal.

Esto no quiere decir que busquemos justificar en tiempo-espacio las normas prohibitivas antes de explorar la eficacia de las preventivas, en algunas situaciones de riesgo para la actividad notarial, sino dar las herramientas a quienes tengan interés en profundizar el tema, para que una vez determinada la perspectiva ideológica pueda indicarse si se justifica o no, tal o cual categoría jurídica en una amplia descripción de las conductas típicas de nueva generación.

No sin justa razón, la epistemología jurídica tradicional ha sido certeramente criticada por Warat¹ al plantear que

¹ Warat, José Luis, “El saber crítico del derecho y un punto de partida para una epistemología de las Significaciones”, *Revista Vínculo Jurídico* núm. 2, abril-junio, México, 1990.

“la epistemología tradicional procura resolver, idealmente, las relaciones conflictivas entre la teoría y la praxis jurídica, ignorando, fundamentalmente, el valor político del conocimiento en la praxis. Propone un saber, que sea puro como teoría y, como esto, facilita que lo presupuesto sea ideológicamente recuperado, sirviendo ahora para que los juristas contaminen la praxis con pureza, creando la ilusión de una actividad profesional pura.”

En nuestro país, según la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la validez de las normas se da a partir de un proceso formal para su creación, el cual implica los siguientes pasos:

1. Que el o los órganos competentes presenten ante el Congreso la iniciativa de ley;
2. Que dicha iniciativa sea aprobada por ambas Cámaras (diputados y senadores);
3. Que el jefe del ejecutivo la apruebe;
4. Que sea publicada en el *Diario Oficial de la Federación*; y
5. Finalmente que dicha iniciativa convertida en Ley entre en vigor.

La culminación de este procedimiento nos da certeza que dicha Ley es vigente, más no así que es justa para todo el contexto de la población o que simplemente favorece a algún grupo de presión dentro de la sociedad. En otras palabras, el contenido de la ley corresponderá a diversos factores de diversa índole, que el grupo en el poder considere necesario de reglamentar; podrían ser intereses partidarios, económicos, políticos porque lo que se discute en este segundo nivel, no es el contenido de la norma sino sólo su construcción. Al respecto, Ferrajoli² opina: “para

² Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón*, Madrid, Trotta, 2008, p. 852.

garantizar los derechos normativamente proclamados: una Constitución puede ser avanzadísima por los principios y los derechos que sanciona y, sin embargo, no pasar de ser un papel si carece de técnicas coercitivas es decir, de garantías que permitan el control, la neutralización del poder y del derecho ilegítimo.”

Con relación a esta tendencia en la actividad legislativa, debemos recordar que el aspecto central de interés resulta de observar el desarrollo que lleguen a tener los delitos descritos en el capítulo VIII de la Ley Federal para la Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita, produciendo consecuencias deseadas y evitando las indeseadas, pues ello trae aparejada la idea de conducir hacia la erradicación de comportamientos arbitrarios o abusivos de los integrantes de las notarías públicas, cuando se trate del cumplimiento de los Avisos que refiere la ley.

Los tipos penales de nueva generación han sido creados en la Ley Federal de Prevención e Identificación de las Operaciones realizadas con Recursos de Procedencia Ilícita, con el fin exclusivo de frenar la corrupción y mejorar las buenas prácticas dentro de la gobernanza y en beneficio de los ciudadanos. Concretamente, el núcleo de otro estudio debe centrarse en analizar algunos de los supuestos de la actividad notarial como factor de riesgo y, en los que está presente la impunidad por varias razones.

En el derecho penal mexicano la punibilidad estatal se legitima cuando una persona quebranta la norma penal y pone en peligro o lesiona en este caso de los delitos asociados a la actividad notarial por la vía de la corrupción un bien digno de protección. Varios delitos de corrupción inciden en la actividad notarial como la extorsión, el soborno, el fraude, el tráfico de influencias. Al mismo tiempo se consideran actos corruptos el ejercicio indebido

de servicio público, el abuso de autoridad, la intimidación, la concusión, el ejercicio abusivo de funciones, el cohecho y el enriquecimiento ilícito.

En el inicio de esta segunda década del siglo XXI, uno de los desafíos más importantes en nuestro país está enfocado a impulsar acciones, a efecto de que tanto en el sector público como en el sector privado, se diseñe una estrategia integral de prevención y disuasión de las prácticas corruptas. Es importante considerar algunas de éstas para crear una nueva generación de tipos penales que sancionan completa y drásticamente las conductas graves de corrupción en el sector notarial y en el gubernamental.

La pretensión legítima en este asunto está centrada en cerrar los espacios que permanecen latentes a través de áreas de opacidad y los factores de riesgo presentes en las notarías públicas. Erradicar estos fenómenos de la actividad notarial no es un asunto menor, su desaparición tiene el firme propósito de sustituirlos por la institucionalización de mejores o buenas prácticas en materia de administración o gestión notarial junto al establecimiento de un código de ética eficiente. Por lo pronto ya contamos con una significativa mejora en la legislación penal, gracias a la construcción de la nueva generación de tipos penales, que a través de la prevención general de la punibilidad, evitan las prácticas corruptas en la producción de los actos notariales.

Cuando se habla de la reforma innovadora que contiene la Ley Federal, en primer plano, aparecen los problemas cotidianos de la aplicación de la norma penal; sin embargo, la Política Criminal debe imponerse con la finalidad de colocar como premisa básica el impulsar con éxito la aplicación correcta de las normas penales en la práctica del derecho, de esta manera la ley se remite a su entorno y realiza las expectativas que desde su entorno se le dirigen.

Se necesita, además, de una revisión profunda de aquellas conductas típicas de resultado o de peligro, que relacionadas con la actividad notarial han tenido consecuencias en la aplicación de las mencionadas normas penales.

Una adecuada función de la política criminal está dirigida a determinar qué bienes jurídicos deben protegerse y cómo deben protegerse por la norma penal con la finalidad de garantizar su preservación. Considerando que la norma penal cumple una función principalmente protectora de la convivencia social, la misión para cumplir con ese objetivo se asocia, a diferencia de otras normas jurídicas, al tipo de sanciones graves que implican la violencia estructural del Estado, empleadas para lograr su cometido. El estudio de las consecuencias de la aplicación de la citada Ley federal en materia punitiva, debe ser una prioridad para frenar casos de impunidad, relacionados con el daño o puesta en peligro de los bienes dignos de protección y que están en juego al realizarse las actividades vulnerables de la actividad notarial.

La doctrina española destaca: “El fenómeno de la corrupción debiera interesar, desde un punto de vista jurídico-penal, no tanto, o en absoluto, por el enriquecimiento patrimonial que conlleva para quienes participan de él, sino por el perjuicio que pueda generar para intereses merecedores y necesitados de tutela, en el supuesto que describimos sería el sistema financiero y la economía nacional, para evitar el financiamiento de las organizaciones criminales. Esta perspectiva no puede dejar de atenderse desde el derecho penal, al menos por quienes sigan creyendo en la institución del bien jurídico en cuanto a su contenido material como pilar fundamental en la construcción del mismo”.³ Cualquier acción u omisión

de los notarios públicos, que afecte el sistema financiero y la economía nacional, que tenga como objetivo colaborar o favorecer el financiamiento de las organizaciones criminales, debería contemplarse en estructuras normativas, con el objeto de fortalecer la nueva generación de delitos, en aras del bienestar social.

El colaborar con o favorecer el mencionado financiamiento se traduce en un comportamiento que incumple dolosamente reglas que protegen bienes jurídicos en el ámbito administrativo y que se convierten en grandes espacios de corrupción, por lo que, induce a revisar dos tipos de opciones que surgen para erradicar este fenómeno: una de tipo preventivo y de orden cultural que fue tratada al inicio; otra, relacionada con el *ius puniendi* del Estado, dirigida a la estricta aplicación de sanciones penales debido al daño o lesión ocasionado a bienes jurídicos de envergadura el sistema financiero y la economía nacional.

A la tipicidad corresponde el estudio de los tipos penales así como la problemática de la omisión y el resultado. No olvidemos que en los tipos penales de comisión se describe positivamente una actividad prohibida que se pretende evitar. En cambio, en los tipos penales de omisión, el sujeto debe efectuar un comportamiento positivo, que no se halla descrito por el tipo positivamente, sino que puede adecuarse cuando se verifica que no se realizó la conducta debida o esperada por la ley. En este sentido, afirmamos que el resultado tampoco pertenece al comportamiento, previo al análisis del tipo penal, porque la relevancia dogmática específica, a diferencia del comportamiento, no constituye una exigencia general de todo tipo penal, sino sólo de los tipos de resultado.

en: Luis Miguel Reyna Alfaro (director), Lima, Jurista Editores E.I.R.L., 2009, p. 41.

³ De la Mata Barranco, Norberto J., *Delitos contra la administración pública*,

Los delitos cometidos por notarios públicos y terceros que contempla la Ley Federal y el código penal federal, se establecen tanto en tipos penales de omisión como en tipos penales de acción, que tienen un impacto en la función notarial. La descripción de algunos supuestos de hecho, que implican un daño o puesta en peligro de bienes jurídicos colectivos e individuales, causados por acciones u omisiones intencionales o negligentes de notarios públicos, será un buen ejercicio para analizar la estructura de los delitos de corrupción derivados de la actividad notarial.

Dentro de la teoría del derecho penal se han establecido diversas clasificaciones de los delitos, como es por el tipo de resultado que se produce con su comisión. Dentro de esta clasificación se encuadran los delitos de resultado o de peligro. El delito de resultado también es conocido como delito de lesión; el cual puede definirse como aquel que ocasiona un daño o lesión al bien jurídico protegido,⁴ es decir, se caracteriza por requerir del daño del bien jurídico sistema financiero y economía nacional para considerarse hechos consumados, tal como acontece en los tipos penales previstos en los artículos 62,63 y 64 de la Ley Federal para la Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita.

El concepto nos refiere a los bienes jurídicos, los cuales se definen como aquellos presupuestos que la persona necesita para su autorrealización y el desarrollo de su personalidad en la vida social.⁵ Estos bienes se ven lesionados por la comisión del delito, en razón de la destrucción, disminución o compresión que sufre el bien.

⁴ Malo Camacho, Gustavo, *Delitos de lesión y delitos de peligro*, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/854/13.pdf>

⁵ Muñoz Conde, Francisco y Mercedes García Arán, *Derecho penal. Parte general*, Madrid, Tirant lo Blanch, 2000, p. 65.

Es así que la lesión del bien jurídico es el elemento del tipo de consumación.⁶

Los delitos de lesión, en cuanto figuras que suponen precisamente una “lesión” al bien jurídico, es decir, su afectación por cualquier vía, no ofrecen más dificultad que la determinación del inicio de la lesión que es problema que corresponde al *iter criminis* y a la relación de causalidad.⁷ El presupuesto mínimo de este tipo de delitos es la relación de causalidad entre acción y resultado, para exigir una responsabilidad por el resultado producido, es decir, la relación que permita la imputación del resultado producido al autor de la conducta que lo ha causado. No todas las relaciones de causalidad entre la acción y el resultado son tan sencillas de resolver. Para resolver casos tan complicados se han elaborado diversas teorías.

En cuanto a los delitos de peligro, consisten en la puesta en peligro del bien jurídico protegido.⁸ Su consumación no requiere de la lesión del bien jurídico porque basta con su puesta en peligro o amenaza intensa. Una característica importante es que en este tipo de delitos no cabe la posibilidad de que se presente la figura de tentativa de delito; esto es, los actos encaminados directa e inmediatamente a la realización de un delito; ya que como señala Antolisei, ello supondría castigo a una situación que representaría tentativa de una tentativa o, lo que es lo mismo, peligro de un peligro.⁹

Esta definición nos lleva a la necesidad de conceptuar

⁶ Malo Camacho, *op. cit.*

⁷ *Idem.*

⁸ *Idem.*

⁹ Malo Camacho, Gustavo, *Tentativa del delito (Con referencias al derecho comparado)*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 1971, p.17, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/3/1023/2.pdf>

el peligro como base de identificación de los delitos de esta especie. La nueva Ley Federal para la Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita, contempla varias acciones típicas proporcionar, modificar o alterar información, utilizarla, revelar y divulgar esa información que pueden encuadrarse en algunas actividades vulnerables producto de la prestación de servicios de fe pública y que finalmente suelen poner en riesgo el bien jurídico; la tentativa de esas acciones típicas puede calificarse como un delito de peligro, concebido como la posibilidad próxima de que sobrevenga un evento dañoso.¹⁰ En palabras de Olga Islas, es la medida de probabilidad asociada a la destrucción, disminución o compresión del bien jurídico.¹¹

En relación con el peligro, fundamentalmente han sido tres las posiciones doctrinales para explicarlo:

a) Teoría subjetiva: el peligro no constituye algo real, algo objetivamente existente, sino que supone una representación de la mente humana, toda vez que en la realidad no hay peligro para la posibilidad o la probabilidad del acontecimiento.

b) Teoría objetiva: afirma que la acción peligrosa es aquella que en el plano de la realidad tiene la probabilidad de producir un resultado lesivo.

Von Rohland refiere al peligro como la mayor o menor probabilidad de un acontecimiento lesivo. Lo esencial en el delito de peligro es la acción y no el resultado, estando fijado el interés en un punto más allá de la lesión producida a un bien jurídico, que es precisamente la existencia del peligro a que aquél queda sometido.

¹⁰ Beling, Ernst von, *Esquema de derecho penal. La doctrina del tipo penal*, México, Tribunal Superior de Justicia, 2003, p. 156.

¹¹ Malo Camacho, Gustavo, *op. cit.*

c) Teoría subjetiva-objetiva: en ambas teorías existen aspectos que deben ser atendidos y a pesar de sus diferencias existen aspectos que son comunes.

En los supuestos derivados de la actividad notarial, los hallazgos reflejan diversas acciones u omisiones irregulares que lesionan o ponen en peligro gravemente los bienes jurídicos sistema financiero y economía nacional que protegen las normas penales en sentido técnico, las cuales describen los delitos previstos en el capítulo VIII de la comentada Ley Federal para la Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita. La intervención del derecho penal y su violencia estructural amerita la revisión de los citados comportamientos, que tienen un fuerte ingrediente de antijuridicidad por la lesión o puesta en peligro grave a los aludidos bienes jurídicos.

Una adecuada función política criminal del Estado está dirigida a determinar qué bienes jurídicos deben protegerse y cómo deben protegerse por la norma penal con la finalidad de garantizar su preservación. Por lo tanto, conviene apuntar que, dentro de las políticas públicas estatales, se encuentra la función crítica de establecer los bienes jurídicos defendibles y el modo como pueden protegerse de cualquier ataque o agresión.

Considerando que la norma penal cumple una función principalmente protectora de la convivencia social, la misión para cumplir con ese objetivo está asociada, a diferencia de otras normas jurídicas, al tipo de sanciones graves que implican la violencia estructural del Estado, empleadas para lograr su cometido; el supuesto analizado comprende la protección del sistema financiero y la economía nacional.

A la tipicidad corresponde el estudio de los tipos penales, así como la problemática de la omisión y el resultado. No olvidemos que en los tipos penales de comisión se describe

positivamente una actividad prohibida que se pretende evitar. En cambio, en los tipos penales de omisión, el sujeto debe efectuar un comportamiento positivo, que no se halla descrito por el tipo positivamente, sino que puede adecuarse cuando se verifica que no se realizó la conducta debida o esperada por la ley.

Prevalece en el capítulo VIII de la comentada Ley Federal de Prevención, Identificación de Operaciones de Recursos de Procedencia Ilícita, la descripción de tipos penales de comisión porque describen acciones como proporcionar, modificar o alterar información, utilizar, revelar y divulgar esa información, generalmente con el propósito de favorecer el financiamiento u obtención de recursos de las organizaciones criminales. En síntesis, habrá que verificar, en el terreno de los estudios criminológicos, si las conductas descritas como prohibidas, en las normas penales derivadas del citado capítulo, son rebasadas por los comportamientos de algunos titulares o personal de las notarías públicas y de terceros, que cada vez tienen amplios márgenes de maniobra y sofisticación en la ejecución de los actos o prácticas de corrupción o en algunas omisiones dolosas o negligentes, con el objeto de disponer, ocultar, dispensar recursos de procedencia ilícita.

El objetivo del breve análisis que precede tiene el firme propósito de invitar a la actitud crítica y reflexiva de los diversos profesionales del derecho involucrados en este tema y de quienes deseen profundizar, con la finalidad exclusiva de contribuir a modificar las añejas prácticas ritualistas que llevan al ocultamiento de algunas actividades ilícitas relacionadas con determinados actos notariales.

Pese a las carencias y deficiencias que aun prevalecen en la aplicación de la Ley Federal para la Prevención e Identificación de Operaciones de Recursos de Procedencia Ilícita y a los obstáculos encontrados en el recorrido de

instrumentación que suelen presentarse, hoy podemos afirmar que el escenario ha variado en algún grado en las últimas décadas: efectivamente, se han descrito actividades vulnerables y entre ellas, la relacionada con la prestación de servicios de fe pública, tendentes a evitar el financiamiento u obtención de recursos por parte de las organizaciones criminales; ha mejorado la legislación penal con la creación de una nueva generación de delitos relacionados con las actividades vulnerables y, entre ellas, la que corresponde a la función notarial que tiene una importancia insoslayable.

Únicamente queda sugerir la mejora en la gestión notarial, esto es, establecer y mejorar las notarías públicas, la estructura organizacional y la tramitación de los actos notariales como forma de prevención de las operaciones de recursos de procedencia ilícita, a través de la incorporación de criterios organizacionales y valores de una nueva gestión notarial, en un afán de romper los círculos de corrupción que pudieran gestarse en el devenir del quehacer cotidiano de la notaría pública mexicana.

RE

GES

TA

El principio de legalidad y la debida fundamentación de la función registral

Erick Benjamín Santín Becerril

ERICK BENJAMÍN SANTÍN BECERRIL,
notario público del Estado de
México y maestro en derecho.

EL DERECHO REGISTRAL ES UN ENTRAMADO NORMATIVO DE las más diversas disposiciones legales, tanto del derecho civil, administrativo, notarial, fiscal, urbano, y en general de todas aquellas relativas a los actos jurídicos relacionados con la propiedad de bienes inmuebles; sin embargo, todo este entramado coincide en su teoría y práctica, de la observancia del constructo lógico jurídico de los principios registrales.

Tanto la legislación como la doctrina califican al Registro Público de la Propiedad como la institución básica, junto con la notarial, tendiente a dotar de seguridad al tráfico inmobiliario.

Concepto de Registro Público de la Propiedad

La palabra “registro” significa anotación o inscripción que se realiza sobre alguna cosa. También con ello se aludía al libro o libros en donde se llevan las anotaciones; el

término “registro” hace referencia a la oficina encargada de realizar las anotaciones o asientos. El Registro Público de la Propiedad es la institución dependiente del Estado, que tiene por objeto proporcionar publicidad a los actos jurídicos regulados por el derecho civil, cuya forma ha sido realizada por la función notarial, con el fin de facilitar el tráfico jurídico a través de un procedimiento legal, cuya consecuencia es, en síntesis, la seguridad jurídica.¹

El Registro Público de la Propiedad es la institución dependiente del Poder Ejecutivo, cuyo objetivo es dar certeza, seguridad jurídica y publicidad a los actos relacionados con la propiedad inmobiliaria, que por disposición de ley deben inscribirse para producir efectos contra terceros, su actividad es indispensable para fortalecer el régimen de derecho, garantizar la publicidad de los derechos susceptibles de inscripción, otorgar mayor seguridad pública sobre la propiedad inmobiliaria, facilitar los trámites relacionados con la operación de predios.

Principios fundamentales de la función registral

El Código Civil del Estado de México en su artículo 8.3 señala los principios por lo que se rige la función registral, que son: publicidad, rogación, tracto sucesivo, *legalidad*, consentimiento, inscripción, especialidad, prelación, legitimación y fe pública registral; principios que a su vez son enunciados en el artículo 7 de la Ley Registral para el Estado de México y definidos en el artículo 9 del Reglamento del Registro Público de la Propiedad del Estado de México, que en su fracción III define el principio de legalidad co-

¹ Colín Sánchez, Guillermo, *Procedimiento Registral de las Propiedades*, México, Porrúa, 1979, p. 17.

mo: “Legalidad. Consiste en que sólo se inscribirán los actos o documentos que reúnan los requisitos exigidos por ley para su calificación e inscripción [...]”.

Principio de publicidad. Consiste en que los actos o documentos inscritos en el registro se hacen del conocimiento público para que surtan efectos contra terceros, por lo que toda persona interesada podrá consultar y solicitar que se le muestren los asientos del registro, así como obtener las certificaciones relacionadas con éstos.

Principio de inscripción. Es el asiento principal, definitivo y completo, que da constancia en el Registro Público de la Propiedad de una situación real o personal sobre inmuebles o personas jurídicas colectivas, el cual debe hacerse constar en el folio electrónico o libros, de manera que éste surta efectos contra terceros.

Principio de consentimiento. Es la declaración de la voluntad del titular registral o interesado, para la que autoriza al registrador a practicar las inscripciones o anotaciones para que se transmita el dominio o se constituya un derecho real.

Principio de tracto sucesivo. Es la organización de los asientos registrales, de manera que expresen con toda exactitud la sucesión ininterrumpida de los derechos que recaen sobre el mismo inmueble, determinando la correlación o concatenamiento entre los distintos titulares registrales del mismo.

Principio de rogación. Es la solicitud de inscripción o anotación física o electrónica de los actos o documentos registrables a petición de parte interesada o por mandato de autoridad judicial o administrativa competente.

Principio de prelación. Consiste en que la preferencia entre derechos reales sobre un mismo bien inmueble o finca y se determina por el orden de la presentación en el registro y no por la fecha del título o documento que contiene el acto jurídico a registrar.

Principio de legalidad. Consiste en que sólo se inscribirán los actos o documentos que reúnan los requisitos exigidos por la legislación aplicable para su inscripción, así como, se suspenda o cancele la inscripción a aquellos que actualicen los supuestos prohibitivos por las leyes reglamentarias.

Principio de legitimación. Consiste en otorgar certeza y seguridad jurídica sobre los derechos inscritos, los cuales gozan de una presunción de veracidad, que se mantiene hasta en tanto no se demuestre la discordancia entre el registro y la realidad.

Principio de fe pública registral. Es tener como verdad jurídica el contenido de los asientos del registro, salvo prueba en contrario. Por este principio se reputa siempre exacto en beneficio del adquirente que contrató, confiado en el contenido de sus asientos y, en consecuencia, se le protege con carácter absoluto en su adquisición.

Principio de especialidad o determinación. Es la precisión o individualización del acto inscrito de tal manera que se identifique de manera indubitable a la naturaleza y alcances de los derechos inscritos.

Naturaleza jurídica de la función registral

La función registral deviene de un órgano que tiene una naturaleza jurídica eminentemente administrativa, pues aun cuando tiene su fundamento legal dentro de las disposiciones legales de observancia general en materia civil, es una institución integrante de la administración pública dependiente del Poder Ejecutivo, su objeto es dar publicidad a los actos jurídicos que requieran surtir efectos contra tercero, para lo cual puede actuar por solicitud de quien tenga interés legítimo en el derecho que se va a inscribir o anotar, por el notario que haya autorizado la escritura de que se trate, o bien, por orden de cualquier autoridad judicial.²

Las características de la función registral, se distingue por ser un acto administrativo dependiente de un ente de la administración local, supeditado a una reglamentación específica, que puede ser recurrido ante superior o ante órgano jurisdiccional de acuerdo a la estructura gubernamental jurisdiccional local, es en acto público, un medio de seguridad jurídica y de tráfico, requiere la acreditación del pago de derechos.

El principio de legalidad, dentro de la función calificadora, consiste en que todo título, al ingresar al Registro

² REGISTRO PÚBLICO DE LA PROPIEDAD. NATURALEZA JURÍDICA. TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO. I.3o.C.1014 C (9a.) Amparo en revisión 212/2011. Distribuidora Automotriz, S.A. de C.V. 29 de septiembre de 2011. Unanimidad de votos. Ponente: Víctor Francisco Mota Cienfuegos. Secretaria: Ariadna Ivette Chávez Romero. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época. Libro IV, enero de 2012. Pág. 4596. Tesis Aislada.

Público de la Propiedad para su debida inscripción debe ser examinado por el registrador en cuanto a sus elementos de existencia y validez, es decir, si satisface todos los requisitos legales que para su eficacia exijan los ordenamientos jurídicos. Esta actividad puede ser concurrente con la notaría y la judicial, que son, por así decirlo, en primera instancia las que examinan la legalidad del supuesto.

El Código Civil del Estado de México, habla en su Título Tercero, Capítulo III, de la Calificación Registral, en el que se establece, que previa inscripción de los documentos, el registrador debe calificarlos en los plazos establecidos por la ley; la calificación registral según el artículo 8.32 del ordenamiento en mención consiste en:

[...] La calificación registral consistirá en verificar únicamente que:

- I. El documento presentado sea de los que deben inscribirse o anotarse;
- II. El documento satisfaga los requisitos de forma establecidos en la ley que lo rige como necesarios para su validez;
- III. En el documento conste acreditada la identidad, capacidad y legitimación de los otorgantes que el acto consignado requiera, en su caso. Cuando por cualquier circunstancia alguno de los titulares registrales varíe su nombre, denominación o razón social, procederá la inscripción cuando así se hubiere hecho constar ante Notario Público;
- IV. Exista identidad entre el bien previamente inscrito y el descrito en el título. No habrá falta de identidad cuando no coincida la descripción en uno o algunos de los datos, si de los demás elementos comparados se desprende dicha identidad;
- V. No haya incompatibilidad entre el texto del documento y los asientos del registro, conforme a lo previsto por el artículo 8.30;
- VI. Esté fijada la cantidad máxima que garantice un

gravamen en el caso de obligaciones de monto indeterminado;

VII. En el acto consignado en el instrumento se observe el tracto sucesivo en los términos del artículo 8.29;

VIII. El documento cumpla con los requisitos que deba llenar de acuerdo con el Código, la Ley Registral u otras leyes aplicables, como indispensables para su inscripción; y

IX. No haya operado el cierre de registro, por mandamiento judicial o administrativo.

Verificado lo anterior, el registrador deberá realizar la anotación o inscripción dentro del plazo mencionado en el artículo anterior.

Los registradores no podrán exigir otros datos, requisitos e información que la necesaria para el llenado del Formato Precodificado [...].

La calificación registral como acto administrativo

La calificación registral como acto administrativo debe ser fundada y motivada emitida por la autoridad en estricto respeto a la división de poderes en Estado de Derecho, armonizando la administración pública al Derecho, para atender las discrepancias entre autoridades y gobernados así como las prerrogativas de la administración y los derechos de los particulares se encuentran constituidos tribunales administrativos

Lo preceptuado por el Artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, garantiza que el acto administrativo se encuentre fundamentado y motivado, acorde al precepto legal que lo faculta para inscribir, suspender o cancelar un documento en el registro evitando dejar en estado de indefensión al gobernado y se violentando en mi perjuicio lo dispuesto en el artículo 16 de la Constitución Federal, luego entonces es procedente

declarar su nulidad. Es imperativo que la autoridad administrativa fundamente sus actuaciones como tales al marco legal que la rige, para garantizar el pleno respeto del principio de legalidad y seguridad jurídica contenido en el Artículo 14 constitucional.

La calificación integral de los documentos a inscribir

En México, el registrador ha de calificar el acto en su legalidad; Integral en lo esencial; no administrativo o fiscalmente pues no es el sentido ni naturaleza ni finalidad de la institución, no se puede por ello trabar el acto, es decir debe revisar únicamente los requisitos de forma o extrínsecos, mas no de fondo o esenciales puesto que esto está reservado a actor(es) distinto(s), en particular a la autoridad jurisdiccional mediante juicio contencioso promovido por parte legitimada para ello. El registrador debe limitarse a analizar que el documento cubra los requisitos de formalidad y no de fondo, debiendo negar la inscripción únicamente cuando el documento no revista las formas extrínsecas, así como los demás supuestos previstos por la ley de la materia y su reglamento.³

La pretendida actividad jurisdiccional en la calificación registral

En la concurrencia judicial, el juez interpreta la ley y define como ha de aplicarse, sin embargo también los títulos inscribibles con un origen judicial son y deben ser

³ Expediente: 21/202 Segunda Sala Unitaria, Tribunal de lo Administrativo del Poder Judicial del Estado de Jalisco.

objeto de calificación. Sin que el examen del registrador se imponga sobre el documento judicial, no existe a nivel legal o reglamentario un mecanismo de protección del registrador ante la presión o injerencia jurisdiccional en su tarea.

Son tres tipos de aspectos calificables, a saber: los formales (atinentes al documento), los relacionados con el contenido del título y los dependientes del registro

Argumentación jurídica en la calificación registral, ¿existe?

Los razonamientos teóricos o prácticos que la autoridad administrativa esgrima en la acción de deducir e inferir jurídicamente consecuencias o razones en apoyo de su motivación en resoluciones que afirmen, suspendan o cancelen la inscripción de un documento a fin de salvaguardar el registro con los menores errores posibles, debe estar dentro de las premisas que contempla el marco legal y los principios que la fundamentan, la autoridad puede hacer solo aquello que la ley le faculta, dejando a salvo los derechos del tercero interesado así como las facultades de la autoridad jurisdiccional.

El registrador tiene el efecto de negar o admitir la inscripción, la intención del legislador especializa la función de aquél a revisar la calificación de improcedencia suspensión o cancelación de la inscripción tomando en cuenta los aspectos de forma que le establece la ley, a fin de verificar la legalidad o ilegalidad de ese acto preventivo, sin que pueda considerarse que lo faculte para pronunciarse respecto al fondo del asunto, máxime que la propia ley contempla la posibilidad de que sean los tribunales los que verifiquen la legalidad o ilegalidad de la inscripción

realizada, de lo contrario resultaría contrario al espíritu de los artículos 14, 17 y 49 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

La calificación registral de acuerdo con los sistemas registrales

Como reglas formales es conocida la existencia de diversos sistemas registrales como lo son: el declarativo, el constitutivo y el mixto, sin que los principios se alteren en cuanto a su observancia, cuando mucho se le dará más uso a alguno. La elección que determinada entidad de acuerdo a su marco normativo haga de la práctica de los diferentes sistemas registrales no altera en su naturaleza ni fundamento los principios donde se establece la calificación puesto que el objeto y propósito siguen siendo los mismos.

Gobernanza y el principio registral de legalidad

La eficacia, calidad y buena orientación de la intervención del Estado es factor detonante en el buen posicionamiento en las mediciones a nivel nacional e internacionales, como es el caso del estudio *Doing Business* que proporciona una medición objetiva de las regulaciones para hacer negocios y su aplicación en 189 economías y en algunas ciudades seleccionadas en el ámbito subnacional; al respetarse el principio de legalidad en la práctica registral se contribuya al Estado de Derecho, haciendo a las instituciones más eficientes en el cumplimiento de sus objetivos y contribuyendo a una administración pública transparente.

Tal como lo puntualiza la Organización de las Naciones Unidas, “la gobernanza se considera buena y democrática

en la medida en que las instituciones y procesos de cada país sean transparentes [...] La buena gobernanza promueve la equidad, la participación, el pluralismo, la transparencia, la responsabilidad y el Estado de Derecho, de modo que sea efectivo, eficiente y duradero [...]”⁴

La eficiente instrumentación de la calificación registral

La función y obligación de analizar los títulos o documentos con derecho a inscripción es una obligación de los calificadores y registradores, tarea que debe hacerse de forma sobre los documentos que se presenten y así emitir una calificación adecuada, es decir; los documentos pueden cumplir y satisfacer los requisitos que señala la ley o pueden incumplir con algún requisito y serán suspendidos o denegada su inscripción; existen faltas que pueden ser subsanables y una vez satisfechas se podrá inscribir el acto.

Responsabilidad en la calificación registral

La función del calificador que la ley le reconoce obedece a que en el registro exista la menor cantidad de títulos defectuosos, a través de la calificación registral, bajo su responsabilidad, el calificador accede o rechaza a hacer la inscripción de un título o anotación en el Registro Público de la Propiedad, la finalidad de la institución registral es vincularse al marco integral del proceso económico de las entidades federativas, vinculado con las demandas sociales

⁴ Página de la Organización de Naciones Unidas, dirección en internet <http://www.un.org/es/globalissues/governance/> fecha de consulta 3 de octubre de 2014.

y las exigencias del desarrollo. En las leyes reglamentarias de los distintos registros públicos de la propiedad (y en su caso del Comercio) de las entidades federativas respectivas, se señalan las obligaciones de los registradores, previéndose los diferentes actos encaminados a la correcta inscripción de títulos y documentos registrales, así como, su deber de no inscribirlos cuando adviertan la improcedencia de la inscripción relativa.

En virtud de que los certificados emitidos por el registro público constituyen documentales públicas que manifiestan el mismo valor que el asiento original el registrador será responsable por las discrepancias que se presenten en la prestación de un servicio público.

El Instituto de la Función Registral del Estado de México

En la entidad mexiquense, el Instituto de la Función Registral del Estado de México (IFREM), es la institución sectorizada a la Secretaría General de Gobierno la cual tiene por objeto llevar a cabo la función registral del Estado de México en los términos del marco jurídico, teniendo como propósito garantizar la publicidad de los derechos susceptibles de inscripción, otorgar mayor seguridad pública sobre la propiedad inmobiliaria y facilitar los trámites relacionados con la operación de predios, a fin de dar mayor fluidez a las operaciones del mercado inmobiliario, impulsar el uso de créditos hipotecarios y apoyar la competitividad y el crecimiento económico de la entidad.

Marco jurídico del IFREM. Ver anexo I.

Derecho comparado

En otros países latinoamericanos, como Argentina, la ley establece: “No podrá restringirse o limitarse la inmediata inscripción de los títulos en el registro mediante normas de carácter administrativo o tributario”.⁵

Por lo que deja en claro que la inscripción de los títulos no se ve afectada por otras normas, siempre y cuando cumplan con los requisitos que se deben cumplir dentro de su legislación registral. Situación similar aprecia la ley en Chile, que señala:

El Conservador no podrá rehusar ni retardar las inscripciones: deberá, no obstante, negarse, si la inscripción es en algún sentido legalmente inadmisibile; por ejemplo, si no es auténtica o no está en el papel competente la copia que se le presenta; si no está situada en el departamento o no es inmueble la cosa a que se refiere; si no se ha dado al público el aviso prescrito en el artículo 58; si es visible en el título algún vicio o defecto que lo anule absolutamente, o si no contiene las designaciones legales para la inscripción”.⁶

De lo anterior, destacamos que distintos ordenamientos legales, en diferentes países, establecen que no se debe retrasar o entorpecer el proceso de inscripción al Registro

⁵ Ley 17801. RÉGIMEN DE LOS REGISTROS DE LA PROPIEDAD INMUEBLE DE LAS PROVINCIAS CAPITAL FEDERAL TERRITORIO NACIONAL DE TIERRA DEL FUEGO ANTÁRTIDA E ISLAS DEL ATLÁNTICO SUR. BUENOS AIRES 28 DE JUNIO DE 1968. BOLETÍN OFICIAL 10 DE JULIO DE 1968. Capítulo X, artículo 41

⁶ Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces de Chile, Título I, artículo 13.

de títulos siempre y cuando se cumplan las formalidades legales que señalan las leyes aplicables a cada lugar.

Conclusión

El principio de calificación se equipara al principio de legalidad, que consiste en que todo documento que ingrese al Registro Público de la Propiedad debe ser examinado por los calificadores y el registrador para establecer si cumple con los requisitos señalados por la ley y se le otorgue la calificación e inscripción correspondiente en el registro.

Para respetar el principio de legalidad y seguridad jurídica sustentado en el Artículo 14 Constitucional, el registrador ha de apegar su actuación al marco legal que rige su actuación; la ley del Registro Público de la Propiedad de la entidad que se trate establece de forma limitativa los supuestos de negación de registro de un documento, por lo que si un supuesto no se encuentra contenido en las leyes prohibitivas o de interés público no ha de ser impedida su inscripción.

La labor de calificación del registrador es autónoma, enmarcada en la normatividad, de naturaleza administrativa. El control de legalidad que ejerce el registrador goza de su máxima extensión en cuanto a las condiciones formales del título y a las condiciones predeterminantes que la ley establece para su inscripción, restringiendo, en cambio, su desenvolvimiento con respecto a la validez consustancial de los actos contenidos en el documento.

Bibliografía

- CASTRO Z., Salvador y Muñoz, Luis, *Comentarios al Código Civil*, México, CAVO, 1984.
- COLIN SÁNCHEZ, Guillermo, *Procedimiento registral de la propiedad*, México, Porrúa, 1979.
- DELGADILLO GUTIÉRREZ, Luis Humberto y Lucero, M. Manuel, *Compendio de derecho administrativo*, México, Porrúa, 2012.
- OCDE, *Mejores prácticas registrales y catastrales en México*, sl, OCDE Publishing, 2012.
- TÉLLEZ ULLOA, Marco Antonio, *El enjuiciamiento mercantil mexicano*, México, Libros de México, 1973.

Fuentes Electrónicas

- Organización de Naciones Unidas, <http://www.un.org/es/globalissues/governance/> fecha de consulta 3 de octubre de 2014
- Instituto de la Función Registral del Estado de México, <http://portal2.edomex.gob.mx/ifrem/Inicio/index.htm?ssSourceNodeId=6603&ssSourceSiteId=ifrem> fecha de consulta 3 de octubre de 2014

Anexo I

Marco jurídico del Instituto de la Función Registral del Estado de México

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
Constitución Política del Estado Libre y Soberano de México

Leyes

Ley que Crea el Organismo Público Descentralizado Denominado Instituto de la Función Registral
Decreto Número 59 por el que se reforman los artículos 1, 5 en su fracción

I, 11 en su fracción I y 12 en su fracción III de la Ley que crea el Organismo Público Descentralizado denominado Instituto de la Función Registral del Estado de México
Ley Registral Para el Estado de México
Ley del Notariado del Estado de México
Ley para la Coordinación y Control de Organismos Auxiliares del Estado de México
Ley de Ingresos del Estado de México para el Ejercicio Fiscal 2014
Ley que Regula el Régimen de Propiedad en Condominio del Estado de México
Ley Orgánica de la Administración Pública del Estado de México
Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Estado de México y Municipios
Ley de Protección de Datos Personales del Estado de México
Ley del Trabajo de los Servidores Públicos del Estado de México y Municipios
Ley para el Uso de Medios Electrónicos del Estado de México
Ley para la Mejora Regulatoria del Estado de México y Municipios
Ley de Responsabilidades de los Servidores Públicos del Estado de México y Municipios
Ley Agraria

Códigos

Código Civil del Estado de México
Código Financiero del Estado de México
Código Administrativo del Estado de México
Código de Comercio
Código de Procedimientos Administrativos del Estado de México
Código de Procedimientos Civiles del Estado de México

Reglamentos

Reglamento Interior del Instituto de la Función Registral del Estado de México
Reglamento Interior de la Consejería Jurídica
Reglamento de la Ley Registral para el Estado de México
Reglamento de la Ley del Notariado del Estado de México
Reglamento de la Ley para la Coordinación y el Control de los Organismos Auxiliares y Fideicomisos del Estado de México
Reglamento de la Ley para la Mejora Regulatoria del Estado de México y Municipios
Reglamento de Seguridad e Higiene en el Trabajo para los Servidores Pú-

blicos del Instituto de la Función Registral del Estado de México
Reglamento de Escalafón de los Servidores Públicos Generales del Instituto de la Función Registral del Estado de México
Reglamento Interior del Servicio Profesional de Carrera Registral para los Servidores Públicos del Instituto de la Función Registral del Estado de México
Reglamento de Construcción de Inmuebles en Condominio
Acuerdo del Ejecutivo del Estado por el que se expide el Reglamento del Título Quinto del Código Financiero del Estado de México y Municipios, denominado "Del Catastro"
Reglamento del Registro Público de Comercio
Reglamento del Libro Quinto del Código Administrativo del Estado de México
Reglamento de Condiciones Generales de Trabajo de los Servidores Públicos Generales del Instituto de la Función Registral del Estado de México
Lineamientos por los que se establecen las normas que habrán de observar los sujetos obligados en la identificación, publicación y actualización de la Información Pública de Oficio determinada por el Capítulo I del Título Tercero de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Estado de México y Municipios
Lineamientos por los que se establecen las Políticas Criterios y Procedimientos que deberán observar los sujetos obligados para proveer la aplicación e implementación de la Ley de Protección de Datos Personales del Estado de México
Lineamientos sobre las medidas de seguridad aplicables a los Sistemas de Datos Personales que se encuentran en posesión de los sujetos obligados de la Ley de Protección de Datos Personales del Estado de México
Lineamientos para la Operación y Funcionamiento del Comité Interno de Mejora Regulatoria del Instituto de la Función Registral del Estado de México

Acuerdos, convenios y decretos

Acuerdo del Ejecutivo del Estado, por el que se crea el Procedimiento de Inmatriculación Administrativa de bienes inmuebles del dominio público de los municipios
Acuerdo por el que se da a conocer el cambio de domicilio del Departamento de Notarías del Estado de México, con residencia en Toluca, Estado de México
Trigésima Primera Sesión Ordinaria del Consejo Directivo del Instituto de la Función Registral del Estado de México
Acta de la Octava Sesión Ordinaria del Comité de Información del IFREM.

REGESTA
EL PRINCIPIO DE
LEGALIDAD Y LA DEBIDA
FUNDAMENTACIÓN
DE LA FUNCIÓN
REGISTRAL

Acta de la Séptima Sesión Extraordinaria del Comité de Información del
IFREM
Acuerdo de Coordinación y Colaboración que celebran el Instituto de la
Función Registral del Estado de México y el Instituto Mexiquense
de la Vivienda Social
Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones
del Código de Comercio de la Ley General de Sociedades Mercan-
tiles, de la Ley de Fondos de Inversión, de la Ley General de Títulos
y Operaciones de Crédito, de la Ley Federal de Derechos y de la Ley
Orgánica de la Administración Pública Federal, en relación con la
Miscelánea en Materia Mercantil
Manual General de Organización del Instituto de la Función Registral del
Estado de México
Procedimiento “Atención y Despacho de Correspondencia de la Dirección
General del Instituto de la Función Registral del Estado de México”
Procedimiento “Atención y Despacho de Asuntos de la Dirección Técni-
co-Jurídica”
Manual de Procedimientos de la Dirección de Control y Supervisión de
Oficinas Registrales
Manual de Procedimientos de las Oficinas Registrales de la Dirección de
Control y Supervisión de Oficinas Registrales
Manual de Procedimientos de la Subdirección Jurídica
Manual de Procedimientos de la Subdirección de Regularización
Manual de Procedimientos del Departamento de Recursos Materiales
Manual de Procedimientos del Departamento de Ingresos
Procedimiento “Emisión de Estados Financieros y Presupuestales”, del
Departamento de Contabilidad
Manual de Procedimientos del Departamento de Presupuestos
Manual de Procedimientos del Departamento de Tesorería
Manual de Procedimientos del Departamento de Promoción
Manual de Procedimientos del Departamento de Recursos y Procedi-
mientos
Manual de Procedimientos del Departamento de Resoluciones
Manual de Procedimientos de Mesa de Ayuda de la Unidad de Informática

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

COO

Esta entrega de *Escriva*
se imprimió en noviembre de 2014,
tuvo un tiraje de 500 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