

Colegio de Notarios
del Estado de México



Índice

CARTA DEL EDITOR Fernando Trueba Buenfil	P.13
DOXA La notaría y la notaria como binomio de confianza y seguridad jurídica: una visión de género Lic. Rosamaría Montiel Bastida	P.17
Ciencia notarial Dr. Isidro Muñoz Rivera	P.39
Ante el nuevo horizonte de los Derechos de la Personalidad Lic. J. Claudio Ibarrola Muro	P.93

LEX

**La incorporación de la tecnología
en la función notarial** P.107

Lic. Marco Antonio Ruiz Aguirre

El notario y la nuevas tecnologías P.123

Lic. Francisco Javier García Más

REGESTA

**Análisis de la Ley General para Armonizar
y Homologar los Registros Inmobiliarios
y de Personas Morales con los Catastros** P.185

Lic. Miguel Ángel Gutiérrez Ysita

Índice

Carta del editor

E

l Derecho, como ciencia en constante evolución, tiene que ir acorde a los retos que presenta la realidad social. Hoy vivimos vientos de cambio en el Sistema Jurídico y el notariado tiene necesariamente que estudiar esos cambios y responder, desde su dimensión social, de una forma ágil y adecuada, lo que implica profundizar en el estudio, análisis y reflexión de los temas novedosos que inciden en su diario actuar.

Como ya es tradición, ESCRIVA se ocupa en esta entrega de temas actuales y trascendentes; presenta ensayos que los abordan con ideas y razonamientos que invitan al dialogo y la reflexión.

Carta del editor

Disquisiciones jurídicas y filosóficas en torno a los derechos humanos, a la ciencia notarial, son argumentados por notarios mexiquenses, y nos obligan a meditar al respecto asumiendo una nueva visión del tratamiento doctrinario y práctico de algunas instituciones jurídicas. La Notaria Rosamaría Montiel comenta, con una visión de género, la trascendencia de la evolución de la presencia femenina en el notariado.

Resulta indudable que el notariado debe adaptarse al dinamismo del Derecho y a las nuevas tecnologías, al respecto presentamos consideraciones de lo que sucede en nuestro país, así como lo que acontece en otras latitudes; el notario español García Más nos comparte sus ideas en un artículo que obliga al estudio sobre la argumentación que esgrime. Debemos considerar que la utilización de las nuevas tecnologías en beneficio del Sistema Jurídico y de la sociedad es indispensable; debe el notario servirse de la tecnología pero sin menoscabo de la seguridad jurídica preventiva que otorga.

También tema de actualidad e importancia es el relativo a la homologación de los registros, catastros y su vinculación con otros sistemas, proponiéndose en un artículo acucioso, después de una exhaustiva exposición, importantes sugerencias con la finalidad de alcanzar los objetivos que persigue la reciente normativa.

Carta del editor

Querido lector, antes de invitarte a que pases a adentrarte en los relevantes textos que se presentan, quiero comentar que esta edición de ESCRIVA está dedicada a la memoria de nuestros colegas recientemente fallecidos, la mayoría de ellos víctimas de la pandemia: Luis Miranda Cardoso, Roberto Hoffman Elizalde, Edmundo Saldívar Mendoza, Gabriel Ezeta Mol, Jaime Reza Arana, Guadalupe Pérez Palomino, y Martha María del Carmen Hernández Álvarez.

Sea para ellos nuestro recuerdo permanente y un homenaje a su memoria como notarios comprometidos con su función.

Fernando Trueba Buenfil

Otoño 2021

La notaría y la notaria como binomio de confianza y seguridad jurídica: una visión de género

La notaría y la notaria como binomio de confianza y seguridad jurídica: una visión de género

Lic. Rosamaría Montiel Bastida

Presidente del Consejo del Colegio de Notarios del Estado de México.
Notaria Pública N° 86.

TEMARIO: I. Introducción, II. Dimensión histórica, III. Acceso a la profesión, IV. Del ejercicio profesional, V. La notaria y el liderazgo de género, VI. Rol social del notariado, VII. El papel del estado de México, VIII. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo implica una fusión de saberes y experiencias propias y de colegas notarios, que, de la mano de actividades diversas y documentos históricos, llevan a cabo una reflexión que seguramente dará oportunidad de ser enriquecida por las y los colegas con objeto de dar evidencia por el interés correspondiente al tema que me ocupa.

Es un hecho que ninguna profesión es fácil, sin embargo, la actividad notarial lleva a cabo un proceso de acceso complejo, sobre todo tomando en consideración que no existe una homologación similar a la forma en cómo se lleva a cabo el acceso en México respecto de los notariados que conforman la Unión Internacional del Notariado, por su naturaleza de carácter de tipo Latino. No obstante lo anterior, esta condición gremial puede llamar la atención en tratándose de una actividad profesional segmentada a un perfil profesional en su mayoría masculino, que se percibe discriminatorio a una condición social que se ha visto limitada a género por motivos, circunstancias y/o consecuencias diversas a la vida personal de las solicitantes, mas no a las condiciones como persona, de conocimiento y capacidades operativas y técnicas de la profesión jurídica notarial para poder aplicar al momento de presentar un curso de preceptoría, aspirante a notario, iniciación a la vida notarial y exámenes de aspirante a notario.

La carrera notarial ciertamente no es sencilla, pero se ha consolidado al paso de los años respecto de la for-

ma de acceso y su preparación constante en estudios e investigación de las diversas disciplinas jurídicas en pro del mejor desempeño de la función. Asimismo, son diversos los tópicos que además de educación profesional permanente deben de cubrirse, con objeto de dar cumplimiento al quehacer notarial a fin de dar observancia al control de legalidad que garantiza la seguridad jurídica de nuestros actos. Es decir, dado el dinamismo que la misma sociedad lleva a cabo y la respuesta que las profesiones deben atender en este actuar cotidiano, el notario cubre una función integral de experiencia, de esencia en su labor ética y social, además de implementación del uso de las tecnologías para hacer de su labor, una actuación de mayor impacto, como en el caso de los documentos electrónicos con los que ya operamos gran parte de nuestras operaciones.

Adicional a lo anteriormente referido, como eslabón de gran importancia en la vida notarial, se tiene al Colegio de Notarios, ya que es a través de él, en donde se dirige el cauce de nuestro ejercicio profesional agremiado en una sola esencia de la función: el notario. Desde este matiz, son muchas y diversas las aristas que se trabajan en un colegiado de tal relevancia, ya que contribuye a un crecimiento de una institución y de las personas profesionales que la conforman, es decir, los retos que se atienden para poder continuar prestando nuestra función con impacto social, desafíos que validen un entorno a la legitimidad y el reconocimiento de los Derechos Humanos que aplica en nuestro actuar, sobre todo, cuando ésta es una visión integradora de uno de los notariados de la República Mexicana con mayor presencia en cuanto a visión de género, como el que se trabaja en el Estado de México y que en este documento abordaré.

La visión de género en materia notarial no es común y por ello, uno de mis propósitos es poder aportar y materializar desde el ejercicio profesional de una notaría y un notario, el porqué de esta función fortalecida en sus instituciones, además de la implementación del desarrollo más equitativo en pro de la mujer, sin que sea en desventaja respecto de los hombres. Esta contribución es posible gracias al esfuerzo de compañeras y compañeros colegas que conforman mi equipo de trabajo en mi actual gestión, que sin ellos, no sería posible dimensionar nuestra labor en el Estado de México.

II. DIMENSIÓN HISTÓRICA

Desde tiempos remotos, para diversas culturas en el mundo ha existido un personaje que deja constancia de lo que ve y percibe con sus sentidos, al cual se le denomina como escriba, tabelión, tlacuilo, escribano, etc., con objeto de realizar una función de importancia y trascendencia en sociedad. Su participación ha sido necesaria para dar fe de los actos y hechos jurídicos que ante él acontecen a fin de brindar seguridad jurídica. Las cualidades principales que deben imperar en este profesionista denominado escribano o notario son: ser una persona culta y con grandes nociones de Derecho.

Los momentos históricos importantes para el notariado son diversos y de gran trascendencia, por ejemplo: la organización de los escribanos en México a través de la Cofradía de los Cuatro Santos Evangelistas en el año 1573, pero es hasta la época de Carlos IV Rey de España, cuando se erige el Real Colegio de Escribanos de México en 1792². Como dato cultural relevante tenemos que se considera a Hernán Cortés el primer fedatario de la Nueva España.

La función notarial en México al paso de más de 500 años de vida y compromiso ante la ciudadanía, se

considera fortalecida por la razón primordial de ser creada por y para la sociedad, ya que, en muchas de las ocasiones, a la imagen del notario se le ha llegado a comparar con la antigua figura del sacerdote familiar, depositario de confianza y sigilo. Por ello, la institución notarial no debe su eficacia y valor a coyunturas políticas o accidentes, temporales o espaciales; sino que es producto de una larga y firme evolución, a una verdadera transmisión de tradiciones, valores, reglas éticas y exigencias personales.³

La certeza y seguridad jurídica la otorga el notario a través de la fe pública, que a su vez es autenticado por este profesional, y que plasma en su instrumento notarial llamado protocolo. Esta labor de los fedatarios ha quedado expresada en diversos instrumentos jurídicos, de investigación, de política y de desarrollo diversos, que han dejado evidencia en instrumentos de actos notariales desde 1524 a la fecha y son huella de innumerables eventos importantes y trascendentes para la vida nacional⁴.

Es así como la institución notarial ha estado presente desde el inicio de la civilización hasta nuestros días, aún en tiempos de pandemia, como asesor imparcial ante la sociedad con objeto de dar cabal cumplimiento al fin para el que fue creada.

2. Para mayor abundamiento en el tema, véase: Orígenes e Historia del Notariado en México, Pérez Fernández del Castillo, Bernardo, Editorial Porrúa_Asociación Nacional del Notariado Mexicano.

3. Intervención de la Sra. Ministra Olga María del Carmen Sánchez Cordero Dávila, en el Ciclo de Conferencias “CCXIII años de la función notarial”, celebrado el 21 de octubre del año 2005, en el Colegio de Notarios del Distrito Federal, en la Ciudad de México.

4. Para mayor abundamiento en este tema de relevancia histórica, se sugiere ver el documental “El Notario en la vida nacional”, elaborado por Televisa, a través de CLÍO, y puede consultarse en la página del Colegio Nacional del Notariado Mexicano y en YouTube a través de la siguiente liga: (338) El notario en la vida nacional. - YouTube

Desde la perspectiva internacional, México forma parte de la Unión Internacional del Notariado (UINL) desde el año 1948 que fue fundada en Buenos Aires, durante la celebración del Primer Congreso Internacional del Notariado Latino, organizado por el Escribano José Adrián Negri.

III. ACCESO A LA PROFESIÓN

En México la forma de acceder a la profesión notarial en cada entidad es diferente, ya que depende de los lineamientos que el ordenamiento en vigor disponga, siendo los más concurrentes los siguientes: ser licenciado en Derecho o abogado, realizar práctica profesional en una notaría, acreditar residencia en la entidad, edad mínima, tener buena reputación personal y profesional, además de aprobar y en su caso vencer el examen de oposición, entre otros requisitos.

La convocatoria para los profesionales del Derecho dispuestos a participar en el curso de formación de aspirantes a notario es publicitada en la página de los Colegios Notariales de conformidad con las bases y requisitos en cada entidad, en el caso del Colegio de Notarios del Estado de México la actividad formativa de inducción a los aspirantes es apoyada por el Instituto de Estudios Notariales. Procedimiento similar se publica en la convocatoria a participar en el examen para obtener la constancia de Aspirante a Notario.

Una vez que se desahoga el procedimiento de exámenes (como aspirante a notario y de oposición) y ser vencedor en un examen de oposición, el poder ejecutivo del Gobierno de cada entidad federativa autoriza una patente o fiat notarial.

Para llevar a cabo el ejercicio de la función notarial, se requiere de elementos indispensables para su

actuación, como son el pago de una fianza garante de su función, contar con su protocolo y sello de autorizar, registrar su firma y rúbrica ante la autoridad competente, Registro Público de la Propiedad, Archivo de Notarías y el Colegio de Notarios. Asimismo, contar con un espacio físico como oficina e iniciar funciones desde la protesta de su cargo y dar aviso a la autoridad del inicio de funciones.

El notario es una persona a la que el Estado confiere fe pública, previo el cumplimiento de una serie de requisitos legales, como ya se han señalado. Una vez obtenida esta investidura, el notario, en representación del propio Estado, interviene en los actos y contratos que realizan los miembros de la sociedad y los reviste de autenticidad, solemnidad y fuerza probatoria plena.

Una de las características particulares de la profesión notarial ha sido, y seguirá siendo, la educación y capacitación no sólo para el notario en su función, sino también para el personal de notaría que coadyuva permanentemente con el titular, a fin de contribuir a un desempeño responsable y actualizado en el tema de su función. Los Colegios notariales de los estados, así como el Colegio Nacional del Notariado Mexicano, A.C. y la Unión Internacional del Notariado (UINL) apuestan por la educación permanente a través de cursos, encuentros, congresos, jornadas, etc., en pro de la actualización y modernización permanente, razón principal de vida también para los propios colegios.

IV. DEL EJERCICIO PROFESIONAL.

La Ley del Notariado define al notario como profesional del Derecho investido de fe pública por el Estado y tiene por función brindar seguridad y certeza jurídica en los actos y hechos en los que da fe⁵. Al ser en México la ac-

tividad notarial una materia local, cada ley dispone los derechos, obligaciones, responsabilidades y sanciones que le corresponden en caso de faltar a algún precepto, manteniendo siempre un alto nivel de profesionalismo, imparcialidad y autonomía en sus decisiones.

Los notarios sólo pueden ejercer su función en el territorio de la entidad federativa que les corresponde, sin embargo, pueden celebrar actos que refieran a otro estado dentro de su jurisdicción notarial y a petición del propio cliente. En otras palabras, la actividad notarial es rogada, se inicia por solicitud de las partes interesadas a quienes el notario debe identificar cuidadosamente ya que, de lo contrario, el notario público debe excusarse de prestar el servicio solicitado.

El notario de tipo latino⁶ ejerce su función con independencia del poder público y los particulares, dando forma legal a la voluntad de los comparecientes en lo que se denomina el arte notarial (escucha, asesora, atiende), para posteriormente ser plasmado en un instrumento público y auténtico denominado Escritura Pública⁷, el cual es conservado y reproducido por el notario durante el tiempo que establece la Ley, y después trasladar el protocolo al Archivo de Notarías, en donde quedará depositado para el pertinente resguardo en definitiva.

5. Art. 4 de la Ley del Notariado del Estado de México, disponible en: <http://legislacion.edomex.gob.mx/sites/legislacion.edomex.gob.mx/files/files/pdf/ley/vig/leyvig019.pdf>, consulta en fecha 12-06-21.

6. Son dos los principales sistemas notariales en el mundo: el latino y el anglosajón. Para conocer de los notariados de tipo latino, del que forma parte México, véase la página de la Unión Internacional del Notariado, disponible en: Notariados miembros - UINL, consulta en fecha 13-06-21.

7. ¿Qué es un notario?, página virtual, disponible en: <https://www.notariadomexicano.org.mx/el-notario/#1542414469868-b08f7526-a61d>, consulta en fecha 13-06-21.

Asimismo, el notariado mexicano es un coadyuvante en la administración de justicia en México al proporcionar seguridad jurídica y prevenir posibles litigios y conflictos, además de que colabora con autoridades administrativas y fiscales en el ámbito de sus atribuciones.

Es de precisar que aunque la función notarial es una función pública, y por lo tanto tiene la autoridad del Estado, es ejercida de forma imparcial e independiente, sin estar situada jerárquicamente entre los funcionarios del Estado y se extiende a todas las actividades jurídicas no contenciosas, por lo que confiere al usuario seguridad jurídica, evitando posibles litigios y conflictos, que puede resolver por medio del ejercicio de la mediación jurídica y es un instrumento indispensable para la administración de una buena justicia⁸.

V. LA NOTARIA Y EL LIDERAZGO DE GÉNERO

En México existen más de 4,100 notarías⁹. La actividad notarial en la República Mexicana es predominantemente masculina, aunque son pocas las notarias que han podido dejar huella de su actividad profesional de manera significativa, debido a que no todas han llevado a cabo una participación representativa del notariado al frente de su Estado, en donde afortunadamente hoy en día se está cambiando esta percepción, pues casi el 25% del notariado nacional está integrado por mujeres.

Se ha trabajado arduamente en los últimos años por buscar la paridad de género en esta noble profesión. De manera particular se llevó a cabo la CXXII Jornada Nacional del Notariado Mexicano, **primera con perspectiva de género** para reconocer el trabajo que hemos realizado las mujeres en nuestros colegios y consejos estatales sobre la función notarial, con la certeza de que

DOXA

muchas compañeras participarán activamente para que cada vez sean más mujeres presidentas en sus respectivos colegios¹⁰. Las mujeres notarias somos conscientes de que falta mucho por hacer, pero ya se está trabajando en ello, así como en materia de Derechos Humanos, para integrar el equilibrio entre los géneros y las responsabilidades de esta función trascendente en la vida de la sociedad.

Considero que es importante la visión de una mujer en todas las actividades laborales, particularmente en aquellas que tienen que ver con el patrimonio, la salud, la seguridad y la educación. No obstante lo anterior, el papel de la mujer es complejo por diferentes circunstancias, ya que ha tenido grandes desafíos a partir de que se ha incorporado a la vida laboral, en donde lamentablemente no se logra la equidad de oportunidades laborales, y es justo ahí en donde debe darse el salto deseado para que esta participación femenina llegue a puestos de alta dirección en la toma de decisiones y lograr que el techo de cristal pueda romperse, además de erradicar la violencia de género, una asignatura pendiente por trabajar.

En tratándose del juego de roles en el que hoy en día participa una mujer, en entrevista la ex Ministra de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Olga Sánchez Cordero, menciona la importancia de la mujer como proveedora de familia, ya que se ha dinamizado la convivencia familiar y ha tomado matices de modificación a lo que tradicionalmente se dedicaba la mujer y el hombre, pues comparten los roles de responsabilidad, particularmente en el cuidado de los hijos¹¹ y actividades cotidianas además de las profesionales. Al respecto del actuar desde el género señala que la mujer planifica de manera estratégica por naturaleza, a diferencia de la precisión objetiva con la que puede actuar un hombre, y no

es que esté mal, sino que las condiciones son distintas. De ahí la importancia de la complementariedad en las habilidades de cada género.

Por lo que respecta a la participación de la función que actualmente desempeño como presidenta del Consejo del Colegio de Notarios del Estado de México, además de la función que como notario llevo a cabo desde hace algunos años, no he tenido complicación de ninguna especie. Coincido con colegas notarias que al igual que yo, buscan el reconocimiento y compromiso por el desempeño que dignamente se ha logrado en base a la preparación permanente y ejercicio ético de nuestra profesión¹², por la profesión misma. Ciertamente no es fácil llevar a cabo el manejo equilibrado del Colegio que me honro en presidir, mi notaría, mi familia y mi vida personal, pero siendo mujer, administrada y comprometida en mis actos, he tenido a bien dar el mejor desempeño de mí misma. Para tal efecto, llevo a cabo una serie de trabajos que de la mano de colegas hombres y mujeres, estamos logrando acciones positivas con resultados visibles desde nuestro esfuerzo gremial.

8. El apartado “El Notario y la función Notarial” conlleva aspectos relevantes a reflexionar que es importante a tomar en cuenta. Op. Cit., <https://www.uinl.org/principio-fundamentales>

9. Op. Cit., <https://www.notariadomexicano.org.mx/el-notario/#1542415163477-1837c73a-bef3>

10. Evento celebrado en la Ciudad de Oaxaca, Oaxaca los días 20, 21 y 22 de mayo de 2021, disponible en: <https://www.notariadomexicano.org.mx/noticias/cxxii-jornada-nacional-del-notariado-mexicano-olga-sanchez-cordero-davila/>, consulta en fecha 12-06-21.

11. Charla realizada por la Dra. Briz Franco en el programa de Radio Ius “Con Sentido Jurídico”, de la Facultad de Derecho de la UNAM en el mes de abril de 2012, disponible en: <http://www.mediacampos.unam.mx/node/2146>, consulta en fecha 12-06-21.

12. Día internacional de las mujeres, Lic. Karina Gastellum Félix, Presidenta del Colegio de Notarios de Sonora. Disponible en: ES-CRIBANO-90-IND-1.pdf (notariadomexicano.org.mx), consulta en fecha 12-06-21.

VI. ROL SOCIAL DEL NOTARIADO

Como se ha mencionado previamente, el trabajo notarial trae consigo un desarrollo histórico importante, sin que haya tenido oportunidad de resaltar la participación de mujeres notarias en el desempeño de los trabajos, sin embargo, esto no significa que la función estaba negada a las mujeres, sino que el rol social que desempeñaban la mayoría de ellas, no era el del ejercicio profesional, sino que estaba limitado su trabajo a tareas diferentes a lo que actualmente se desempeña en cualquier profesión, no sólo a la notarial.

Es posible que del actuar que el notario ha desarrollado en estos 500 años de vida¹³ existan aciertos y desaciertos, así como áreas a reforzar en el amplio catálogo de servicios profesionales que desempeñamos, los cuales están regulados por un marco jurídico específico que además contribuye a dar transparencia de nuestro trabajo y pago de honorarios, que también son regulados por un arancel profesional. Así pues, no es ajeno el comentario que posiblemente exista alguna persona que como solicitante de un servicio, pese a tantas campañas de jornadas notariales diversas, no haya escuchado de algún servicio notarial o de algún beneficio económico por este tipo de actividades, y por consiguiente no haya sido beneficiado.

En este sentido, es grato destacar que la actividad notarial tiene como eje rector al Derecho en pro de una convivencia social, desarrollo económico y el bien común. Gracias a la confianza de las personas (nuestros clientes), de la sociedad y del propio Estado, podemos continuar nuestro trabajo hombres y mujeres notarias de manera cotidiana, sin que esto signifique dar mayor o menor valor si el mismo es desempeñado por un notario o una notaria.

Poder dar certeza y seguridad al patrimonio de las familias, las empresas, al patrimonio del Estado; y contribuir como auxiliar en la administración de justicia, en la prevención de conflictos por ser un asesor imparcial en lo que respecta a una verdadera asesoría de nuestros clientes, es un valor agregado que en la actualidad cubre una necesidad particular para nuestros clientes, destacando que algunos de ellos forman parte de grupos en situación de vulnerabilidad, y que debemos atender con características y elementos de mayor cuidado, por la seguridad y responsabilidad cliente-notario, al momento de llevar a cabo una operación o celebración de un acto ante nuestra fe.

Uno de los retos que se ha forjado con gran fuerza es el tema de la actualización profesional permanente, así como el uso de las herramientas tecnológicas que hacen del ejercicio del notariado una forma mayormente eficiente y eficaz para los usuarios de los servicios notariales y del propio notario y sus colaboradores. En palabras de la doctora Cristina Noemí Armella¹⁴, señala que la tecnología no va a sustituir al notario, pero sí el profesional debe adaptarse a esta nueva realidad, ya que durante el 2020 con la pandemia por Covid-19 el notariado de todo el mundo mostró su capacidad de adaptación, sin dejar de llevar a cabo su labor, aún cuando previamente se consideraba una actividad estrictamente presencial, y que en nuestro marco jurídico mexicano se estableció como actividad esencial, particularmente en la Ciudad de México.

13. Para profundizar en el tema, véase “El Notario en la vida Nacional”, Op. Cit.

14. Primera presidenta electa de la UINL, iniciando su gestión en enero de 2020. disponible en: “Si no nos modernizamos, vamos a labrar nuestra lápida”: Cristina Armella - Centro Urbano, consulta en fecha 28-06-21.

Otro rubro que se ha venido trabajando fuertemente como rol social relevante, es el tema de los Derechos Humanos, ya que a partir del convenio firmado por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH)¹⁵ y el Colegio Nacional del Notariado Mexicano se vienen articulando esfuerzos y suma de voluntades para construir una sociedad participativa que fortalezca la democracia y respeto a los derechos fundamentales. Esta acción muestra el compromiso social de este Organismo Nacional en la defensa de la dignidad de las personas, el cual traerá beneficios para que las organizaciones de la sociedad civil puedan acceder a condiciones que les facilite su trabajo a través de los servicios que ofrecen los notarios y de esta manera continúen con su labor en la defensa de los derechos humanos en México. Poder sumar esfuerzos en los momentos complejos que vive el país como la violencia, inseguridad, corrupción, impunidad, pobreza y desigualdad, son estrategias que podremos y haremos validar a través de nuestro gremio en pro de la justicia y la legalidad.

Desde el observatorio de la temática de Derechos Humanos, por señalar un ejemplo, se refuerza en el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en razón de su esencia, la cual México ha ratificado a través de los Tratados Internacionales, para erradicar situaciones de discriminación de cualquier índole, pero particularmente en razón de género. Los datos duros se contienen en acervos históricos del Colegio de Notarios de la CDMX para identificar el porcentaje de estudian-

15. La CNDH firma convenio con el Colegio Nacional del Notariado Mexicano y reconoce su compromiso social. Comunicado oficial disponible en : LA CNDH FIRMA CONVENIO CON EL COLEGIO NACIONAL DEL NOTARIADO MEXICANO Y RECONOCE SU COMPROMISO SOCIAL | Comisión Nacional de los Derechos Humanos - México.

tes registrados para la preparación y examen que ha dejado manifiesta la opinión del notariado de la CDMX en el presente documento.

El rol de género para la toma de decisiones en cargos de alta responsabilidad es complejo para diferentes profesiones, sin que sea limitativo para la profesión de notario, ya que éste siempre ha sido y seguirá siendo coadyuvante de una sociedad, con parámetros y protocolos rigurosos para llevar a cabo este quehacer notarial, aunque NO debido a temas estigmatizados particularmente para la mujer. Prueba de ello es que, a nivel nacional, el notariado mexicano cuenta con una participación femenina importante, tal es el caso del EDOMEX, que de un total de 175 notarios, son 50 las actuales notarias, como dignas representantes de esta actividad. O lo que actualmente se registra a nivel internacional en la UINL, en la que una mujer de nacionalidad argentina, lidera a más de 90 países en el mundo.

Es de insistir, no es un tema de moda, sino de atención y reacción a una problemática inacabada con matices preocupantes y acciones urgentes. La respuesta de equidad e igualdad, en razón al perfil profesional, técnico y especializado de las y los aspirantes, está en cuanto al compromiso que se viene construyendo en pro de la función y por la función misma, así como de la disposición intelectual, operativa, administrativa, laboral y jurídica que el marco jurídico suscribe y que debe hacerse valer con respeto irrestricto a Derechos Humanos, y para hacer valer un Estado de Derecho.

La propuesta debe cubrir una necesaria y pertinente evolución de la presencia femenina al gremio, siempre y cuando sea tomando en consideración el perfil profesional normativo que históricamente se ha forjado, valorando la calidad profesional del sustentante: mujer u hombre.

VII. EL PAPEL DEL ESTADO DE MÉXICO

Poder contar con el apoyo y confianza de un gremio es muy gratificante, aunque es un compromiso de gran responsabilidad. En mi rol de presidenta del Consejo Directivo del Colegio de Notarios del Estado de México se han generado lazos de comunicación y trabajo pertinentes con mis colegas de profesión notarial, por ello, doy cabal cumplimiento a los compromisos de campaña celebrados, algunos de ellos cumplidos y otros tantos en proceso de dar cumplimiento, buscando dar uniformidad y acompañamiento gremial e institucional al notario y a su Colegio de Notarios. En esta labor de comunicación se han llevado a cabo desayunos regionales con nuestras compañeras y compañeros notarios, con altos funcionarios de nuestro estado y del Poder Judicial, así como con presidentes y tesoreros municipales.

Sin duda la labor es compleja y la gestión de respuesta no ha sido fácil, pero con el apoyo de un gran equipo de trabajo estructurado y comprometido se han logrado beneficios importantes en nuestro marco jurídico estatal, con objeto de dar énfasis en nuestra función a tópicos actuales y de conectividad estratégica en pro de nuestra actividad, como la creación de comisiones, comités permanentes y firma de convenio de colaboración con la UAEM.

Asimismo se vienen gestando una serie de actividades en pro de la sociedad y de la función notarial, tomando en consideración la labor y gestión social de este H. Colegio, a fin de que se pueda atender con mayor y mejor apertura las necesidades apremiantes de nuestra comunidad y contar con una comunicación atenta de los requerimientos y sugerencias que se tra-

bajan en nuestro entorno. El poder servir a mi Estado y a mi gremio es la mejor oportunidad que he tenido en la vida profesional para poder aprovechar el potencial de ser mujer y notaria a la vez.

VII. CONCLUSIONES

El notariado es una de las instituciones de mayor prestigio en nuestro país ya que su actuación a través del tiempo ha dejado huella de seguridad y certeza jurídica en los actos y hechos jurídicos de los que forma parte. En casi todos los países contemporáneos se les considera con pleno valor probatorio. Esta eficacia y valor no se debe a coyunturas o accidentes actuales, sino que es producto de una larga evolución. No obstante que en México se encuentra una importante presencia de más de 500 años, aún existen muchos retos por atender y profesionalizar.

Uno de los retos mayormente representativos son la implementación de los Derechos Humanos en nuestra actividad, pero particularmente con la visibilidad objetiva que el tema conlleva para la labor que desarrollamos ante la sociedad a la que nos debemos, ya que no es un trabajo menor para cualquier colegiado organizado y representado por una mujer, como es mi caso, lo que significa una dosis adicional al compromiso que de manera tradicional se lleva a cabo por parte de lo que representa la profesión actual notarial, una mujer con ejercicio responsable, sensible, ético, incluyente y comprometido, de decir: una visión de género.

Ciencia notarial

Ciencia notarial

Dr. Isidro Muñoz Rivera
Notario del Estado de México.

Planteamiento

La conceptualización del derecho notarial debe abordarse también desde el ángulo científico. Filosofía y ciencia se complementan para tal propósito. La primera se ocupa del que, la segunda del para qué de nuestra materia. En una, el argumento es su herramienta; en la otra, el método.

Sin embargo, es ineludible hacer la interrogante básica: ¿Existe realmente una ciencia notarial? La respuesta es polémica. Siempre lo ha sido. Existen posiciones encontradas. En todo caso, la interrogante no solo es necesaria, es útil, considerando la ventaja de que toda pregunta es, por sí sola, el inicio de un camino hacia el conocimiento. El contenido de un cuestionamiento constituye la oportunidad de desarrollar, en la respuesta,

DOXA

el pensamiento notarial. Por consecuencia, al momento mismo en que planteamos preguntas sobre el perfil científico del derecho notarial, estamos de hecho iniciando un proceso de conocimiento y la posibilidad de intentar un replanteamiento de sus contenidos. Por modesta que resulte ser la contribución, al responder a la interrogante, estamos repensando la materia.

Ha sido de esa manera como los conceptos jurídicos notariales han sido continuamente replanteados a lo largo de su existencia, superando viejos paradigmas y dando paso a nuevas formas del mundo notarial. En distintas épocas y con diversa intensidad se ha dudado si los estudios notariales tienen el nivel de las ciencias. Las opiniones han estado siempre encontradas con amplios argumentos en uno y otro caso. Siendo diversas las formas del pensamiento desarrolladas por siglos, el problema radica en la dificultad de insertarlo en las expresiones científicas. Desde las visiones con afanes universalistas, pasando por el empirismo, hasta la filosofía analítica, las conclusiones han sido poco alentadoras en el afán de obtener la misma validez que la lograda por los estudios de la biología o la física, por ejemplo. El interés es advertir de manera deductiva la función que guardan los estudios del derecho notarial en estos escenarios. Siendo una rama del derecho que alcanzó vida propia en el Medievo, no tiene la misma longevidad que otras expresiones. Sin embargo, ha tenido siempre su dinámica. Así lo refiere Luis Carral y de Teresa cuando expresa que en un principio fue sólo el arte de escribir, después fue el arte de la notaría, hasta reclamar su espacio en el mundo de las ciencias.

No obstante, no ha dejado de cuestionarse la cientificidad del derecho notarial. Cuando más se planteó la duda fue a mediados del siglo pasado. Y si nos intere-

samos aún en el tema es porque la interrogante sigue viva. Demos cuenta de algunas opiniones adversas en las que se considera que la expresión ciencia jurídica notarial es una especificación discutible. Más aún, imprecisa y vaga. El primer planteamiento es con relación a su contenido. Se impugna que no hay claridad respecto a su propósito. ¿Cuál es su objetivo? ¿En realidad ofrece soluciones a los problemas prácticos?

Se ha escuchado que el concepto de ciencia jurídica, en general, está cargado de una fuerza emotiva. Esto constituye un obstáculo para su delimitación. Un análisis de las tradiciones jurídicas contemporáneas muestra que las diversas escuelas sostienen concepciones de la ciencia jurídica radicalmente distintas. Resulta una paradoja su falta de unidad. Al hablar de ciencia jurídica, señala Carlos S. Nino, lo hacemos sobre un término ambiguo y se tiene la sensación de estar pisando un terreno espinoso y resbaladizo en el que es muy difícil eludir la declamación, el lenguaje vago y los lugares comunes. Las razones de la sensación de incomodidad, agrega, es por la falta de terminología adecuada, iniciando por la expresión misma de ciencia jurídica, dado que prejuzga el carácter científico de esta materia. La misma palabra ciencia termina siendo ambigua pues no sabemos si es usada en un contexto para describir actividades científicas o las proposiciones que está genera. Más grave es el defecto de vaguedad, pues no existe claridad del objeto o fin que persigue. Su falta de precisión propicia una zona de penumbra que provoca que no distingamos con claridad qué actividades son realmente científicas en las investigaciones en materia jurídica.¹

1. CARLOS SANTIAGO NINO. Introducción al análisis del derecho. 2ª edición, 11ª reimpresión. Ed. Astrea. Buenos Aires. 2001, pág. 318

DOXA

Además, en el caso del derecho notarial como objeto material puede ser estudiado desde diferentes perspectivas. Esto constituye un obstáculo, dado que existiendo varias teorías cuyo objeto es el derecho notarial, estamos ante la imposibilidad de contar con una concepción unitaria. Ante la factibilidad de desarrollarse diversas concepciones de la ciencia jurídica notarial, estaríamos en realidad más atentos a la forma que al fondo. En lugar de ocuparnos en la manera de abordar el estudio, vemos dedicar más energía a su desarrollo. Lo adjetivo se antepone a lo sustantivo. Se ha reiterado que una de las características de los saberes en periodo de constitución científica es precisamente el acalorado debate metodológico.

Lo relevante es el estudio de los problemas del derecho notarial. Una manera de hacerlo integral y sistemático es, desde luego, a partir de la ciencia jurídica. Al aportarnos mayores conocimientos mejora la aptitud de resolver cualquier dificultad que las normas jurídicas notariales adviertan. La pretensión tiene profundidad. No cometer el error metodológico consistente en solo describir la realidad sin pretender modificarla, como si la científicidad consistiera sólo en reproducir lo dado hasta el cansancio. La ciencia jurídica no es periodismo jurídico.²

Podemos ampliar los argumentos esgrimidos en contra de darle al estudio del derecho notarial un atributo científico. Uno, los argumentos requieren de metodologías rigurosas que toda ciencia reclama y hasta el momento parece que no se han desarrollado en el derecho notarial. Otro, se carece de un objeto claro como punto de partida de toda investigación científica. Por tanto, al no configurarse los elementos sustanciales, resulta meramente discursivo afirmar que el estudio del derecho notarial tiene un estatus científico.

Más aún, todo ejercicio científico, al sustentarse en un método experimental, su postulado básico es rehusar a toda autoridad o ley, sin considerar quien la represente, a lo que el derecho notarial no está en posibilidad de prescindir. No se aceptan, por principio, verdad alguna de manera preestablecida. En este caso, la función notarial no puede estar sujeta a experimento de prueba y error. Tampoco, por su naturaleza formal, le es dable asumir actitudes escépticas. Más aún, es presuntuoso toda intención de darles la denominación de científicos a quienes realizan investigaciones en materia notarial, por más logrados que resulten sus trabajos académicos. No hemos escuchado que a un estudioso en la materia se le reconozca como científico. Los conocimientos notariales no se presentan como enunciados científicos, sino como ensayos jurídicos, aunque cuenten incluso con las más inteligentes argumentaciones. Por consecuencia, realizar investigaciones académicas sobre diversos aspectos del ámbito notarial, es distinto del quehacer científico. Esta, sujeto a otro tratamiento en el que se inicia con la descripción de fenómenos, se desarrollan hipótesis para sujetar a la experimentación y comprobación. Sin ello, es imposible llegar a la lógica que conduce al conocimiento científico.

No obstante, a pesar de los cuestionamientos, es conveniente persistir en el propósito de acreditar el sustento de la ciencia notarial, aunque para ello habrá que analizar los diversos intentos fallidos por darle al estudio notarial un nivel superior al de simples opiniones, ideas o argumentos. En el presente ejercicio es preciso abordar

2. Cfr. VÍCTOR ARÉVALO MENCHACA, Memoria del X Congreso Mundial Ordinario de Filosofía del Derecho y Filosofía Social. Vol. UNAM, México, 1982, pág.257.

primero los linderos de la ciencia con la filosofía, luego, analizar la evolución de la ciencia, con sus elementos metodológicos y, finalmente, esbozar una teoría notarial que acredite su científicidad.

I La relación entre ciencia y filosofía

1.- *La relación ciencia y filosofía proviene de la Grecia antigua.* Sus contenidos son de tal interés que viene bien referirlos con cierta amplitud, con todo y el riesgo de perder la continuidad en el desarrollo del tema central. Pero su referencia auxilia a entender el por qué de una ciencia jurídica notarial. En su origen, la ciencia tuvo un tronco común con la filosofía. Ambas partieron de los mismos ejercicios intelectuales para realizar indagaciones sobre objetos.

2.- *Una de las actividades más fascinantes del ser humano es sin duda la filosofía.* El filósofo tiene la virtud de maravillarse de todo cuando logra escrudñar mediante el uso de su mejor herramienta: la razón. Y lo hace desinteresadamente, ya que ordinariamente no pretende que el producto de su comprensión resulte práctico o tenga alguna utilidad. No aspira a una dimensión científica, y en su extremo, ni siquiera hacer de su conocimiento una reflexión sobre los saberes. Marinoff dice que la filosofía es buena, aún y cuando no sabemos para qué.³ Con esta expresión lo que en el fondo advierte, es el sentido auténtico y trascendente de la filosofía.

Es a Hipócrates a quién se le adjudica aquella afirmación de que la filosofía no ayuda, pero cuando menos no daña. Se trata de su expresión modesta, puesto que

3. Lou Marinoff. Más Platón y menos Prozac, 10ª edic., Ediciones B, Barcelona, Pág.7.

existe un legado de más de veinticinco siglos de conocimientos y constituyen uno de los más grandes tesoros de los que la humanidad dispone. Desde Tales de Mileto -el primero en preguntarse sobre el origen de todas las cosas-, los griegos tuvieron la pretensión de establecer un orden racional y una estructura de conocimiento; hasta la sociedad del conocimiento de nuestros días, la filosofía ha sido el reino de las ideas.

Filosofar es parte de la naturaleza del ser humano pues es este el único dotado de capacidad de reflexión y conciencia. En ello estriba su condición humana. Filosofar es vivir con la razón. Sus materias son el ser y el conocer. Aborda la realidad, profundiza en sus conocimientos, pero no tiene la pretensión de experimentar. Es suficiente entender el qué. Y esto ya constituye por sí solo, un privilegio intelectual.

La filosofía surgió en el tránsito del mito al logos. Desde la filosofía aristotélica en la que el hombre dejó de cantar y empezó a preguntar. Esto es, cuando los cantos épicos de Homero y Hesíodo fueron tarea de los poetas, quienes con calidad literaria generaron la más bella mitología. Abordaron a sus textos los principios sobre la verdad y la totalidad, y con ello generaron el inicio de la filosofía. Surgió el conocimiento, la capacidad de reflexión y conciencia como rasgos de la condición humana. Con la razón se superaron mitos. Al establecerse una relación entre un objeto predominante sobre el sujeto, se propició el realismo como primera expresión filosófica, la cual terminó en los siguientes años abarcando todo, cubriendo incluso las expresiones idealistas de Platón, para después dar paso a expresiones más logradas.

Para que la filosofía se desarrollara en Grecia, se requirió la existencia de condiciones adecuadas como la libertad política prevaleciente, el crecimiento de la acti-

DOXA

vidad comercial y artesanal, así como la consolidación de la Polis. Pero fue la escritura la que propició que la privacidad de lo sagrado terminara siendo materia de lo público; que la moneda, al acuñarse, se convirtiera en representación universal; y que la geometría y la astronomía favorecieran el laicismo.

Cuando el ser humano se planteó a si mismo todo cuanto acontece, desarrolló su capacidad de asombro. Los primeros enigmas aún perduran. Por ejemplo: ¿Cómo sabemos que conocemos? ¿De qué está hecho el mundo? ¿Cuál es el arjé, es decir, el principio de las cosas? Tales de Mileto, el primer presocrático, afirmó que el principio de todo lo existente es el agua, la humedad presente en las cosas. Anaxímenes planteó que es el aire, pues todo es “aer”, vaho, niebla. Con el primer aliento surge la vida y con el último, la muerte. Pitágoras terció: es en los números dónde está el “arjé”; en la aritmética está la fórmula de todo lo existente. En el número diez que tiene la altura de lo sagrado.

Para algunos filósofos, a diferencia de los científicos, es la crítica de los argumentos lo que define su fortaleza. La crítica es su elemento más poderoso. Es lo que hace más consistentes sus argumentos. Todo puede sujetarse a cuestionamientos, en particular los aspectos fundamentales de la existencia y la experiencia del hombre, y todo cuanto le rodea es materia para buscar su perfecta comprensión.

Advirtieron que existen principios de proporción, equilibrio y acuerdo. En la Grecia antigua, si bien no existieron libros sagrados que advirtieran revelaciones divinas, sí tuvieron la convicción de que todo es divino, animado -en cuanto tienen alma-, lleno de espíritu. En paralelo a esta percepción tuvieron también la facilidad de buscar la verdad, debido a la ausencia de posiciones dogmáti-

cas, a la prevalencia del libre pensamiento. Un dogmático en ese tiempo sería como los Cíclopes, aquellos que teniendo un solo ojo sólo miraban un solo punto.

3.- *En el campo de la ciencia es distinta la pretensión.* Es el para qué de las cosas lo que despierta el interés intelectual. El propósito es ser capaces de alcanzar la verdad objetiva. No basta que el conocimiento sea incluso certero, objetivo, basado en la razón, sino que se exprese en forma de juicio. El filósofo comprende, el científico enuncia.

El científico puede razonar sin filosofar. Puede como cualquier persona, vivir sin filosofar y a la par ser un extraordinario científico, pero cómo lo expresa Compte-Sponville, el riesgo es que no podamos, en absoluto, pensar nuestra vida y vivir nuestro pensamiento. La filosofía es una dimensión constitutiva de la existencia humana.⁴

Con o sin filosofía, los científicos se apoyan en rigurosas metodologías y establecen reglas de prueba y refutación. Ordinariamente sus consecuencias tienen una potencialidad transformadora. Describen la realidad para modificarla e influyen en los comportamientos futuros.

En la práctica, algunos argumentan que existen coincidencias, pues entre filósofos y científicos lo que existe en realidad son argumentos conciliatorios. El saber filosófico no es diferente del saber científico, pues cuando menos se complementan. La filociencia es una constante pretensión, capaz de llevarnos el ejercicio de la razón. Afirma *Gattari*⁵ que tanto en la ciencia como en

4.Cfr. ANDRE COMPTE-SPONVILLE, invitación a la filosofía, editorial Paidós Ibérica, Barcelona, 2002, pág.13.

5. Cfr. CARLOS N GATTARI, El objeto de la ciencia del derecho notarial, Editorial Desalma, Buenos Aires, 1969, pág. 10.

DOXA

la filosofía existen por igual hábitos intelectuales particulares, que se forman y enriquecen mediante la investigación de objetos determinados. La ciencia hace del objeto material el motivo de su conocimiento, y del objeto formal el punto desde el cual se contempla dicho objeto material. Las ciencias, entre ellas, pueden coincidir mediante su objeto formal y con el material, diferir.

4.- Un elenco de sabiduría. Cuando Rafael pintó en el Vaticano el famoso fresco que años después titularon la Escuela de Atenas, resumió gráficamente todo un elenco de sabidurías. Bajo los pilares y arcadas de un gran palacio aparecen personajes que ejercen diálogos con el uso de una reveladora herramienta como es la razón. Son voces que dejaron de ser homogéneas para dar paso al discurso de la racionalidad. La conversación la protagonizan dos figuras centrales: el maestro Platón señalando con el dedo índice el cielo, a las ideas, aspirando a la perfección, desconfiando de la realidad misma. Es el pensamiento lo que acredita la existencia, es el sujeto el que predomina sobre el objeto; mientras que, por su parte, el alumno Aristóteles señala, con la palma de su mano derecha hacia abajo, a la tierra, al espacio de las realidades, a la prevalencia del objeto. Es la realidad lo que acredita el pensamiento.

Pero el escenario pictórico de Rafael no se reduce a la expresión filosófica. Convergen poetas, juristas, filósofos y matemáticos. Todos los saberes se hermanan. Filosofía y ciencia emergieron juntas en el clasicismo.

5.- En el inicial desarrollo de la filosofía griega, existió un rasgo acentuado: la formación paralela de las ciencias. Algunos afirman que primero fue la filosofía y sobre la marcha la ciencia reclamo su deslinde y plena

emancipación. Este desmembramiento, de ser cierto, debió tener efectos considerables, pues no sería una simple bifurcación para correr en paralelo filosofía y ciencia, sino el inicio de una posible desintegración de la incipiente filosofía. Más aún de la misma se desprendieron otras ramas del saber. Para quienes, por cierto, últimamente han proclamado el fin de la filosofía, advierten que al igual que los seres vivos, la muerte no es más que un proceso que inicia a partir de su nacimiento. Bajo esta interpretación, el final de la filosofía, insisten, estaba desde su origen predispuesto. Pero, aun así, si esta hipótesis fuera cierta, ¿no será el final de la filosofía el morir de la manera de pensar?”.⁶

6.- *En el derecho notarial ha existido el interés de estudiar filosofía y ciencia.* La primera que busca la verdad absoluta; la otra, interesada en encontrar la verdad de los contenidos inmediatos. Una, observa y deduce; otra, intuye, analiza y valora. Por ello, para conceptualizar el derecho notarial, lo hacemos de inicio desde ambas perspectivas.

El interés por ahondar en la elaboración de estudios científicos notariales ha sido desde el origen mismo de la materia, como rama autónoma del derecho. Pero fue en aquel acontecimiento significativo de 1954, durante el Congreso Internacional del Notariado Latino, cuando se subrayó en las conclusiones la conveniencia de alentar investigaciones enfocadas al estudio científico del derecho notarial.

La recomendación de distinguidos notarios ha sido en el mismo sentido. Así tenemos la conocida propuesta de Luis Carral y de Teresa, quien al advertir el carácter objetivo (el ordenamiento jurídico y el instrumento público) puede ser materia de métodos científicos, cómo

lo han sido otras ramas del derecho, pues, subraya, no existe ninguna incapacidad intrínseca para su sistematización.⁷ Asimismo, Rafael Núñez Lagos, desde mediados del siglo pasado insistió en repetidas ocasiones en tal propósito. Fue él quien estableció la elemental condicionante: el carácter científico del derecho notarial, en todo caso, está sujeto a que el derecho en general tenga ese mismo rango.⁸ Se trata de un principio de precedencia. En el modo, forma y orden de lo general, se deriva lo particular. Esto nos permite dar paso, primero, a referir los debates que se han dado en diversos tiempos, respecto a la atribuible dimensión científica del derecho en general, para que de manera deductiva pasemos al análisis particular del derecho notarial. Núñez Lagos, consideraba que siendo el derecho notarial un trozo del derecho, ha de seguir, en mayor o menor medida, las mismas rutas de evolución.

II Cuestionamientos a la ciencia jurídica

7.- Los cuestionamientos sobre el nivel científico del derecho, son antiguos. Fue Blas Pascal, en 1670, quien señaló que el derecho tiene el cargo de carecer de un objeto apropiado para ser considerado como una ciencia a causa del carácter variable y arbitrario de las leyes positivas.⁹

Dos siglos después, en 1847, en una controvertida conferencia en la Sociedad Berlinesa de Juristas, Julius Hermann Von Kirchman, se ocupó también de lo que consideró un cuestionable carácter científico del derecho. El reconocido fiscalista quiso mostrar que el derecho, como ciencia, carece de valor puesto que no aporta nada esencial a la aplicación del conocimiento. Si su objeto fuese el derecho positivo, sería casual y defectuoso.

Al pretender poner en descubierto lo que llamó la miseria del derecho, acusó al positivismo jurídico, “al haber entregado el derecho a la arbitrariedad”. Por culpa de la ley positiva “los juristas se han convertido en gusanos que sólo viven de la manera podrida; abandonando la madera sana, anidan y tejen la carcomida. La ciencia, al hacer del azar su objeto, se convierte ella misma en azar. Las palabras rectificadoras del legislador se convierten en papel de desecho”.¹⁰

La controvertida conferencia fue en el fondo bastante confusa, refuto Karl Larenz¹¹ El eco que experimentó puso de manifiesto la protesta de un práctico contra una teoría demasiado prendada de sí misma. Kirchmann se aferró demasiado a lo tradicional. Además, propendió a acomodar por la fuerza las formaciones del presente a las categorías conocidas de configuraciones fenecidas. En todo caso, aquella voz, correspondiente a una época por completo distinta, solo había dado expresión de un malestar malentendido. En su reflexión sobre la jerarquía científica del derecho, previno la posible desesperanza que pueda hacer presa al jurista. ¿Es posible que el derecho no haya aprovechado nada del adelanto experimentado en más de un siglo de quehacer científico?, ¿Estará el derecho irremediabilmente condenado a no tener acceso al nivel de ciencia?

6. MARTÍN HEIDEGGER. ¿Qué es filosofía?, Editorial Nocea. Madrid. 1981, pág. 99.

7. LUIS CARRAL Y DE TERESA, Derecho Notarial y Derecho Registral. Editorial Porrúa. México. 1976 p. 20.

8. RAFAEL NÚÑEZ LAGOS. Estudios de Derecho Notarial. Tomo I: Instituto de España. Madrid 1986.pag.8

9. Citado en MONIQUE CANTO-SPERBER, Diccionario de Ética y de Filosofía Moral, 1ª Edición en español. Fondo de Cultura Económica, Coordinación Paulette Dieterlen, México,2001 pág. 1163.

10. KARL LARENZ. Metodología de La Ciencia del Derecho. Ed. Ariel. Barcelona. 1994. pág. 24.

11. Cfr. Ibidem. pág. 20.

Larenz, cuestionó ¿es la jurisprudencia realmente una ciencia, es decir una actividad espiritual plenamente planeada y dirigida a la obtención de conocimientos, o sólo un saber ordenado de lo que en una comunidad jurídica considera derecho? ¹²

Bobbio, años después, tuvo una opinión más tolerable al expresar que debemos estar en condiciones de comprender perfectamente las razones que indujeron a Kirchmann.¹³ ¿A qué debe tanta franqueza y su insatisfacción frente a los resultados y al método del derecho? La razón es entendible, pues la concepción de ciencia que tuvo ante sus ojos, es la tradicional y no puede haber ciencia si no hay un objeto ya dado o verdadero en sí. Como punto de partida de la investigación no es arbitrario, sino que corresponde precisamente a la verdadera e inmutable naturaleza del objeto. Si con ese metro mide al derecho, agrega Bobbio, éste no podía dejar de aparecer como algo miserable y despreciable. El derecho, en esa condición, no cumple con ninguno de los requisitos. Solo le restaría ser condenada en sus pretensiones científicas y expulsarse definitivamente del conjunto de la ciencia”.¹⁴ Si Kirchmann renaciera hoy, interroga Bobbio, y aceptara como aceptó en su tiempo el concepto de ciencia que se ha hecho dominante, ¿tendría todavía razón de subsistir su complejo de inferioridad de jurista, frente a los demás científicos? En otras palabras, insiste, si hubiera podido hacer suya la concepción actual de “cientificidad” ¿se habría aventurado a hablar con tanta seguridad de la falta de “cientificidad” del derecho? La respuesta la induce el mismo filósofo piemontés, con una interrogación adicional: ¿No hay que volver a plantear el

12. Cfr. KARL LARENZ, ob.cit.pág 27.

13. NORBERTO BOBBIO. Contribución a la Teoría del Derecho. Ed. Valencia. Madrid. 1980.pag.173.

14. Cfr. NORBERTO BOBBIO ob.cit.pag.181.

problema de sí el derecho era una falsa ciencia porque no entraba en los cánones de la verdadera concepción de la ciencia, y pensar, más bien, que la concepción de la ciencia no era una falsa concepción porque, entre otras cosas, no conseguía dar razón al derecho?

Ante la falta de respuestas consistentes, se empezó a hablar del complejo de inferioridad del jurista frente a los científicos y de la falta de valor del derecho como ciencia. Respecto a esta inveterada situación, el mismo y iusfilosofo turinés estima que hemos llegado a hacer una constatación que permite -así al menos nos lo parece- explicar las razones de esta constante insatisfacción que en todo tiempo han experimentado los juristas, cuando se han puesto a confrontar su investigación con las distintas épocas, ha tenido nombre y reconocimiento de ciencia. Hasta mediados del siglo pasado, el jurista no había podido reencontrarse a sí mismo con las distintas concepciones de las ciencias que se han sucedido desde que existe una teoría de la ciencia.

Estas últimas consideraciones de Bobbio forman parte de su ensayo “ Ciencia Jurídica y Análisis del Lenguaje”, publicado inicialmente en 1950 y su contenido asumió el valor de un manifiesto programático, en opinión de diversos juristas.¹⁵ En su contenido establece como objeto desarrollar uno de los problemas que por tradición se convirtió en el inicial de todo estudio de la metodología jurídica, cómo es la científicidad del derecho. No se trata de una cuestión de palabras, ni tampoco de dignidades, agrega Bobbio.¹⁶ Se trata de saber, supuesto que por ciencia se entiende sólo un estudio realizado con rigor, si los resultados de los estudios del derecho tienen en su esfera igual validez que los obtenidos en su campo por los estudios referentes a las expresiones exactas del conocimiento.

8.- *Toda ciencia consiste en descubrir y formular leyes que están en la naturaleza.* Si su producto son verdades que tienen un carácter definitivo y por tanto limitan al derecho en su ascenso al nivel de la ciencia, corresponde también advertir la circunstancia del derecho notarial. Acotando lo hasta ahora referido, resultaría advertible que el resultado de toda investigación relativa al derecho notarial tendría como limitante referirse a formulaciones inmutables. Así, las leyes notariales no participan de una lógica de verdades, sino de legalidad; pero en todo caso, será necesario analizar la naturaleza de la ciencia, una breve revisión de su evolución histórica y advertir la situación que ha guardado el derecho notarial en cada una de sus etapas.

III Concepto de ciencia jurídica

9.- *¿Que entendemos por ciencia?* Para entrar al estudio del problema relativo al acceso del derecho notarial al nivel superior de la ciencia, es preciso advertir, primero, cuál es el concepto de ciencia. Abbagnano, dice que es un conocimiento que incluye, en cualquier modo o medida, una garantía de la propia validez, y tiene como antítesis la “opinión” precisamente por la falta de garantía acerca de su validez. En tal virtud, existen diferentes concepciones de la ciencia, según la garantía de esa validez que se le reconozca.¹⁷

15. Cfr. ENRICO PATTARO. La crisis del Kelsenismo Italiano desde la perspectiva Neoempirista de Norberto Bobbio y Uberto Scarpelli, Editorial Valparaíso. 1987. pág. 33.

16. Cfr NORBERTO BOBBIO. ob. cit. pág. 173.

17. NICOLA ABBAGNANO. Diccionario de Filosofía. México. Traducción de Alfredo N. Galleti, 2ª edic., Fondo de Cultura Económica, 1974, pág. 173

Sabemos que los elementos sustanciales de todas ciencias son: el objeto (la esencia de la realidad, ampliada o fragmentada), el método (que sistematiza dicha realidad), y la teoría (como resultado del desarrollo del objeto y el método). Podemos agregar que la ciencia, como dominio cognoscitivo particular, se define por criterios de validación que se plasman en explicaciones científicas que deben satisfacer cuando menos cuatro condiciones:¹⁸

- a) Descripción aceptable para la comunidad de observadores del o los fenómenos a explicar (intersubjetividad entre los hombres que hacen ciencia);
- b) Proposición de un sistema conceptual capaz de explicar de una manera coherente el fenómeno (hipótesis explicativa, corazón de todo método científico);
- c) Deducción a partir de la hipótesis de otros fenómenos no considerados en la proposición y que se bosquejan en la llamada parte subjetiva de la hipótesis;
- d) Observación y eventual control de los fenómenos deducidos de la propia hipótesis.¹⁹

El concepto de ciencia impone, además, la distinción entre enunciados teóricos y enunciados empíricos: “la ciencia es un conjunto de proposiciones acerca de un dominio específico de objetos y esos enunciados constituyen una estructura fundamental. Los enunciados mismos se dividen en dos clases: la de los enunciados positivos y la de los teóricos. Los enunciados positivos hacen referencia a hechos humanos, configuraciones de dominio condicional, factibles de decidir; su fundamentación estriba en la verificación o en la falsedad. Los

18. JORGE WITKER. Metodología jurídica. 2a edición. Ed. MacGraw-Hill. México. 2002. pág. 37.

19. Las condiciones que debe cumplir la ciencia, son referidos por Jorge Witker, a partir de una propuesta de Humberto Maturana.

enunciados teóricos son de carácter hipotético, su fundamentación reside en la justificación. El nexo de fundamentaciones entre ambas clases, se manifiestan como explicación científica. Los enunciados que satisfagan los correspondientes postulados en cada caso citen, serán científicamente significativos”.²⁰

10.- Las características de la ciencia jurídica que debemos tener presente para tener una dimensión amplia de la ciencia jurídica notarial, los refiere Villoro. Los aspectos que la distinguen son:

- a) La sistemática jurídica conocida como dogmática jurídica y que se refiere al conocimiento ordenado conforme al sistema del derecho positivo o de alguna parte del mismo;
- b) la historia del derecho como un conocimiento descriptivo, que estudia al derecho positivo genéticamente;
- c) la teoría general del derecho, qué formula las estructuras de fondo y que hacen posible las características fundamentales y generales de todo derecho positivo.²¹

El derecho desde la óptica de la ciencia social, señala Bobbio, puede investigarse desde dos perspectivas epistemológicas:

- a. Como un sistema de normas. El formalismo jurídico tiene una más nítida expresión (expresiones analíticas del derecho);

20. MARTIN DIEGO FAREL. El Derecho Liberal, editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, pág.25.

21. MIGUEL VILLORO TORAZNO. Teoría general del derecho, 4ª EDIC. México. 2003. pág.11

b. Como un conjunto dinámico de prescripciones. Se adecuan y cambian con las relaciones sociales (expresiones explicativas del derecho).

11.- Evolución de la ciencia jurídica. El reclamo de la cientificidad del derecho es tan antiguo como su existencia misma. Cuando Antonio Viñas abordó el carácter científico del derecho desde la perspectiva histórica, advirtió que la evolución, así sea como simple transcurso del tiempo, contribuye a perfeccionar la normativa que anima su existencia. Pero si el derecho logra configurarse como resultado de experiencias reiteradas, va originando una serie de principios que al coordinarse producen hipótesis que aproximan el quehacer jurídico del saber científico.²²

Fue precisamente de esa manera como al conocimiento notarial, aún y cuando se perfilaba en otro espacio, ya se le otorgaba una dimensión científica. Debemos tener presente que en su inicio, cuando la institución notarial apareció en el ámbito universitario medieval, hubo un perfil distinto. Las escuelas de arte notarial recibieron tal denominación, debido a que no eran consideradas materia propia de lo jurídico. Por consecuencia, en dichos recintos educativos lo que se estudiaba eran temas relativos a la gramática, el latín, la retórica y la lógica, que eran parte de las artes liberales. Dichas artes, tenían como referencia a aquellas que se dirigían al trabajo de la razón, a diferencia a las artes serviles consistentes en trabajos físicos y mensuales, como la del artesano.

12.- Scientia notariae. Salatiel -el primero en alcanzar el título de Doctor en Arte Notarial- advirtió que esta disciplina comprende dos tipos de saberes: el teórico (saber), y el práctico (saber hacer)²³. Está fue una nove-

dosa conjunción entre hipótesis y experiencia, pues no se limitaba a una *theórica artis notariae* sino que trasladaba la experiencia académica al terreno empírico, al **gestarum artis notariae**. El fenómeno notarial se observa, describe y explica, luego se construyen hipótesis y, finalmente, alcanza una comprobación práctica. Entre enunciados teóricos y empíricos, desde su origen medieval, con Salatiel, estamos ante una incipiente *scientia notariae*. Es por tanto ese momento histórico donde lo notarial se hace presente, avalado por todo un significativo legado. Con estas aportaciones, el arte notarial inició un proceso de transformación hasta alcanzar un perfil jurídico.

Como se advierte, desde el origen de la función notarial han existido referencias de ciertos contenidos científicos. Como hemos dado cuenta, en el siglo XII, el más jurídico de todos los siglos, cuando surgen los primeros reclamos de constitución del derecho notarial y de su perfil científico. Los juristas de la época medieval tuvieron el mérito de lograr un auténtico renacimiento jurídico. Al nacer las universidades, se pone un interés hasta entonces nunca visto en el derecho. Ya desde los finales del siglo XI, hubo esbozos en la Universidad de Bolonia, y luego con las Universidades de Oxford, Cambridge, París, Salamanca y otras más. La diferencia fue que el conocimiento dejó de estar enclaustrado en los conventos para desarrollarse en espacios abiertos.

Con la obra jurídica *La Aurora*, dice Núñez Lagos, se estableció el enlace entre una práctica rutinaria, a veces bastarda, y los dogmas científicos.²⁴ Se trata de

22. ANTONIO VIÑAS, *Teoría del Derecho y experiencia Jurídica Romana*, Editorial Dykinson, Madrid, 2002, pag. 29.

23. BERNARDO PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, *Deontología Jurídica*. Ed. Porrúa, México, 2007, pag.,7.

24. Cfr. RAFAEL NÚÑEZ LAGOS, ob.cit.pag.107

una arquitectura de nuevo estilo, de conexiones jerárquicas con las nuevas formas de vida y de pensamiento. Al lograrse una clara vinculación entre teoría y práctica, hubo una nueva dimensión, revalorando el fenómeno notarial. Es así, con Rolandino, como se consideró a lo notarial como una disciplina jurídica autónoma.

IV Evolución de la ciencia y del derecho notarial

13.- ¿Cuál es el rol que ha desempeñado el derecho notarial en su afán científico? La perspectiva histórica es ineludible. Sin embargo, son dos etapas del desarrollo del pensamiento destacadas en las que se advirtieron las francas dificultades del derecho notarial y del derecho en general mismo, para responder a las exigencias de la ciencia, como son el racionalismo y el empirismo.

Fue realmente en el siglo XVII cuando se registró el surgimiento de una nueva forma de pensamiento con claros propósitos a favor de la ciencia. Al surgir el racionalismo, se estableció una nueva base para la adquisición del conocimiento. Su aportación fue relevante pues por primera vez se asumió la posición de no aceptar todo aquello que pretenda estar por encima de la razón.

Fue un verdadero reto, pues ante un evidente replanteamiento y avance científico, el derecho estaba aún desprovisto de las herramientas metodológicas necesarias para responder a las exigencias de los racionalistas. Cómo refiere Abbagnano, se trató de expresiones de quienes sólo confían en los procedimientos de la razón para la determinación de creencias o técnicas de un campo determinado.²⁵

14.- El racionalismo no es más que la deducción racional de las proposiciones y, por tanto, las únicas bases

*de todo conocimiento.*²⁶ Descartes, Spinoza y Leibniz fueron quienes actuaron en esa dirección, subrayando la tendencia hacia la sustancia, con una unidad, como un solo pensamiento. Descartes por ejemplo, recomendaba no fiarnos de nuestros sentidos, pues la razón es la única fuente segura del conocimiento. “El sentido común es uno de los dones mejor repartidos en el mundo, pues no hay nadie que afirme no poseer una gran cantidad de él.”²⁷ Al ser el mundo totalmente racional, es *res extensa* (algo medible), y consecuencia reductible a la matemática. Y cuando plantea la relación entre el alma y el cuerpo (el alma es totalmente superior al cuerpo), inicia un debate que se prolongaría por siglo y medio. El pensamiento cartesiano consiste en hacer de lo confuso y oscuro, algo claro y distinto. El mismo Gaarder consideró que Descartes puso la primera piedra de lo que sería el proyecto más importante de las generaciones siguientes. Fundó la filosofía de los tiempos modernos influenciado por Sócrates, Platón y San Agustín y definió la línea racionalista bajo la premisa *cogito, ergo sum* “Pienso, luego existo”. “Dudar de todo y eso es lo único de lo que se puede estar seguro”.²⁸

25. 109 Cfr NICOLA ABBAGNANO. ob.cit.pag.954

26. BRYAN MAGEE. Historia de la Filosofía. Ed. Planeta. México. 1999. pag.87.

27. Citado en JOSTEIN GAADER. El mundo de Sofía. Traducción de Kirst Baggethun y Asunción Lorenzo, 12ª reimpresión, Editorial Patria, 2003, pág.283.

28. Al igual que Descartes, Baruch Espinoza propuso no dejarse llevar por las emociones. “El hombre se engaña si piensa libremente sobre sí mismo”. Planteo cómo vivir para conseguir la felicidad: no se puede ir en contra de la naturaleza, pues ésta se asienta sobre un orden fijo e inmutable (la vida está condicionada por las leyes de la naturaleza). Cuando, por cierto, negó que la Biblia estuviese inspirada por Dios, fue expulsado de la sinagoga (siendo miembro de una conocida familia judía de Amsterdam), perseguido y calumniado por sus ideas el resto de su vida.

En concreto, para el racionalismo:

- a) El mundo es un sistema ordenado regido por leyes universales y necesarias (racionalismo objetivo o metafísico);
- b) El hombre es un ser razonable, es decir, dotado de una facultad que le permite comprender aquellas leyes (racionalismo subjetivo y metodológico).

A Galileo, sin declararse racionalista, le corresponde la aportación adicional de experimentos planificados. La verificación sistemática fue auxiliada por novedosas herramientas como el microscopio y el telescopio. Con la ciencia moderna, en el siglo XVII, estamos ante la primera revolución científica. Su culminación se alcanzó con la Ley de la Gravitación Universal de Isaac Newton. Bajo estas aseveraciones, la ciencia no fue más que la adecuación de la razón subjetiva del hombre a la razón objetiva del universo. La tarea fue descubrir y formular las leyes que están en la naturaleza y que son inmutables.

Fue aquí también donde la metodología alcanzó mayor dimensión. Aunque algunos la consideran heredera de la metafísica tradicional, es con ella con la que desde entonces se dirimen los problemas relativos a los espacios que le concierne atender a cada una de las ciencias. Pero no sólo es herramienta para resolver interferencias, sino definición del sendero para andar en el camino de la investigación científica.

Para otros, la metodología no alcanzó las expectativas de establecer una enciclopedia de las ciencias que defina, de una vez por todas, las tareas y los límites de cada una. Trató más bien de ordenar paulatinamente el universo conceptual de modo más simple y cómodo, esto es, del modo que, en tanto favorezca la comunicación

continua entre una y otra ciencia, no atente contra su indispensable autonomía.

En todo caso, el derecho estaba ante una franca desventaja pues carecía aún de elementos adecuados para insertarse en el nuevo mundo del racionalismo. Sin embargo, fue importante la aportación de G. Wilhelm Leibniz²⁹ con el primer trabajo que contribuyó a ir perfilando la incipiente metodología jurídica. A partir de su obra podemos atribuirle tres principios al derecho:

- a) el “jus strictum”, que se sustenta en el propósito de” no hacer mal a nadie”;
- b) la “aequitas”, responde al propósito de” dar a cada uno lo suyo”;
- c) la “pietas”, que implica “ vivir honestamente”

Leibniz también planteó las verdades de hecho que se originan en la experiencia (lo que es de cierta manera, podría ser de otra). Sostuvo que todas las verdades pertenecen a dos tipos lógicos: Hay que analizar los hechos para averiguar si cierta afirmación es verdadera, o bien, no hace falta y se acepta o no la aseveración en virtud de su propia coherencia.³⁰

29. Vease Bryan Magee, ob. cit..p.97. Leibniz afirmó: “Hay dos tipos de verdades: las de razón y las de hecho”. El positivismo lógico del siglo XX, retomó estas reflexiones de Leibniz. Dicho planteamiento, afirma Magee, ha tenido también sus consecuencias negativas: La negación de una proposición analítica verdadera es una contradicción y, por tanto, no podría ser bajo ningún concepto cierta, mientras que la negación de una proposición sintética, igualmente verdadera, no tiene por qué ser contradictoria, sino que es otra proposición sintética que podría ser cierta. Pero que, de hecho, no lo es. De ese modo, en lo primero se plantea una imposibilidad, mientras que lo segundo no es sino una sola posibilidad. Partiendo de esta idea, Leibniz introduce en la filosofía moderna la noción de los mundos posibles. En la concepción leibniziana del derecho (Leibniz, a los veinte años recibió el grado de cuestiones de hecho -el campo de la experiencia sensible-

30. BRYAN MAGGE, ob.cit.pag.98.

15.- *¿Qué tiene que ver el derecho notarial con los principios del racionalismo?* En general, ¿qué hay definitivo en el derecho? Bobbio responde: El racionalismo terminó humillando al derecho como arte práctica y condenándolo a permanecer fuera del reino de la ciencia.³¹ Con el racionalismo lo que sí se fortaleció fue el tradicional derecho natural, apoyándose en dos supuestos:

- a) Existen leyes necesarias y universales que regulan la conducta del hombre, leyes naturales semejantes a todas las demás leyes;
- b) Los estudios del derecho natural tienen la función de describir y enunciar estas leyes recabando las de la propia naturaleza del hombre, con el fin de establecer de manera válida y de una vez para siempre, las reglas inmutables del comportamiento social del hombre y los principios.

Esto deja claro dos cosas: una, para las ciencias, el mundo es algo medible y evidentemente reductible a las matemáticas, y otra, el derecho natural está sustentado en leyes universales e inmutables. Con ambas, resultó lejana la posibilidad de insertar la investigación jurídica en el círculo de las ciencias. En la misma circunstancia se encontró, por ende, el derecho notarial.

Hugo Grocio³², consumidor de la independencia del derecho natural frente a la religión, con su propuesta racionalista, establece las bases de la Escuela Clásica del Derecho Natural. El jurista holandés desarrolló con mayor profundidad la posición de que el derecho se sustenta en el instinto natural del hombre.

31. Cfr. NORBERTO BOBBIO, ob. cit. pág.185.

32. Citado en FELIPE CELORIO CELORIO, *Derecho Notarial y Derecho Positivo*. Ed. Porrúa. México. 2005 pág.55.

DOXA

Así, con la reforma protestante se desarrolló la época clásica del derecho natural y en tal vertiente del derecho notarial por vez primera, después de cinco siglos, se deslindó de cualquier referente religioso. A partir de entonces su único fundamento fue la razón. Es la naturaleza humana la que sirve de sostén al derecho notarial de manera pura. es decir sin aditamentos artificiales. Hay un distanciamiento, a partir de entonces, entre religión y derecho notarial. Este es construido por los hombres más no por los dictados de la voluntad divina. La palabra “naturaleza” adquiere otro cariz, pues cuando se emplea no se refiere a la” ley suprema” sino aquella que responde a las aspiraciones de la sociedad. Cuando el soberano no observa los principios del derecho natural y de gentes, los súbditos tienen el derecho de rebelarse. Con esta expresión quedó definida la vertiente dura de una milenaria forma de ideología jurídica.

Fue así cómo se fortaleció el derecho natural con un rostro renovado, sustentado en la racionalidad. La idea del derecho notarial se construyó ahora a partir de los dictados de la razón. Sólo que, en sus contenidos, persistió un divorcio entre los contenidos de su estudio y la concepción de la ciencia de aquella época. Teniendo avances como rama particular del derecho, con plena autonomía, naturaleza y principios propios, sólo que su objeto estaba aún en proceso de construcción y su escaso logro estaba lejos de responder al nivel de los reclamos científicos.

No obstante, en la hipótesis de que el derecho notarial hubiese logrado adecuarse a los supuestos del racionalismo para responder a las exigencias de la cientificidad, lo que se lograría a fin de cuentas sería sólo una distorsión. Me explico, habría un conocimiento jurídico notarial con un saber científico pero alejado de la naturaleza

de la función notarial. Sería una disyuntiva entre la realidad (alejado de las posibilidades de la cientificidad), y la teoría (una expresión de cientificidad, pero que no responde a lo notarial).

16.- El empirismo cambió el concepto de ciencia. Constituido en un nuevo valor que se hizo presente en el siglo XVIII, sustentado en la negación de toda razón, cuando ésta no sea sujeta de comprobación empírica. Con tal postura, el objeto de la ciencia resultó ser totalmente distinto, puesto que ahora se considera que sólo la experiencia es la que conduce al conocimiento científico.

Fue una reacción a la mentalidad iluminista del racionalismo. Surgió en la Gran Bretaña, con el argumento básico de que el conocimiento que el ser humano posee de la realidad que lo rodea, tan sólo puede provenir de los sentidos. La dirección del empirismo, al apelar a la experiencia como criterio o norma de verdad, se caracterizó desde su origen, entre otros, por los siguientes rasgos:

- a) Niega el absolutismo de la verdad o, por lo menos, de la verdad accesible al hombre;
- b) Reconoce que toda la verdad puede y debe ser puesta a prueba y, por lo tanto, eventualmente modificada, corregida o abandonada.

Un cambio de paradigma tiene fuertes implicaciones. No es para menos, pues en este caso significó negar la ciencia primera, la que a lo largo de la historia había tenido prioridad sobre todas las otras ciencias. El empirismo, al separar los juicios de valor de todo esquema, privilegió los juicios de hecho. La ciencia por tanto se acotó a un conjunto de juicios verdaderos, por consiguiente, a-valorativos.³³

John Locke, reconocido como padre del empirismo, advirtió que ningún conocimiento humano puede ir más allá de su propia experiencia.³⁴ Su postura marcó diferencia con Descartes al descartar que el conocimiento científico de la realidad derive de una lógica deductiva basada en premisas incuestionables. Su influencia en la nueva concepción de la ciencia fue significativa.

Con el nacimiento de la mentalidad moderna, y siendo Locke el primer pensador, su presencia no se redujo a las ciencias exactas, también abarcó la política y el derecho. Se opuso, por ejemplo, a la tesis que justificaba al absolutismo del príncipe bajo la hipótesis del estado de la naturaleza, asumiendo que el poder soberano tiene límites. La sumisión al poder público no es incondicional. Sin embargo, el empirismo no llegó a trastocar las bases del pensamiento jurídico, y por ende, el derecho notarial quedó nuevamente al margen de la ciencia.

17.- Con el positivismo jurídico, se reclama no hacer política jurídica, sino ciencia jurídica. La consolidación de esta nueva forma de pensamiento jurídica quedó establecida en una pretensión propia de la ciencia jurídica sustentada en los afanes de objetividad y por tanto centrada en el estudio de las normas jurídicas.

Para la descripción de las normas jurídicas notariales, debemos partir de la referencia básica de Kelsen, quien advirtió que cualquier propósito de insertar en una investigación jurídica, elementos que no son parte de la

33. Cfr ANTONIO MARTINO. Un maestro en "Norberto Bobbio Estudios en su Homenaje". Revista de Ciencias Sociales, Editorial Rialp, Madrid, 1987, pág.19.

34. Véase AGUSTIN BASAVE FERNÁNDEZ DEL VALLE. Filosofía del Derecho. Ed. Porrúa. Mexico. 2001.pag.187

35. Cfr. ULISES SCHMILL. Filosofía Jurídica Ensayos en homenaje a Ulises Schmill, Edición Porrúa, México, 2005, pág.194

materia, frustra de antemano el propósito científico. Por tanto, siendo una ciencia jurídica pura, el derecho notarial sólo puede describirse, absteniéndose de consideraciones axiológicas o de cualquier índole.

Desde la vertiente iuspositivista, no se pretende hacer política jurídica sino ciencia jurídica. En la medida en que los notarios entran al mundo de las valoraciones, a partir de elementos externos -provenientes de principios morales, políticos o sociales- se pierde el afán científico. Ulises Schmill, -en la distinción entre lo descriptivo y lo valorativo- asume que el camino de la ciencia jurídica debe estar libre de ideologías, para lograr objetividad.³⁵ Al principio de pureza aportado por Kelsen, habrá que considerar el principio de neutralidad valorativa de Max Weber. Esto implica que las normas jurídicas son experiencias fundamentales para construir una ciencia notarial.

El tema tiene su antigüedad, pues una de las primeras pretensiones científicas del derecho, bajo este perfil, fue la desarrollada en la Escuela Analítica del Derecho, fundada por John Austin. Ésta propuso un modelo de ciencia jurídica claro y simple, con dos grandes vertientes: la ciencia de la legislación, que se ocupa por definir cómo debe ser el derecho bajo una perspectiva filosófica, y la ciencia de la jurisprudencia, para describir el derecho positivo desde una perspectiva jurídica, dejando fuera del mismo todo elemento ajeno y con ello aportara elementos básicos para que el positivismo jurídico, al tiempo, lograra su pleno desarrollo.

En esta vía, distinguimos la falta de vinculación entre lo normativo y lo conceptual, pues son plenamente independientes. Lo prescriptivo es ajeno a lo descriptivo. Esta separación ocupa un lugar muy importante pues como lo afirma Calsamiglia, el paradigma ha sido rele-

vante para la conceptualización jurídica. La aportación ha ocupado un lugar fundamental en la transmisión del conocimiento y la enseñanza jurídica.³⁶

Estamos, por ende, en la aptitud de aplicar la hipótesis de que la ciencia del derecho notarial tiene como característica la neutralidad, es decir, protegida y alejada de intereses políticos determinados. No tiene otro propósito académico que el cognoscitivo y, por tanto, debe estar excluido de los fenómenos del poder. Con las aportaciones de Kelsen, debe estar purificada de elementos extra-normativos, como son los factores valorativos o ideológicos. Como la expresa Carlos S. Nino, la ciencia jurídica en el mundo de Kelsen, es una ciencia normativa, pero no porque formule normas, sino porque su función es exclusivamente describir normas, es decir, que su objeto de estudios son las normas jurídicas válidas en un cierto ámbito.³⁷

Así, existe distancia entre el discurso del derecho y el discurso jurídico, es decir, entre las normas notariales y el estudio que se refiere a ellas. A la ciencia jurídica le corresponde describir. Bajo este método, el jurista, y en particular el notario interesado por el estudio del marco doctrinal relativo a su profesión, debe hacerlo ajeno a toda intervención ideológica o de simples expresiones de sentimientos. Expresa Oscar Correas que nunca se ha dejado de proclamar la necesidad de que esta vertiente científica se dedique solamente a la descripción de normas, excluyendo sus prácticas, la censurable costumbre de los juristas de incluir sus preferencias ideológicas en

36. ALBERT CALSAMIGLIA. Ciencia Jurídica. En el Derecho y la Justicia, edición de Ernesto Garzón Valdés y Francisco J. Laporta, 2ª edic. Editorial Trotta, Madrid, 2000 pág. 20.

37. Cfr. CARLOS SANTIAGO NINO, ob. cit. pág.53.

38. OSCAR CORREAS, Metodología Jurídica. Una introducción Filosófica, 2ª reimpresión, Editorial Fontanería, México, 2003, pág.

el discurso pretendientemente científico.³⁸ Como principio metodológico es plausible mientras no signifique que el jurista sea incapaz de pensar acerca de las normas descritas.

Para ello, la referencia inicial relativa a las reglas de comportamiento (como materia del trabajo de investigación del notario), se divide en dos: la regla en cuanto tal (que constituye la base para desarrollar una ciencia del derecho notarial), y el estudio de la regla, es decir, lo regulado (que constituye el derecho notarial propiamente dicho). Así, corresponde afirmar que no hay derecho notarial fuera de la regla y de lo regulado. Todo lo que esté antes de la regla, influido por preocupaciones políticas o morales, no pertenece propiamente al estudio del contenido del derecho notarial. La inspiración ético-política rebasa los límites del campo de estudio de los notarios y se corre el riesgo de llevar al derecho notarial a su desconocimiento como ciencia.

Considerando la teoría del derecho de Bobbio y llevando ésta al terreno que nos ocupa, podemos decir que el derecho notarial no es más que un conjunto de enunciados prescriptivos que tienen características elementales:

- a) No son verdaderos ni falsos, pues se trata de enunciados que carecen de valor de verdad;
- b) Si no pueden ser considerados verdaderos o falsos, la respuesta que se exige del notario, como principal destinatario, no es asumir una posición emitiendo juicios de valor respecto al contenido de dichas prescripciones.

Con esa pretensión, afirman los positivistas, el derecho notarial se puede elevar al rango de un saber científico riguroso, siempre y cuando depure su objeto de estudio. No obstante, existen impugnaciones a dicha pretensión dignas de mencionarse, pero es preciso referir previa-

DOXA

mente un elemento básico dentro de esta corriente, cómo son los hechos notariales.

Para el positivismo, el investigador debe encontrar lo que busca: la ley de los hechos. Es lo experimental, más no lo especulativo, el camino del saber. Sólo los hechos verificables tienen el carácter de científicos. Bajo esta premisa, la concepción positivista de la ciencia, deja eliminado todo residuo metafísico, para dar paso sólo aquello que pueda ser conocido por el hombre. Para el científico no existen verdades absolutas. Es un registrador de hechos, de realidades concretas, y las realidades solo son aquellas accesibles por los sentidos y, por ende, son el único conocimiento posible. La ciencia notarial sólo describe hechos.

El hecho es la guía para el análisis científico. Lo que no tiene posibilidad de verificación, de comprobación o control, no tiene el espacio de la ciencia, como única forma posible de conocimiento. La rigurosa exigencia del ser fiel a la realidad, de sujetarse a los hechos es su rasgo distintivo. Para el positivismo jurídico, nadie es poseedor de verdades absolutas. Si el mundo no es un depósito de leyes absolutas y predeterminadas, sino un conjunto de hechos. La única posibilidad para que dichos hechos puedan ser parte de la ciencia, es que puedan ser controlados experimentalmente.

Pero ¿de qué hechos estamos hablando? Se advierten dos grandes esferas: los hechos del “mundo exterior” (accesibles por la vía de los sentidos) y los hechos del “mundo interior” (los anímicos, es decir, los hechos psíquicos). Sin embargo, el concepto de hecho exterior -como posibilidad objetiva de verificación, de comprobación o de control- no constituye un elemento exclusivo de las diversas concepciones de la ciencia. Desde el siglo XVII, Hobbes estableció dos tipos de conocimien-

to (de hechos y de consecuencias), pasando por Kant (los hechos son realidad objetiva que puede probarse, ya sea mediante la razón o mediante la experiencia), hasta la versión contemporánea, en la que se elimina las antítesis entre la razón -como sustancia del derecho natural-, y el hecho mismo -como punto central del positivismo-.

Abbagnano agrega que el hecho es una posibilidad de comprobación debido a los instrumentos de investigación disponibles y es, además, en sus confrontaciones con la razón, la condición de otras posibilidades de elecciones.³⁹

El hecho jurídico también ha sido analizado desde la vertiente del realismo jurídico, Alf Ross⁴⁰ sostiene su visión cuando propone un discurso racional, en lo que todas las proposiciones jurídicas pueden ser verificables. En tal contexto, el derecho notarial se ubica dentro de los hechos sociales, pues las normas jurídicas que lo integran provienen de ciertos fenómenos de este tipo.

Así, los elementos originales de la científicidad del derecho notarial están en el estudio del comportamiento humano. Son los hechos sociales que al repetirse con constancia requieren de una regulación. Y, por cierto, partiendo de la idea de que es en las relaciones privadas donde se manifiesta esta función, podemos afirmar que la historia del derecho notarial está encuadrada en el derecho privado. Para el realismo jurídico, la ciencia notarial sería una ciencia de hechos.⁴¹

No es por tanto, mediante el registro de hechos controlados experimentalmente como los estudios notariales pueden llegar a una connotación científica, pretenderlo sólo significaría reducir el derecho notarial al hecho jurídico.

39. Cfr. NICOLA ABBAGNANO, ob. cit. pág. 591.

40. Citado en KARL LARENZ, ob. cit. pág. 509.

41. Cfr. NORBERTO BOBBIO, ob. cit. pág. 184

18.- *El lenguaje jurídico*. ¿Cómo se incluye el derecho notarial en el lenguaje científico? Si reconocemos que todas las pretensiones por conciliar el derecho notarial con la ciencia jurídica han sido hasta ahora frustradas, habrá que agotar nuevas instancias. Una de ellas está sustentada en el lenguaje jurídico. Parece ser una vertiente sólida para construir ese puente entre la cultura notarial y el contenido científico.

Si consideramos la propuesta de Bobbio en el sentido de que las normas jurídicas se entienden como comunicaciones lingüísticas preceptivas, el derecho notarial es un discurso en el que sus enunciados están dirigidos a regular la actividad notarial. Lo que le otorga el carácter científico al discurso notarial es el rigor con el que es construido, es decir, cuando todos los términos jurídicos son definidos y, por ende, las reglas jurídicas notariales con las que se conforman los enunciados respectivos. Así mismo, los términos jurídicos notariales son usados conforme a sus definiciones. Se requiere de una constancia semántica.

Esta propuesta que en primera intención parece más lograda, es sostenida por la filosofía analítica, a partir del uso riguroso del lenguaje. Para ello habrá que realizar algunas consideraciones previas, pues para la definición en su vertiente científica, uno de los problemas se encuentra justamente en el uso del lenguaje. Al entrar al terreno de la gramática, el alcance que tiene cada uno de los conceptos utilizados provoca debate. Surgen las disputas terminológicas por el uso verdadero o falso de lenguaje jurídico.

Entre los juristas, en lo específico los notarios, existen convenciones de hecho, sobre todo en el siglo pasado cuando floreció el interés por las cuestiones relativas a la estructura del lenguaje jurídico. Hay dificultades en el

sentido de que las palabras no tienen una conexión necesaria con la realidad, pues su significado es puramente convencional. Cada concepto notarial debe ser evaluado atendiendo a las formalidades o necesidades del contexto con que son utilizados. Carlos S. Nino recomendó esclarecer el sentido de los conceptos jurídicos, precisando los estándares con el que son reconocidos.⁴² Y es necesario integrar todas las notas consideradas esenciales. La falta de una sola de ellas puede propiciar confusiones en su delimitación. El mismo riesgo existe si se incluye un elemento ajeno a su naturaleza, particularmente las provenientes de otras ramas jurídicas como el derecho civil, administrativo, fiscal o registral. En su definición no debe contenerse ni más ni menos que lo susceptible de ser considerado por la naturaleza de sus contenidos.

En su momento, la filosofía analítica se constituyó en una alternativa que durante las últimas décadas advirtió consistencia, entre otros factores, porque el análisis del lenguaje representó un recurso metodológico innovador que facilitó el estudio del lenguaje notarial, indagando el sentido de los conceptos jurídicos del uso ordinario.

En realidad, el estudio del lenguaje es un tema tan antiguo como la filosofía misma. Tienen de hecho la misma historia. Para los presocráticos el animal racional es el que habla. Qué mayor testimonio de la capacidad de raciocinio del ser humano que su posibilidad de expresarlo a través del lenguaje. Por este medio se manifiesta no sólo el nombre sino el universo mismo. Lenguaje y logos surgieron integrados en una sola estructura, como signos intersubjetivos. Sin ellos es inviable la comunicación. Lenguaje es logos. Es el pensamiento hecho palabras. Y son las palabras las que integran el discurso.

42. Cfr. CARLOS SANTIAGO NINO. ob. cit. pág. 310.

DOXA

La suma de los signos y la posibilidad de combinarlos, permiten la expresión de la razón.

Este es el motivo por el que diversos filósofos consideran que la historia general de la filosofía no es más que la historia de la filosofía del lenguaje. No obstante, es en realidad en el siglo pasado cuando logró su desarrollo y su estudio sigue siendo una de las preocupaciones actuales.

El lenguaje, en general, tiene diversas interpretaciones. Abbagnano las clasifica de la siguiente manera: El lenguaje como convención (las palabras, decía Locke, vinieron a ser empleadas por los hombres para que sirvieran de signos de sus ideas); el lenguaje como naturaleza (las cosas tienen nombre por naturaleza, señaló Platón. Por su parte Rousseau agregó que el primer lenguaje del hombre fue el grito de la naturaleza. Fue una especie de instinto en las ocasiones apremiantes); el lenguaje como elección (es producto de lecciones repetidas y repetibles. Es el uso lo que constituye el significado de las palabras. El lenguaje, señaló Humboldt, no es sólo un conjunto de palabras sino discurso organizado); y el lenguaje como azar (es el estudio estadístico de lenguaje. Es también el análisis sociológico de los usos lingüísticos de una comunidad).⁴³

El lenguaje es el uso típico de una lengua, y el discurso es el uso concreto de lenguaje. Como lo expresa Manuel Atienza, el lenguaje tiene la función de guía de los comportamientos del derecho. La utilidad de esta corriente del pensamiento jurídico radica en ser un punto de apoyo para construir un lenguaje jurídico notarial riguroso y para descubrir el lenguaje jurídico de los notarios. También sirve para diferenciar entre derecho notarial –como lenguaje con una función prescriptiva-, y ciencia jurídica notarial -como lenguaje con una función descriptiva-.

Todo orden jurídico contiene reglas (la mayor parte de las normas jurídicas son normas de conducta). Dichas reglas de derecho tienen la forma lingüística de una proposición jurídica, es decir, de norma. De los usos del lenguaje (su diversidad impide enlistarlos de manera exhaustiva), el que nos interesa es el relativo del uso prescriptivo, es decir, “cuando mediante el lenguaje, el que habla se propone dirigir el comportamiento de otro, o sea, inducirlo a que adopte un determinado curso de acción”.⁴⁵

La expresión actual del estudio del lenguaje los sigue constituyendo la filosofía analítica. Es un movimiento intelectual que al abordar el estudio de la filosofía, lo hace con el uso de un recurso metodológico innovador, como es el análisis del lenguaje. Su tarea, indica Salmerón, es esclarecer el significado de cada uno de los conceptos acerca del mundo y de advertir la relación de nuestros conceptos con la realidad.

Su origen radica en la crítica del existencialismo, frente al cual se constituyó una filosofía objetiva. Fue Russell quien contribuyó significativamente en su necesidad de conformar una base para establecer la verdad de las matemáticas, cuyo desarrollo estaba en crisis. Es mediante la lógica matemática, cuyos orígenes están en el siglo diecinueve, como se llega a una gramática lógica.

En Manchester, Ludwig Wittgenstein, para entonces un destacado estudiante de ingeniería, leyó los “principios matemáticos” de Bertrand Russell. A partir de di-

43. Cfr. NICOLA ABBAGNANO, ob. cit. pág.707.

44. MANUEL ATIENZA. Cuestiones Jurídicas, Editorial Fontamara, Biblioteca de ética, filosofía del derecho y política, No. 91, 2004 , pág.107

45. CARLOS S. NINO. Algunos Modelos Metodológicos de “Ciencia Jurídica”. 3ª reimpresión, Editorial Fontamara, Biblioteca de Ética, Filosofía de Derecho y Política. No. 25, México. 2003. pág. 90.

DOXA

cha lectura, en 1914 estableció un vínculo profesional cercano a su maestro y una fecunda obra filosófica. En su tesis afirma que el ser humano sólo debe hablar de lo que puede entender o mostrar. Las proposiciones, agrega, son flechas orientadas de las cosas. Si no describen hechos pierden sentido. La realidad se vive en dos reinos: en uno no se puede decir nada, ajeno a la conceptualización; y en el otro, con la experiencia, lo intentamos comprender. La realidad es un conjunto de estados de cosas posibles, y sólo a partir del análisis del lenguaje se puede llegar a la misma.⁴⁶

En la segunda etapa de su obra filosófica "Investigaciones Filosóficas", Wittgenstein establece que lo primario en el lenguaje no es el significado sino el uso. Hay que saber cómo funciona. En ello estriba el juego, con todo y sus reglas. Los problemas son la consecuencia del uso indebido. Y es que el significado de una palabra depende del uso lingüístico que se haga.⁴⁷

La influencia del pensamiento filosófico tanto de Russell como de Wittgenstein se manifestó en el círculo de Viena, dirigido por Moritz Schlick. El empirismo lógico, también referido como positivismo lógico -considerado como la expresión contemporánea del positivismo- aunque muy diferenciados en sus contenidos, se significó no sólo en su actitud sistemáticamente anti-metafísica, sino en su interés por las ciencias naturales.

La teoría de las ciencias de la naturaleza se nutre del principio de verificabilidad. Es verdadera una proposición si ésta es verificable. Con tal precedente, una de las líneas de investigación sobre el carácter científico, es desarrollarla a partir de los contenidos de la filosofía analítica del derecho, en la que Bobbio tiene mucho que aportar, a partir de sus estudios realizados en los inicios de la década de los 50s, en el Centro de Estudios Me-

todológicos en la Universidad de Turín, Italia. Con su clásico ensayo “Ciencia Jurídica y Análisis del Lenguaje”, sentó las bases de la filosofía analítica del derecho. Ya con anticipación Scarpelli, en 1948, realizó las primeras contribuciones al estudio del lenguaje normativo. Se trata de la teoría del derecho que alcanzó el mayor desarrollo en el siglo XX, y es a partir de la misma como se estableció una de las vías más importantes, para el manejo de los problemas científicos del derecho.

Así entonces, el derecho notarial puede ser abordado con un sentido analítico, es decir, considerando sus partes, sus elementos simples antes que en su conjunto; además, analizando sus conceptos jurídicos básicos; y finalmente, la parte más relevante, como es el análisis del lenguaje jurídico notarial. Siendo Bobbio uno de los primeros en abordar la metodología de la ciencia de derecho, en términos de un análisis lingüístico, enfrentó una crisis que se extendía sobre la ciencia jurídica tratando de reelaborar el concepto de ciencia jurídica capaz de conferirle un estatuto propio.⁴⁸

Desde que el Círculo de Viena estableció las bases de la filosofía analítica tuvo dos complicaciones: las negaciones de toda metafísica -al no poderse comprobar empíricamente sus enunciados están privados de sentido- y la reducción de la filosofía al análisis del lenguaje. Con la ciencia concebida como lenguaje de rigor, Bobbio planteó un camino para el logro de la ciencia jurídica: la cientificidad de un discurso no consistente en la verdad, es decir, en la correspondencia de la enunciación con una realidad objetiva sino en el rigor de su lenguaje

46. Citado en BRYAN MAGEE, ob. cit. pág.202.

47. *Ibidem*, pág.203.

48. Cfr. TERCIO SAMPAIO FERRAZ. El pensamiento jurídico de Norberto Bobbio. En “Norberto Bobbio. Estudios en su Homenaje”, Universidad del Valparaíso, Chile, 1987, pág.30.

DOXA

en la coherencia de un enunciado con todos los demás enunciados que forman sistema con aquél. El valor científico de un estudio, por ende, no es posible fuera del uso del lenguaje riguroso. La filosofía analítica del derecho al considerar al derecho como un fenómeno eminentemente lingüístico, bien puede desarrollar su interés por el análisis teórico de los conceptos jurídicos notariales utilizados por los propios notarios.

Bajo tales criterios podemos anticipar un cuestionamiento: ¿cuándo un lenguaje jurídico notarial se llama riguroso? si tomamos en cuenta a Bobbio, podemos derivar ciertas condiciones:

- a) Cuando todas las palabras de las proposiciones básicas del derecho notarial están definidas, o sea, cuando están establecidas todas las reglas de uso y no son nunca usadas más que respetando tales reglas;
- b) Cuando están establecidas las reglas con base en las cuales, de las proposiciones básicas del derecho notarial, se pueden recabar las proposiciones derivadas y no se usan otras reglas fuera de las establecidas.

Tomando en cuenta las consideraciones metodológicas podemos establecer, a manera de síntesis, que una ciencia notarial tiene desde la perspectiva analítica las siguientes consideraciones:

- a) Se trata del trabajo del jurista, y de manera particular del notario
- b) Las reglas de las que se ocupa el notario, se refieren a proposiciones normativas notariales
- c) El notario no observa fenómenos. No tiene por tarea verificar la verdad de las proposiciones normativas
- d) El derecho notarial no es una ciencia empírica, tampoco es una ciencia formal, aunque en cierto sentido tenga algo de ambas

- e) Si el objeto del derecho notarial son las proposiciones normativas notariales, cuenta con una parte crítica -propia de todo sistema científico- como es la construcción de un lenguaje notarial riguroso
- f) Ese lenguaje notarial es específicamente el que mediante proposiciones normativas expresó el legislador, al elaborar las normas jurídicas de diversas ramas del derecho, pero particularmente las relativas del mundo jurídico notarial
- g) La construcción del lenguaje notarial riguroso es la operación fundamental de la que se ocupa el notario, mediante el análisis de la ley pero es sólo el juez, en su extremo, a quien le corresponde resolver
- h) El notario, en cuanto estudia las leyes, particularmente las de la materia, contribuye a construir la ciencia del derecho notarial.

Bajo esta concepción, el mayor o menor carácter científico depende del mayor o menor rigor del lenguaje que se superpone al común, haciendo lo más rígido o incluso sustituyéndolo. Pero podemos afirmar que estamos lejos de llegar a la conclusión de que la ciencia jurídica notarial se deduzca totalmente al lenguaje científico notarial, pues cualquier tipo de estudio se reconoce como ciencia en el momento en el que sus proposiciones constituyen un sistema coherente de enunciados. La ciencia jurídica notarial no se reduce en un simple hecho lingüístico.

La filosofía analítica ha sido sujeto de diversas críticas. Kantorowicz advirtió desde 1958 que el realismo verbal es un método erróneo, pues con el lenguaje resulta inconveniente el hecho de estimar las definiciones como algo relacionado con la cuestión del uso verdadero o erróneo del lenguaje.⁴⁹ Propuso, como método correcto, el pragmatismo conceptual, mediante el cual debe re-

lacionarse lo que debe ser relacionado y separar lo que debe ser separado, elaborando clasificaciones completas. En toda definición debe utilizarse un procedimiento inverso, encontrando un nombre para una cosa en lugar de una cosa para un hombre.

Hasta ahora, podemos decir que históricamente ha quedado acreditado el reiterado interés por el logro de la ciencia notarial, sin resultados positivos. Fueron diversos y continuos los intentos por darle el rango que merece y se han hecho con perspectivas disímolas. Por siglos resultó un saldo desfavorable, pues los intentos terminaron siendo inviables. Los enfoques aplicados no permitieron lo esperado. Desde el derecho natural clásico, pasando por el pensamiento racionalista, empirista, hasta el positivismo jurídico, los resultados fueron por igual desfavorables. Lo que sí perduró es el constante debate académico. La expresión “ciencia jurídica notarial”, al ser abordado desde diferentes formas, termina careciendo de un producto uniforme. Corresponde proceder al análisis desde otros enfoques.

V El objeto de la ciencia notarial

19.- El objeto es la materia prima de la ciencia notarial. Otro obstáculo para construir la hipótesis de la existencia de una ciencia jurídica notarial se sustenta en la determinación del objeto. La pretensión no es persistir en encontrar respuestas a partir de la filosofía, sino de los elementos que constituyen una investigación científica, esto es a partir del objeto, el método y la teoría.

49. Cfr. HERMANN KANTOROWICZ. La Definición de Derecho. Traducción de J.M. de la Vega, Ed. Colofón, México.1994, pág.31
50. Cfr. Ibídem, pág.61.

El objeto constituye la materia prima, pues sin él no hay conocimiento y sin conocimiento no existe la ciencia. En su raíz gramatical, significa “hacia dónde tirar”. No obstruye, facilita el fin de los actos. La investigación en materia notarial se realiza, pues, sobre objetos determinados.

Establecer el objeto del derecho notarial ha sido motivo de pretensiones diversas. Existen intentos concretos. Un caso se presentó en 1964, cuando se fundó la Universidad Notarial en Buenos Aires, pues para estar en aptitud de ofertar los estudios de posgrado se necesitó que sus autoridades escolares, constituídas por distinguidos integrantes del colegio de escribanos, asumieran como primera tarea -como sucede en el diseño de todo proyecto académico- resolver colegiadamente los propósitos de la enseñanza del derecho notarial. Esto implicó definir la metodología apropiada para alcanzar los objetivos trazados. Siempre se ha planteado con diversa intensidad, la concepción del derecho bajo la cual se debe enseñar, pues de ello depende todo lo demás incluyendo el diseño del currículum. Bajo esta circunstancia se encomendó el escribano Carlos N Gattari⁵⁰ elaborar los contenidos del programa para la enseñanza de la ciencia del derecho notarial.

La aportación de Gattari fue en partida doble, pues le correspondió analizar “el objeto del objeto de la ciencia del derecho notarial”. Esclarecer la necesidad de contar con su objeto resulta ser el elemento central. Luego, de resultar verdadera la hipótesis, resolver el tipo. ¿Cuál de los objetos son los que realmente le corresponden a la ciencia notarial? En los inicios del presente trabajo, cuando abordamos el problema de la conceptualización del derecho notarial, advertimos que existen tantas definiciones como visiones se tengan de la materia. Para in-

DOXA

tegrar sus elementos se debe dar cuenta precisamente del objeto. Tenemos claro que el derecho notarial tiene una razón de ser, teniendo propósitos por los cuales justifica su existencia. Solo que habrá que esclarecer cuáles son: ¿Para qué el derecho notarial? ¿Tanto en lo material como lo formal, qué es lo que lo justifica? La respuesta está en una amplia lista en la que algunos presupuestos han resultado tener mayor aceptación en las investigaciones y los anticipo: la función notarial, el instrumento público, la autenticidad, la fe pública, la certeza, la seguridad jurídica, entre otros. No existe una concepción única del objeto del conocimiento del derecho notarial y esto significa cuando menos la existencia de un amplio bagaje académico. Contra la tendencia de la unidad se ha antepuesto la diferencia, y en esa pluralidad radica su riqueza.

Procedamos a enlistar propuestas. Gattari planteó que los objetos del derecho notarial de mayor relevancia son aquellos productos de la expresión de los valores notariales como son el notario, la institución notarial y la función notarial. La clasificación de los objetos positivos tiene sus implicaciones, de tal forma que, por ejemplo, a la certeza y a la seguridad jurídica, se vincula la cautela y la prevención; y a la certeza el conocimiento claro y firme del derecho.⁵¹

Basave propuso hacer algunas consideraciones previas, primero: no se emprende sin saber claramente cuál es el fin que se persigue; segundo: el objeto del derecho notarial es distinto de la técnica. La separación entre la ciencia y la técnica jurídica tiene que ser solamente previsor, pues la verdad científica orienta la técnica jurídica. El objeto está antes del método jurídico. Una vez que se conoce el ser y los fines del derecho notarial se puede establecer el proceso sistemático y ordenado del entendimiento, dirigido a la consecución de la ciencia jurídica.⁵²

Ignacio M. Allende también sugirió tener cuidado en no confundir al derecho notarial con la técnica notarial, particularmente cuando hablamos de la teoría general del instrumento público.⁵³ José Ma. Sanahuja y Soler, por su parte, afirmó que en la definición debe prevalecer el carácter formal, es decir, su autenticidad, legitimidad y eficacia.⁵⁴

Alberto Villalba Welsh, destacó la vertiente ética al afirmar que el objeto se sustenta en la conducta del notario público al ser el autor del instrumento notarial. Asimismo, señala, debe abordarse la materia a partir de sus fines, es decir, de su aportación al orden social y la paz pública. Es el autor de la máxima “notaría abierta, juzgado cerrado”.⁵⁵

Enrique Jiménez-Arnau realizó una amplia recopilación. Inició con la propia, con un contenido básico, a manera de un punto de partida. “El derecho notarial es el relativo a los notarios y a las funciones que estos realizan”.⁵⁶ Refiere en su obra la aportación de Sciello (1954), quien desde su perspectiva afirma que lo que le otorga tal valor en su carácter de derecho es el documento notarial.

Mustapich coincidió que se trata de un derecho de la forma completado por el conjunto de normas que rigen la función notarial, subrayando el carácter autónomo derivado de tres factores: diversidad de la materia,

51. Cfr. CARLOS N. GATTARI. ob.cit.pag.10

52. Cfr. AGUSTÍN BASAVE FERNÁNDEZ DEL VALLE, ob. cit. pág.584.

53. Cfr. IGNACIO M. ALLENDE, ob.cit.pag.6.

54. Cfr JOSÉ MARÍA SANAHUJA Y SOLER, Tratado de derecho notarial, Barcelona. 1945, pág. 6

55. Cfr ALBERTO VILLALBA WELSH, El derecho notarial a la luz de la teoría egológica, Revista Internacional del Notariado, 1951. pág.27

56. ENRIQUE JIMÉNEZ-ARNAU. Derecho Notarial, Universidad de Navarra, Pamplona, 1976, pág.25

normatividad típica, y principios propios.⁵⁷ José Ma. Mengual y Mengual, insistió también en la necesidad de construir científicamente el derecho notarial y para ello es necesario demostrar su existencia, sus partes, sus elementos esenciales.⁵⁸ Siendo una institución cada vez más importante en la vida social, no se ha podido llegar a su plena formación a pesar de que su científicidad se la otorga su subjetividad. Debemos partir del hecho de que es principalmente sustantivo. Siendo determinado, y por ende autónomo independiente, resulta inconfundible.

20.- El objeto de la ciencia notarial es el instrumento público. Siendo una clase de documento históricamente autorizado por los notarios -anteriores incluso a los primeros códigos civiles europeos- ha tenido siempre la denominación de instrumento público. El notario, estando investido de fe pública, está facultado para autenticar y dar forma a los instrumentos en los que se consignan actos jurídicos. Siendo el acto jurídico, como es de explorado derecho, un acto de voluntad encaminado a producir consecuencias de derecho, constituye una especie dentro del conjunto de hechos jurídicos. En tal virtud, estando de por medio la expresión de voluntad, los instrumentos públicos notariales son rogatorios. El proceso notarial solo se inicia a petición de parte.

21.- La experiencia notarial es una plataforma para la ciencia notarial. El objeto está vinculado a un elemento adicional como es la experiencia jurídica. A la definición teórica se suma la práctica notarial. Es una fórmula que

57. Cfr JOSÉ MARÍA MUSTAPICH. Tratado teórico y práctico del derecho notarial. Buenos Aires. 1995. P.9.

58. Cfr. JOSÉ MARÍA MENGUAL Y MENGUAL. Elementos del derecho Notarial. Prólogo de José Castán y Tobeñas. Tomo II. Volumen 1, Librería Bosch Barcelona, 1954, pág.10

acredita finalmente la existencia de la ciencia notarial. Si el derecho notarial es una manifestación de voluntad, producto de actitudes prácticas, su existencia proviene de requerimientos sociales concretos, por ejemplo: la fe pública que al notario se le ha depositado para dar validez a los actos y contratos que ante él se celebran. Su carácter normativo está diferenciado de los juicios hipotéticos que desde la ciencia jurídica se elaboran. Sus enunciados, siendo su objetivo, son sujetos al estudio ordenado mediante un sistema jurídico. El método no es más que una técnica de aproximación del fenómeno jurídico notarial.

Los investigadores del derecho han realizado importantes contribuciones académicas al conocimiento notarial, quienes partiendo de lo general descienden al derecho notarial mediante la aplicación del método deductivo. En sentido inverso, la experiencia de los notarios ha permitido relevantes aportaciones a la materia, llegando a ascender a los niveles generales del derecho, con el uso de la inducción como método. Unos desde la reflexión teórica, otros desde la experiencia práctica se encuentran y complementan, enriqueciendo el conocimiento jurídico.

La experiencia adquirida a partir de situaciones jurídicas reales, en sus circunstancias concretas, es una plataforma para la formación teórica. El ejercicio profesional facilita abordar los aspectos científicos de la materia. Al hacerlo desde la base, se construye el conocimiento notarial con el uso de buenos y útiles materiales. Así la praxis se liga la teoría. Adicionalmente, cuando los asuntos notariales guardan cierta uniformidad, se facilita el análisis. La sabiduría es hija de la experiencia, afirmó Leonardo Da Vinci.

Una relevante propuesta para el logro de una ciencia notarial a partir de la experiencia profesional, es la reali-

zada por Rafael Núñez Lagos en el congreso de París.⁵⁹ De su amplia exposición, los aspectos centrales son los siguientes:

- a) En la hipótesis de que el derecho en general no es ciencia, no se puede exigir que el derecho notarial lo sea
- b) No hay que confundir la ciencia con el progreso de la ciencia, como recomienda Carnelutti. Una cosa es su existencia y otra su madurez
- c) La unidad de la ciencia del derecho se quiebra en la pluralidad de los científicos. El estudio del derecho debe hacerse en partes
- d) El derecho notarial, como particularidad del derecho, tiene su propia ruta de evolución
- e) No hay que exigirle, siendo naciente desde el punto de vista científico, lo que no se exigió en su momento a otras de sus ramas, por ejemplo, al derecho civil
- f) El principal problema desde el punto de vista científico, no es la falta de materia, sino su organización en un sistema. Tenemos un amplio conjunto de información que debe ser analizadas y clasificada. El derecho notarial es mucho más que un simple volumen de normas jurídicas.
- g) El carácter científico radica en la posibilidad de su sistematización.
- h) La sistematización debe hacerse en torno a un principio rector: la experiencia notarial.

A partir del cumplimiento de las exigencias metodológicas que la ciencia exige, sugiere Núñez Lagos, que el objeto se aborde en las tres vertientes del mundo

59. El trabajo fue presentado en el Tercer Congreso Internacional del Notario Latino, 1954, en la ciudad de París. Su contenido fue ampliado y publicado en su obra "Estado del Derecho Notarial".

notarial, como son: la función, la legislación y la institución.⁶⁰ Debemos subrayar que la relevancia de la experiencia notarial es una plataforma desde la cual es posible el conocimiento científico notarial. Procedamos a indagar los elementos propuestos por el acreditado notario español, quien desde mediados del siglo pasado avizoró esta hipótesis.

VI Epistemología de la ciencia jurídica notarial

22.- *El conocimiento a partir de la realidad.* A la práctica habrá que sumar el apetito constante por conocer, y es lo que ha llevado a preguntarse reiteradamente sobre las particularidades del mundo notarial. La capacidad de reflexión, al paso del tiempo, ha permitido construir conocimientos que no siendo planos ni uniformes -pues provienen de concepciones diversas-, en su conjunto se asemejan a la espiral de los tornados, en un fuerte movimiento con fuerza ascendente.

Es una amalgama de conocimientos difícil de sintetizar, pero en conjunto propician un conocimiento jurídico relevante para la configuración de la ciencia notarial. Es mucho lo que se tiene en conocimientos jurídicos, lo que se requiere, como propone Núñez Lagos, es sistematizar la información disponible.

Para la construcción de la ciencia jurídica notarial desde la epistemología jurídica,⁶¹ el conocimiento se logra entonces a partir de la relación del notario con la realidad jurídica. Al respecto se pueden plantear tres niveles:

60. Citado en LUIS CARRAL Y DE TERESA, ob. cit. pág.19

61. Cfr JUAN DE DIOS GONZÁLEZ IBARRA. Epistemología Jurídica, Editorial Porrúa, México, 2008, pág.24.

DOXA

- a) El óntico notarial, que es un conocimiento descriptivo de la realidad. Se refiere a los conocimientos básicos de la materia, particularmente de las normas jurídicas que la regula
- b) El ontológico notarial, que es un conocimiento explicativo de la realidad notarial. Se sustenta en la capacidad del notario para razonar el conocimiento adquirido
- c) El epistémico notarial, que es la generación de un nuevo conocimiento. Es el logro de un nuevo saber, mediante la reflexión y capacidad propositiva

Lo descriptivo, explicativo y reflexivo constituye la graduación del conocimiento notarial. Es la conciliación de la práctica con la teoría, en un requerimiento mutuo. La práctica notarial sin conocimiento teórico es ciega; la teoría notarial sin el ingrediente práctico, es inútil.

Concluyendo, la vertiente con mayor sustento para la acreditación de la ciencia notarial es a partir de la experiencia profesional del notario. Con ello se cumple con diversas exigencias: A) Es a partir de la experiencia notarial como es posible modificar la realidad jurídica. Se observa, describe, deduce y propone. No sólo se comprende, también se enuncia. B) La experiencia jurídica tiene una potencialidad transformadora e influye en el futuro. C) Los conocimientos alcanzados son aplicables y mejoran el quehacer notarial. D) Se cumple con requisitos básicos como son objeto, método y teoría.

Ante el nuevo horizonte de los derechos de la personalidad

La promoción de la autonomía de las personas adultas
con aptitudes diferentes

Lic. J. Claudio Ibarrola Muro

Notario del Estado de México.

Decano del Colegio de Notarios del Estado de México.

H

ay que tener la mente abierta para comprender lo que está sucediendo en el mundo y la natural evolución de las ideas que están llegando, a las que necesariamente deberemos adaptarnos para aceptar realidades sociales que se imponen ineluctablemente.

Estimo que la Convención de Nueva York sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, abrió las puertas para una transformación radical en el ámbito de los derechos humanos, especialmente los que se llaman derechos de la personalidad o de lo que considero deben llamarse derechos que integran el patrimonio jurídico de la persona, los derechos de su propia personalidad, ínsitos en su irreductible naturaleza humana.

DOXA

Si así se llega a entender el alcance de la pretensión de la Convención de Nueva York, ya no debemos hablar de capacidad y discapacidad de las personas. Ni antigua ni nueva. Simplemente hay que cambiar de ideas. Hoy, debemos hablar de los derechos integrantes de la plenitud del patrimonio jurídico de la persona, con la densidad o consistencia de todos los derechos que emanan del cuerpo legal de cada sociedad, sin restricciones. Ahora bien, si ya no habrá restricciones para las personas, si por el contrario los órganos de gobierno y la sociedad deben crear en cambio un sólido y claro sistema de medios que proporcionen a las personas que lo requieran la posibilidad de ejercer en forma autónoma y personal todos sus derechos en las mismas condiciones que el resto de las personas, es aquí entonces en donde deberá residir el núcleo o meollo de la implicación de tanto poderes públicos como de la sociedad misma a fin de lograr la más completa realización de la vida de las personas.

Los individuos tienen, sin excepción, derechos que las sociedades en las que nacen les reconocen y deben respetar, más aún, propiciar su pleno uso con las prerrogativas que ello conlleva. Desde que nacen se forma su patrimonio jurídico que incluye todos los derechos que el Estado de derecho en el que se encuentran establece y que se irá enriqueciendo en la medida en que la sociedad en la que viven los vaya ampliando a todos los seres humanos que la integran sin excepción, por razón de raza, credo, sexo o cualquier otro accidente.

De tal suerte los seres humanos llevarán desde su gestación viable hasta su fin, dos inseparables patrimonios de su exclusiva y personal propiedad: el tradicional patrimonio material que se llenará con los bienes tangibles o no que adquiera por diversos medios legales, y su pa-

rimonio jurídico con la titularidad y propiedad de todos los derechos que la estructura legal de la sociedad en la que vive concede, reconoce y protege a las personas por el hecho natural de ser tales.

Ese reconocimiento y protección por parte tanto del órgano público como de la sociedad civil, significa la posibilidad real de que la persona titular de tales derechos los ejerza por sí misma, como hasta antes no lo había podido hacer por la restricción existente, con los medios adecuados que para tal fin pueda pedir por sí misma o que le sean ofrecidos y proporcionados por el propio órgano del poder público y la sociedad misma.

Se debe dar este paso en aras de una mejor, más plena y normal vida de las personas que por cualquier causa o motivo están en situación diferente a las demás.

Todos tenemos capacidad pero ahora, al no limitarla, no nos enfrentaremos a su discapacidad, o sea su falta gradual mayor o menor de capacidad, sino a la posibilidad real y efectiva de que la pueda ejercer en forma personal y autónoma con los medios que pueda pedir y que resulten propicios, o que bien, el Estado o la misma sociedad civil le proporcione.

Lo anterior implica que ya no se pueda oponer capacidad a discapacidad. Ahora sólo deberá aplicarse para el mayor desenvolvimiento de la conducta humana en la toma de decisiones personales que afecten cualquiera de sus dos mencionados patrimonios, los medios idóneos para ello, surgiendo así la personalidad humana más completa, más individualizada y auténtica en beneficio y respeto de la propia persona. En pocas palabras, el más pleno y completo ejercicio y uso de los derechos de la personalidad humana.

La promoción de la autonomía de las personas adultas con aptitudes diferentes.

DOXA

Cualquier naturaleza evoluciona. Implica un cambio permanente porque se tiene que adaptar a las condiciones en las que se desenvuelve y existe. La naturaleza humana está sujeta a este imperativo y es perceptible fácilmente al contemplar su progreso y sus retrocesos. La historia humana puede considerarse el relato de las transformaciones de sus sociedades. Hace 350 años aproximadamente Juan Bautista Vico acuñó con profunda visión temporal la evolución que en el curso de los años ha tenido la sociedad humana.

Para él la historia es un retorno cíclico de las diferentes etapas por las que ha caminado la sociedad en las que hay avances y retrocesos o como afirmó: idas y vueltas “corsi e ricorsi”. Sin embargo hay que precisar que en esta dinámica social no se construye al estilo de Nietzsche un “eterno retorno”. Es la visión de un status social existente pero que se contempla desde una nueva perspectiva. En este devenir histórico de las sociedades, juega un papel estructural que cimienta la vida de las mismas el Derecho. En Grecia se concibió como una expresión de un orden superior establecido por la divinidad a través de la ley natural y la constitución política de cada ciudad, reconoció la existencia de dicho orden no escrito pero ínsito en la naturaleza humana, frente a la ley escrita. De la primera emana la equidad y la tradición, de la segunda su movilidad por convicciones morales o sociales que no son permanentes. Los romanos constructores monumentales de la estructura jurídica que heredó el mundo occidental, con su innegable espíritu práctico, establecieron la solidez permanente de sus leyes y senadoconsultos, acabando por aceptar su adaptación, a través de la obra pretoriana con el derecho honorario, a las necesidades sociales surgidas en el tiempo.

En la Edad Media la magnífica obra de los Glosadores y la posterior adaptación a las necesidades que produjo la transformación de las ciudades en el septentrión peninsular italiano, efectuada por los comentaristas, cambió las normas jurídicas y teorías precedentes. A mediados del siglo XVI Francisco Suárez desarrolla con precisión admirable el tema de las relaciones entre las circunstancias sociales y los principios racionales jurídicos que van siendo modelados por las primeras. No duda en afirmar que las normas aún morales cuando se proyectan sobre la materia humana y social, que es por naturaleza mutable, cambian y se condicionan por la existencia de nuevas necesidades y situaciones concretas que emanan de la sociedad. La materia social es variable, cambiante e igual lo tienen que ser, adaptándose a esos cambios, las normas jurídicas que rigen esas sociedades y que no son sino respuestas a una realidad insoslayable.

Posteriormente en el periodo del despotismo ilustrado cobra vigor el lema “Principios Generales de Derechos”, con el propósito de establecer conceptos basales a los que se pudiera recurrir ante la insuficiencia práctica del texto de las leyes, pero aún así se reconoció la posibilidad de adecuar, sin sustituir, tales principios a las cambiantes necesidades de las sociedades.

El liberalismo político derivado de la ilustración proclama los derechos provenientes de la razón como base axiomática de los ordenamientos y de éstas ideas se nutren los círculos revolucionarios franceses. Producto estrella de la Revolución son los códigos que surgieron regulando las distintas parcelas del derecho; estos modelos legislativos efectuaron una especie de positivización del derecho natural racional. El Código, norma suprema e intocable, solo podía ser estudiado y aplicado en forma lógica. Así lo estableció la famosa escuela

DOXA

exegética francesa. Esta actitud mental permanece casi hasta finales del siglo XIX. De nueva cuenta la mutabilidad de la vida humana en sociedad va acabar imponiéndose. Punto de arranque es sin duda la obra de Francisco Geny “Ciencia y Técnica en Derecho Privado Positivo”. El gran constitucionalista francés León Duguit en esa pequeña obra en extensión pero enorme en profundidad “Las transformaciones del derecho público y privado”, manifestó que el derecho es una expresión social que no está limitada a las prescripciones formales estatales sino a los movimientos sociales que se van produciendo en el seno de la sociedad.

Lo anterior nos permite afirmar que cuando la sociedad humana experimenta necesidades que no tenía anteriormente o que no habían sido atendidas en forma adecuada, produce sacudimientos que llevan necesariamente a la reflexión para encontrar el satisfactor de dichas necesidades modificando lo necesario, transformando aquello a que haya lugar y sustituyendo aún paradigmas que hasta entonces eran intocables.

A partir de la segunda mitad del siglo XX, se va sintiendo la necesidad de que las estructuras jurídicas afronten las cuestiones sociales y resuelvan las individuales más allá aún en contra del texto de la ley. Así lo expresó visionariamente Teodoro Viehweg junto con José Esser en sus respectivos tratados “Tópica y Jurisprudencia” y “Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado”.

Los grandes operadores del derecho hasta mediados del siglo XX, influidos poderosamente por las corrientes codificadoras que dominaron todo el siglo anterior, priorizaron la regulación protectora del patrimonio de las personas.

La humanidad envuelta en un acontecimiento universal trágico que fue la Segunda Gran Guerra, resultó profun-

damente impactada por los acontecimientos que se produjeron a la vista de todos y se descubrieron al final de la contienda. A partir de ese momento, como un tsunami incontenible, evoluciona la mentalidad de las sociedades para colocar en primordial lugar la protección de la persona humana y todo su patrimonio personal, no material. Se organizan las Naciones y en conjunto comienza un acelerado proceso para construir instrumentos jurídicos que trasciendan las fronteras y se impongan en los territorios nacionales para tales fines.

La Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad nos conduce a revisar con una nueva perspectiva el concepto toral del capítulo del derecho civil denominado “De las personas”. ¿Qué es la capacidad? Capacidad etimológicamente significa: Contener, tener.

En el mundo del Derecho se le conceptúa como la aptitud jurídica para ser sujeto de derechos, deberes y obligaciones y para ejercitarlos. En otras palabras, adecuado, idóneo para recibir y ser propietario de derechos, deberes y obligaciones y consecuentemente para usarlos, ejercerlos o cumplirlos. De esta concepción surge la que hasta hoy hemos llamado capacidad de goce y la capacidad de ejercicio.

Ahora bien, el artículo 12 de la Convención citada establece que las personas con alguna discapacidad tienen los mismos derechos en igualdad de condiciones con los demás, en todos los aspectos de la vida. Tienen derecho al reconocimiento de su propia personalidad jurídica y al ejercicio de su contenido.

La tendencia en todas las sociedades del mundo contemporáneo es reconocerles a las personas que tienen alteraciones en algunas funciones normales o que carecen de ellas, los mismos derechos que todos. El ser humano

DOXA

desde el momento de su concepción en el útero hasta el último de sus días, por el simple hecho de revestir la naturaleza de ser humano en sociedad, tiene la aptitud de poseer y ser titular o propietario de los mismos derechos que cualquier semejante tiene. Hace más de dos mil años, los romanos ya lo pensaban así: Hermogeniano, en su Epítome del derecho, transmitido a través del Digesto, libro I, título V-2, nos deja dicho “que todo el derecho ha sido constituido por causa de los hombres”, sin distinción, y en el mismo título Juliano libro I, Título V-26 establece: “que los que están en el útero, se reputa en todo el Derecho Civil que son como nacidos”, con plenitud de derechos. Este principio procedente del Derecho Romano es universalmente reconocido y aparece en el Fuero Juzgo y en las Leyes de Toro en España y después trasciende a la nueva España. El Código Civil de 1870 y el de 1884, en sus artículos 11 y 12 respectivamente consagraron este principio y de ahí paso al artículo 22 del Código Civil de 1928, influido en su oportunidad por el artículo 6 del Código Civil Portugués. En términos similares el artículo 2.1 del Código Civil para el Estado de México lo recibe. Goza pues desde aquel instante mencionado de tal panoplia de derechos. Abarca la totalidad de su existencia dentro de la sociedad y por ello el respeto y la protección tutelar de la estructura legal de la Sociedad en la que vive. El goce y disfrute de su patrimonio jurídico formado por ese universo de derechos debe de estar garantizado por el Estado. El ejercicio de esos derechos igualmente debe de ser garantizado por el órgano estatal.

Se puede decir que este cúmulo total de derechos constituye el patrimonio jurídico de la persona. Aparte tiene el patrimonio material.

Está implícito en la titularidad de los derechos de la persona su ejercicio, puesto que un derecho que se tiene pero que no se puede ejercer no es tal derecho. Los derechos valen y sirven a su titular en la medida en la que pueden ser ejercidos y son eficaces ya que de lo contrario no son más que letra muerta y no son derechos. El reconocimiento de esta doble y nueva visión de la titularidad y ejercicio de sus derechos forzosamente repercute en el ámbito de la responsabilidad, cambiando el concepto de imputación subjetiva por hecho propio y una concepción más restringida de la responsabilidad por hecho ajeno.

Lo que debe lograr esta concepción nueva de la conducta humana en el mundo del derecho es la participación de la propia persona facilitándole la expresión de sus preferencias y su intervención activa y personal en la manifestación de su voluntad. Para ello los órganos del poder público competentes deberán establecer todas las medidas de apoyo para que la titularidad de los derechos que les corresponden a las personas con funciones psíquicas y físicas diferentes puedan ejercerlos desarrollando plenamente su personalidad subjetiva; desenvolviéndose jurídicamente en condiciones de igualdad; respetando su dignidad y la protección de tales derechos atendiendo siempre a la interpretación literal de su voluntad, deseos y preferencias que no lesionen su propia persona; informándola y ayudándola en el ejercicio mental de la comprensión y razonamiento de las decisiones que pueda o quiera expresar tratando siempre de que ejerza sus derechos, aprendiendo a hacerlo y con menos apoyo en el futuro.

En las sociedades contemporáneas los derechos de la persona tienen que ser reconocidos y protegidos tanto por el órgano estatal, como por los demás miembros de

DOXA

la sociedad y esto es lo que produce en última instancia la tan deseada paz social. El patrimonio jurídico del ser humano debe y tiene que hacerse valer ante los órganos del poder público y ante los demás integrantes del núcleo social.

Así pues, el concepto de patrimonio jurídico de la persona comprende tanto la titularidad de sus derechos como la posibilidad de ejercerlos en forma autónoma cuando es posible y en casos en los que el impedimento o la limitación de la persona no lo permita, con el apoyo irrestricto tanto de los órganos del poder público como del resto de la sociedad. Debemos entender actualmente que la persona o ser humano no tiene capacidad de goce por una parte y capacidad de ejercicio por otra parte. Por el hecho jurídico, desde su concepción hasta su fallecimiento, la sociedad le reconoce la existencia de su patrimonio jurídico integrado por los derechos que le otorga el corpus legal de la sociedad en la que vive junto, inseparablemente con su posibilidad de pleno, eficiente y autónomo ejercicio. Es decir, el pleno ejercicio de sus derechos como persona o como los derechos de su propia personalidad.

Las ideas expuestas van directamente a establecer la modificación de los conceptos vigentes a la fecha en materia de personalidad y capacidad de las personas para lograr la congruencia imprescindible entre la Convención de Nueva York y nuestros cuerpos legales.

La incorporación de la tecnología en la función notarial

Lic. Marco Antonio Ruiz Aguirre

Notario de la Ciudad de México.

Ex Presidente del Colegio de Notarios de la Ciudad de México.

La extensa historia del notariado nos ha permitido acompañar a la humanidad a lo largo de sus revoluciones culturales, políticas e industriales. A través del tiempo, el notario ha dado testimonio de los eventos cotidianos de las personas, así como de aquellos que son más relevantes para el Estado y para la sociedad. Conforme la raza humana ha ido evolucionando, la actividad notarial ha tenido la capacidad de irse adaptando a las nuevas condiciones.

La pandemia ocasionada por el COVID 19 en el último año ha tenido un efecto en todo el mundo no solamente en el ámbito de la salud pública y la interacción humana, sino que ha tenido un impacto como nunca en el ámbito tecnológico. En muy poco tiempo, hemos empezado y aprendido a utilizar nuevas maneras de comunicarnos,

Lex

de realizar transacciones en línea, de capacitarnos, de entretenernos. Los medios electrónicos han jugado un papel relevante en el quehacer cotidiano tanto a nivel personal, llegando a lo más íntimo de nuestros hogares, como en el ámbito profesional, en donde las áreas de trabajo se han tenido que adecuar para ejecutar nuevas formas de interacción laboral.

Frente a todo esto, el notariado no puede quedarse estático o voltear la cara hacia otro lado pensando en que esto pasará y que regresaremos a la vida que teníamos antes de la pandemia.

Si bien es cierto que el notariado en las últimas décadas ha sabido utilizar e incorporar medios electrónicos a su quehacer diario, como lo son los distintos programas de gestión, control y procesamiento de información en las oficinas notariales, así como la interacción en línea con diferentes autoridades tanto locales como federales, el momento que vivimos nos obliga a realizar un cambio disruptivo en la manera en la que ejercemos la función notarial.

Esto no significa de ningún modo que descuidemos la esencia y los principios que rigen nuestra querida profesión, pero sí que demos los pasos que se necesitan para que el notariado se adapte a los nuevos tiempos que vivimos; el notariado de otros países, consciente de esta “nueva realidad”, ya lo está haciendo y nosotros no podemos quedarnos con los brazos cruzados esperando a que el tiempo lo resuelva o a que alguien más lo haga por nosotros. El notariado no puede sentarse en la antesala de la revolución tecnológica, ¡debemos liderarla!

En este proceso, estamos obligados a seguir el ejemplo de nuestros antecesores, y recordar que el notariado no se cruzó de brazos con la transición de la caligrafía a la imprenta; ni detuvo su paso con la llegada de las máqui-

nas de escribir, las computadoras, el protocolo abierto, los teléfonos inteligentes o el Internet.

No hay ninguna duda que el reto es enorme, que el esfuerzo es mayúsculo y que los obstáculos son importantes. Para lograr nuestra meta hay que abordar este desafío desde diferentes ángulos, reconociendo el aspecto económico, la realidad de la infraestructura en redes y el nivel de conocimiento que tiene la población de nuestro país sobre esta materia que, en última instancia, es la prestataria de los servicios notariales. Por supuesto que para lograr todo esto también es necesario tener un soporte legal; desde nuestra perspectiva, este análisis debe versar sobre lo que hemos denominado: brecha digital, brecha económica y brecha legal.

En primer lugar, por brecha digital nos referimos a la accesibilidad de internet en todos los lugares del país, así como a la velocidad en el intercambio de la información. Conforme a datos publicados por el INEGI¹ sobre la condición de disponibilidad de las Tecnologías de la Información y la Comunicación en los hogares y de su uso por los individuos, en el 2020, en nuestro país había 90.7 millones de usuarios de internet de seis años o más, quienes representan el 72.0% de la población en ese rango de edad (en el 2017 el porcentaje era del 63.9%). El mismo estudio arroja que en México hay 88.2 millones de usuarios de teléfono celular y de esos usuarios, el 91.8% cuenta con un equipo inteligente. Con lo anterior, se muestra que cada año el número de usuarios de internet se está incrementando de manera importante y que la población hoy en día tiene un mayor acceso al internet, ya sea en su hogar o en un dispositivo móvil.

Al mencionar la brecha digital también nos referimos al nivel de capacitación que tiene el notariado en nues-

1. Inegi.org.mx

tro país sobre el uso de sistemas informáticos, así como en el conocimiento del derecho de la informática. Tanto uno, como el otro, son aspectos en los que existe una gran área de oportunidad para que tanto en los Colegios Estatales, como en el Colegio Nacional, se aborden estos temas de manera frontal y no solamente a nivel de pláticas, es imperante la impartición de cursos específicos con un temario *ad hoc* para notarios que cubra ambos aspectos. La reticencia a la incorporación de nuevas tecnologías para el desempeño de la función notarial se puede allanar en la medida que exista una mayor claridad y conocimiento de lo que significa utilizarlas como elementos de apoyo a nuestra actividad y no como una amenaza o reemplazo.² La tecnología debe ser entendida como una herramienta al servicio de nuestra profesión.

Por brecha económica hacemos referencia a la inversión que es necesario realizar para el desarrollo de una plataforma con un alto nivel tecnológico y de ciberseguridad a cargo de los colegios notariales. En México, a diferencia de lo que sucede en algunos otros países en donde existe un control centralizado del notariado que facilita el que se comparta una red informática desarrollada por las aportaciones de todas las provincias, la función notarial está reservada a las entidades federativas, lo que hace más complicado y oneroso que cada colegio notarial desarrolle una plataforma; sin embargo, estoy convencido que con la coordinación del Colegio Nacional del Notariado Mexicano se pueden establecer convenios de colaboración en los que se logren compartir las experiencias de aquellos notariados que vayan más

2. Hay que estar consciente que los notarios usamos y aplicamos la tecnología, no la desarrollamos; para esto último existen otros profesionistas.

avanzados en la utilización de sistemas tecnológicos, con aquellos que estén en proceso de desarrollo.

Por brecha legal aludimos a la necesidad de implementar las reformas legales que son indispensables para regular la función notarial en un ámbito digital. Como hemos mencionado, vivimos en una República en la que la materia notarial está reservada a las legislaturas estatales y ahí es donde cada Congreso debe realizar las reformas necesarias; sin embargo, aquí también debe existir una coordinación a nivel nacional para que, respetando la autonomía de cada entidad, se determinen las directrices que deben observarse de manera generalizada sobre los documentos notariales digitales, firma electrónica, ciberseguridad, protección de datos personales, almacenamiento de la información, etc. En este sentido, se debe garantizar que los sistemas informáticos refuercen los principios fundamentales de confianza y seguridad jurídica que rigen nuestra profesión.

Función notarial y desarrollo tecnológico son compatibles, por lo que en el diseño y uso de cualquier sistema informático deben atenderse los principios que rigen al notariado de tipo latino y su misión jurídica, de tal suerte que permita al notario ser el receptor de la voluntad del prestatario del servicio, ser intérprete y traductor legal de esa voluntad, prestar la asesoría que se le solicita, redactar el instrumento público notarial apegado a la ley y actuar en todo momento de una manera imparcial.

La ciberseguridad es esencial si pensamos en la incorporación de medios digitales para el desempeño de nuestra función, por lo que es indispensable que el ambiente de actuación sea en un entorno 100% seguro y para ello debe pensarse en una red privada con altísimos estándares de protección administrada por los colegios notariales, lo cual implica la correspondiente homolo-

Lex

gación tecnológica de las oficinas notariales. En este sentido es importante que los colegios notariales no dependan de licencias de uso de proveedores externos al notariado que vulneren la autonomía para su operación.

El notario en su facultad de autenticador está vinculado de manera inevitable a la firma y al sello de autorizar; aunque estamos muy familiarizados con el uso de la firma electrónica avanzada, considerando que la usamos para diversos trámites previos y posteriores al otorgamiento de instrumentos notariales, aquí queremos detenernos un momento para hacer algunas reflexiones.

En el ámbito digital, los documentos electrónicos y los mensajes de datos firmados con firma electrónica avanzada producen los mismos efectos que los suscritos con firma autógrafa teniendo el mismo valor probatorio. Conforme al artículo 8 de la Ley de Firma Electrónica Avanzada, los principios rectores de ésta son: equivalencia funcional, autenticidad, integridad, neutralidad tecnológica, no repudio y confidencialidad³.

Considerando lo anterior, una de las grandes vulnerabilidades de la firma electrónica avanzada es que, en principio, no tenemos la certeza de que el titular del certificado digital es el firmante del documento, es decir, si un tercero se apropia de la clave privada del titular de la firma electrónica avanzada, con o sin el consentimiento de éste, aquél lo puede suplantar con la consecuencia de que el documento firmado electrónicamente tendrá los mismos efectos y valor probatorio como si lo hubiere realizado el titular.

Desafortunadamente es una práctica generalizada en nuestro país que un contribuyente le proporcione al contador público la e.firma expedida por el SAT y su contraseña para la presentación de declaraciones y avisos. Definitivamente esto no puede permitirse si hablamos de equivalencia funcional entre la firma autógrafa y

sello de autorizar del notario, con la firma electrónica avanzada notarial. De este modo, para garantizar la certeza y seguridad jurídica en el firmado electrónico por parte del notario, es necesario que a la firma electrónica avanzada se le incorporen elementos biométricos de autenticación, de tal manera que en cualquier momento se pueda acreditar que el titular del certificado digital es la misma persona que firmó el documento electrónico.

La información generada, enviada, recibida o archivada por medios electrónicos es conocida como mensaje de datos.⁴ Si hablamos de sistemas informáticos seguros en los que se almacenarán mensajes de datos, es neces-

3. Artículo 8. Para efectos del artículo 7 de esta Ley, la firma electrónica avanzada deberá cumplir con los principios rectores siguientes:

I. Equivalencia Funcional: Consiste en que la firma electrónica avanzada en un documento electrónico o en su caso, en un mensaje de datos, satisface el requisito de firma del mismo modo que la firma autógrafa en los documentos impresos;

II. Autenticidad: Consiste en que la firma electrónica avanzada en un documento electrónico o, en su caso, en un mensaje de datos, permite dar certeza de que el mismo ha sido emitido por el firmante de manera tal que su contenido le es atribuible al igual que las consecuencias jurídicas que de él deriven;

III. Integridad: Consiste en que la firma electrónica avanzada en un documento electrónico o, en su caso, en un mensaje de datos, permite dar certeza de que éste ha permanecido completo e inalterado desde su firma, con independencia de los cambios que hubiere podido sufrir el medio que lo contiene como resultado del proceso de comunicación, archivo o presentación;

IV. Neutralidad Tecnológica: Consiste en que la tecnología utilizada para la emisión de certificados digitales y para la prestación de los servicios relacionados con la firma electrónica avanzada será aplicada de modo tal que no excluya, restrinja o favorezca alguna tecnología en particular;

V. No Repudio: Consiste en que la firma electrónica avanzada contenida en documentos electrónicos garantiza la autoría e integridad del documento y que dicha firma corresponde exclusivamente al firmante, y

VI. Confidencialidad: Consiste en que la firma electrónica avanzada en un documento electrónico o, en su caso, en un mensaje de datos, garantiza que sólo pueda ser cifrado por el firmante y el receptor.

4. Artículo 89 del Código de Comercio.

Lex

rio también que se garantice la autenticidad, integridad, confidencialidad y no repudiación de la información. De modo complementario, señalaríamos que cualquier plataforma informática que se use para la actuación notarial debe tener sistemas de almacenamiento (bóveda digital) escalables y con altos estándares de seguridad y que permitan el resguardo de la información de manera inalterable, a perpetuidad y apegados estrictamente al manejo de información sensible conforme a la regulación de protección de datos personales.

Es importante señalar que de poco serviría contar con un repositorio de toda la información que contienen los instrumentos notariales solamente para ser almacenada en servidores. Nuestra actividad se ha visto afectada por una carga administrativa monumental si consideramos la cantidad de información, certificados, avisos, informes, extractos de instrumentos, etc. que por mandato de distintos ordenamientos, tenemos que preparar y enviar a distintas autoridades, tanto administrativas como judiciales, locales y federales. Es aquí en donde juega un papel importante la explotación de esta base de datos a través de la integración de redes o interfaces de conexión con las distintas autoridades con las que tenemos contacto en el quehacer cotidiano, o bien, con la incorporación de inteligencia artificial para el procesamiento de toda esta información.

Podríamos seguir reflexionando sobre muchos otros aspectos involucrados en el proceso de la incorporación de nuevas tecnologías para el desempeño de nuestra profesión, y profundizar mucho más en lo que aquí hemos expresado, como son el principio de intermediación y las teleconferencias, la manera en que nos podríamos cerciorar de la identidad y capacidad de las personas que se presentarán frente a nosotros a través de un medio

electrónico, así como del protocolo digital; sin embargo, no es la finalidad del presente ensayo agotar todos estos temas, simplemente nuestra intención es exponer generalidades sobre los distintos aspectos que involucran la innovación tecnológica y la función notarial, basta con señalar que sobre estos temas el Grupo de Trabajo Nuevas Tecnologías de la Unión Internacional del Notariado el pasado 15 de febrero del presente año emitió un “Decálogo para las escrituras notariales a distancia” que sugiero consultar.

Por último, nos referiremos a la manera en que los lineamientos antes expuestos han sido incorporados en la Red Integral Notarial (en adelante RIN), que es la plataforma tecnológica desarrollada y administrada por el Colegio de Notarios de la Ciudad de México.

Después de muchos años de análisis, estudios y de trabajo complementario entre la comisión de informática y la comisión de planeación estratégica, se diseñó un modelo fijándose ciertos lineamientos que sirvieran de base para una plataforma tecnológica e informática del notariado.

La nueva Ley del Notariado para la Ciudad de México, publicada en la Gaceta Oficial de la Ciudad de México el día 11 de junio de 2018 y su Reglamento publicado el 1 de octubre del mismo año, incorporan por primera vez conceptos como matricidad electrónica, índice electrónico, firma electrónica notarial, archivo electrónico y otros más.

La RIN el día de hoy, es una realidad y ya se encuentra en funcionamiento. El 1 de enero de 2020 inició su operación con el libro de Registro de Cotejos con su respectivo “apéndice electrónico de cotejos”, lo que significó la desaparición del apéndice del libro de registro de cotejos en soporte papel.

Lex

Una vez que el documento en soporte papel se presenta al notario para su cotejo, éste es escaneado para posteriormente ser firmado electrónicamente por el notario con la firma electrónica notarial. Con esto, el mensaje de datos queda almacenado y puede ser reproducido en soporte papel en donde vendrá incorporado a la reproducción de la imagen del documento, la cadena del firmado electrónico, el sello de tiempo y un código de barras bidimensional (código QR) que sirve para verificar la autenticidad de la copia certificada, ya que al escanearlo con un teléfono celular o un lector de código de barras, se vincula al sitio del Colegio, mostrándose los datos de identificación del número de registro de cotejo, el notario firmante, fecha, hora, así como el tipo de documento cotejado.

El 1 de enero de este año se inició con otro nuevo módulo de operación de la RIN que comprende, por una parte, el resguardo del “Índice Electrónico” respecto de todos los instrumentos asentados en el protocolo de cada notaría. También los instrumentos que integran el protocolo deben ser digitalizados conformando el “Archivo Electrónico”, mensaje de datos que contiene la imagen digitalizada de cada instrumento incluyendo su apéndice. Y finalmente incluye también la operación del buzón notarial, que consiste en una red privada de comunicaciones y notificaciones firmadas electrónicamente. Esta información que ya se está integrando a la plataforma tecnológica, será la base de datos para alimentar las interconexiones digitales con distintos tipos de autoridades administrativas y judiciales, locales y federales, para generar los avisos y la información a la que nos obligan los diferentes ordenamientos que regulan nuestra actividad, con lo que se logrará disminuir la carga administrativa que actualmente nos demanda mucho tiempo y esfuerzo.

Es conveniente resaltar en este punto que, en el diseño del sistema informático de la RIN, está garantizada la autenticidad, integridad, confidencialidad y no repudiación de la información o mensajes de datos que ahí se almacenan. La protección de datos personales, así como el nivel de ciberseguridad, son dos aspectos en los que se ha tenido especial cuidado.

Como referimos con anterioridad, uno de los mayores riesgos que tiene la firma electrónica avanzada es la escindibilidad que se puede dar entre el titular del certificado digital y el firmante del documento. Por tal motivo es que la “Firma Electrónica Notarial” a la que se refiere la Ley del Notariado para la Ciudad de México, la cual tiene igual valor jurídico que la firma autógrafa del notario y su sello de autorizar, está basada en una firma electrónica avanzada a la que se le han incorporado elementos biométricos de autenticación para que de este modo exista la certeza de que el titular del certificado digital y el firmante son la misma persona.

El esfuerzo realizado por todos y cada uno de los integrantes del Colegio de Notarios de la Ciudad de México para operar en sus oficinas la Red Integral Notarial ha sido no solamente extraordinario, sino en ocasiones heroico, ha habido un involucramiento destacado por parte de todos los agremiados del Colegio, sin esta confianza, determinación y convicción, no hubiera sido posible dar este gran paso disruptivo respecto a lo que estábamos acostumbrados a realizar de manera cotidiana hasta hace apenas un par de años.

En nuestras manos está, en buena medida, la capacidad de adaptar el dinamismo del Derecho en el tiempo. De innovar, actualizar, adaptar y comprender el mundo que se aproxima y la sociedad que habitará dicho mundo.

Lex

Queramos o no, es imposible frenar su vertiginoso ritmo o detener a voluntad el paso del cambio. Porque en el devenir de los pueblos, sólo la humanidad tiene asegurado un lugar; y a las instituciones nos corresponde merecer nuestra supervivencia.

Es el espíritu de los juristas vanguardistas los que le dan forma al mundo que hoy vivimos.

No podemos esperar que la humanidad futura reconozca por inercia la gran necesidad que tiene de la fe pública notarial. Está en nosotros refrendar ese vínculo nuevamente con cada generación y mantener vivo nuestro espíritu de renovación para enfrentar los retos más apremiantes.

El verdadero desafío implica mantener ese espíritu de innovación y conocer lo que se está haciendo alrededor del mundo en temas de Derecho Comparado y Tecnologías de la Información, sin perder nuestra esencia.

Es cierto que la fe pública está evolucionando a códigos binarios que viajan a la velocidad de la luz. Los documentos que antes llenaban el archivo con el apéndice del protocolo, hoy se alojan en la nube.

Pero nada puede sustituir la genialidad de la mente humana, ni la bondad de su alma. Porque en última instancia, la fe notarial pervive en el legado de la humanidad.

El notario y las nuevas tecnologías. Una realidad de presente y de futuro

Francisco Javier García Más

Notario. Ex Letrado Adscrito en la Dirección General de los Registros y del Notariado (hoy DGSJy FP) del Ministerio de Justicia de España.

SUMARIO

I.- Introducción

II.- Función notarial y nuevas tecnologías. Efectos jurídicos de los documentos electrónicos. No alteración de los principios básicos de la función notarial

III.- La aparición de nuevos instrumentos técnicos

a.- La cadena de bloques o blockchain. Aspectos técnicos, funcionamiento

b.- Aspectos jurídicos del blockchain. Su conexión con la función notarial

IV.- La matriz electrónica. Planteamiento del problema. Posibles soluciones de futuro

V.- La escritura pública electrónica

VI.- La presencia física del notario con los otorgantes. Posibles excepciones

I.- INTRODUCCIÓN

En numerosas ocasiones, he tenido la oportunidad de poder explicar mi percepción del fenómeno de las nuevas tecnologías en relación con el sistema jurídico,¹ y específicamente en un sistema de Derecho Latino Germánico continental en el que se sitúa España y gran parte de los países de Europa, de la Unión Europea; en concreto de los 28 países de la Unión Europea, 23 pertenecen a este Sistema.

También siempre defendí que las nuevas tecnologías están al servicio de la sociedad, del ciudadano, del sistema jurídico y de la seguridad jurídica y nunca al revés, y como consecuencia de ello, y con relación al tema en el que he trabajado más específicamente, de la función notarial, y al servicio de la seguridad jurídica preventiva. No hay que adaptar los Sistemas jurídicos a las nuevas tecnologías, sino muy al contrario las nuevas tecnologías han de ser un instrumento exclusivamente tecnológico al servicio del ciudadano y de su Estado de Derecho, y ello, con independencia de dónde vengan esas nuevas tecnologías, o si han surgido o se han incardinado en sistemas jurídicos diferentes como el del Common law o de los sistemas escandinavos, o de los sistemas de la famosa autorregulación que como pueden ustedes apreciar han tenido graves problemas en el sector financiero, donde el mercado lo autorregula todo y si no es posible controlar, las fuerzas del mercado expulsarán a los débiles o a los malos. Principio éste que realmente en la práctica nunca se ha dado, sino más bien al con-

1. Entre otros trabajos del autor, García Más, Francisco Javier: "Regreso al futuro: seguridad jurídica y nuevas tecnologías. El blockchain y otras cuestiones digitales. La función Notarial", Revista Jurídica del Notariado, nº106, pp. 153-238."

trario ha producido graves desastres y sobretodo perjuicios irremediables en la economía, y lo más grave en el consumidor, en el ciudadano de a pie, desprotegido de nuevo por las denominadas fuerzas del mercado y por la sacrosanta autorregulación.

Buena prueba de ello han sido las transposiciones de Directivas ya tan emblemáticas como la Directiva de firma electrónica, hoy derogada por el Reglamento UE, nº 910/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo del 23 de julio de 2014. y por la que se deroga la Directiva 1999/93/CE; la Directiva sobre Comercio Electrónico, Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 8 de junio de 2000, las leyes de trasposición de estas Directivas a la legislación española, como la ley 59/2003, de 129 de diciembre, de firma electrónica, hoy también derogada, y entre otras también de la Ley 34/2002, del 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, así como las reformas llevadas a cabo en la ley de Enjuiciamiento Civil sobre la aplicación de las nuevas tecnologías, la ley de acceso electrónico de los ciudadanos, y un largo etc. Históricamente, en España tuvieron lugar transposiciones de directivas muy importantes, como la famosa Directiva de firma electrónica, hoy derogada por el Reglamento UE 910/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de julio de 2014, relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior (RIE). Directiva que supuso un punto esencial en el ámbito coordinado y de la armonización de un nuevo instrumento tecnológico que se plantea para poder ciertamente desarrollar el fenómeno de las nuevas tecnologías, y concretamente del Comercio electrónico y de los Servicios de la Sociedad de la Información.

Lex

127

Lex

Por su parte la Directiva 1999/93 ce de comercio electrónico 2000 3/31 del Parlamento Europeo y del Consejo del 8 de junio del 2000 fue un punto esencial para crear un ámbito normativo y coordinado, sobre los Servicios de la Sociedad de la Información, y como consecuencia de ella, las leyes transposición de estas Directivas fueron, la ley 59/2003 del 19 de diciembre de firma electrónica, hoy derogada, por la ley 6/2020 del 11 de noviembre reguladora de determinados aspectos de los servicios electrónicos de confianza, y la ley 34/2002 del 11 de julio de Servicios de la Sociedad de Información y del comercio electrónico.

Especial consideración, en el fenómeno de las nuevas tecnologías y la función notarial, es la ley 24/2001 del 27 de diciembre de Medidas Fiscales Administrativas y del Orden Social. Ésta marcó un hito esencial en la introducción de las nuevas tecnologías en la función notarial y registral, con la definición, entre otros, del Documento Notarial Electrónico, así como su engarce en el sistema, y ello desarrollado como indicábamos en la introducción de este trabajo, por la reforma del Reglamento Notarial llevada a cabo en el año 2007.

Entre otros aspectos esenciales la ley 24/2001, ley pionera no solamente en Europa sino en todo el mundo, establece la firma electrónica de calidad hoy llamada cualificada en el Reglamento de la Unión Europea, como instrumento técnico al servicio de esa función notarial, al servicio de la seguridad jurídica preventiva, al servicio de los ciudadanos, sin perder un ápice en los principios básicos de esa función notarial, como la identificación, el juicio de capacidad, la legitimación, el control material y formal del documento público, el esencial asesoramiento notarial, la adecuación de la voluntad del ciudadano plasmada en instrumento pú-

blico de la manera más adecuada, para conseguir los fines lícitos queridos por las partes.

En definitiva este conjunto normativo, que hemos indicado anteriormente, determina un esquema conexasión lógico y seguro, sin alterar los principios de la seguridad jurídica, de nuestro sistema jurídico y yo diría que en algunos aspectos acrecentándolos y dotándolos de mayor seguridad como por ejemplo, el acceso telemático de las copias autorizadas en el Registro de la Propiedad y Mercantil, como una de las muchas aplicaciones que ya se plasmaron en la citada ley 24/2001, que después fueron desarrolladas en la Ley del Notario, en la Hipotecaria y en los Reglamentos Notarial e Hipotecario.

Este punto de partida y evolución del mismo nos ha llevado siempre a defender que los principios básicos deben permanecer sin alterarse, que los principios básicos deben ciertamente permanecer para que luego la esencia de una función, de una profesión o de un sistema no desaparezca. Los instrumentos tecnológicos serán un medio para conseguir un fin, la finalidad de una mayor seguridad jurídica, de una mejor prestación del servicio, de una función y, en este caso, la función notarial.

No es el momento en este trabajo de analizar los servicios de confianza que ya en su momento hicimos en algún trabajo², en nuestro análisis del RIE, con los problemas que se planteaban en relación con la identificación electrónica, con los servicios de confianza y los prestadores de servicios de confianza tanto desde el punto de vista de la firma electrónica como del sello electrónico, como de las páginas web, etc.

2. García Más Francisco Javier: "De nuevo con la firma electrónica y otras cuestiones: Reglamentote núm910/2014", Revista Jurídica del Notariado, nº 102-103, pp. 113-188.

Lex

Siempre hemos defendido la necesidad de adaptación, y desde hace más de 20 años venimos trabajando en estas materias colaborando de manera directa e indirecta en ello y demostrando de manera práctica como es posible esa armonización y, como también es posible la utilización de esas nuevas tecnologías en beneficio del Sistema Jurídico y en definitiva en beneficio de toda la sociedad, y de los ciudadanos en particular.

Pero más aún, y en ámbitos que para algunos pudieran parecer impensables, estas nuevas tecnologías han tenido un gran protagonismo en el campo de la denominada seguridad jurídica preventiva, en concreto en la función notarial y registral.

En definitiva, este conjunto normativo crea organiza y arma todo un esquema cohesionado, lógico y seguro, sin alterar los principios de nuestro sistema jurídico, más aún diría yo que acrecentándolos y, en algunos casos, dotándolos de mayor seguridad, como por ejemplo en el acceso telemático de las copias autorizadas electrónicas en los registros de la propiedad y mercantiles como una de las muchas aplicaciones.

No nos vamos ahora a detener en todo aquél proceso y cómo se llegó al mismo, ni tampoco en sus aplicaciones, remitiéndonos a los trabajos propios y ajenos sobre la materia, pero sí que me gustaría resaltar ese trabajo y esfuerzo, por parte de algunos, que sin dar de lado ni mucho menos a esas nuevas tecnologías supieron incardinadas en nuestro sistema.

Cuestiones como la firma electrónica, las clases de ella, el sistema de claves simétricas y asimétricas, la función Hash, las claves asimétricas, la clave privada y la clave pública, los prestadores de servicios de certificación, los prestadores de servicios de confianza en la nueva terminología del Reglamento de la Unión Europea, el Time

Stamping, el no repudio, la no alteración del documento, el envío por canales seguros, la confidencialidad, y un largo etc. Temas que hemos tratado durante muchos años y especialmente aplicados en muchos casos directamente a la función pública notarial.

El objeto de nuestro pequeño trabajo es analizar algunas nuevas tecnologías que van apareciendo, que aparentemente parecen muy modernas y que surgen ex novo (no muchas veces es así) y que están ahora de actualidad.

Estas nuevas tecnologías, como también lo relataba anteriormente, tienen muchos aspectos, desde el tecnológico, el político, el social, el jurídico, etc.

No cabe la menor duda que todos ellos están interrelacionados, y quizás para poder ver de qué utilidad van a ser para nuestros intereses habrá en consecuencia que analizar en qué consisten, qué es lo que hacen, qué logran.

La tarea no es fácil, sobre todo por la rapidez de los cambios tecnológicos, pero si tenemos claro nuestro esquema de funcionamiento de cara a los principios básicos de nuestro Sistema Jurídico, de que la confianza, presupuesto esencial en el ciudadano y en toda sociedad que quiere avanzar, seguirán siendo elementos esenciales, entonces no debemos tener miedo a esas nuevas tecnologías, sino muy al contrario deberemos enfrentarnos a las mismas con total libertad de mente y con seguridad.

II.- FUNCIÓN NOTARIAL Y NUEVAS TECNOLOGÍAS. EFECTOS JURÍDICOS DE LOS DOCUMENTOS ELECTRÓNICOS. NO ALTERACIÓN DE LOS PRINCIPIOS BÁSICOS DE LA FUNCIÓN NOTARIAL

La ley española 6/2020 del 11 de noviembre, reguladora de determinados aspectos de los servicios electrónicos de confianza, indica en su Preámbulo que ésta no realiza

Lex

una regulación sistemática de los servicios electrónicos de confianza, ya que estos han sido regulados por el Reglamento UE, nº 910/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo del 23 de julio de 2014 relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior, **en adelante RIE**, y por el que se deroga la Directiva 1999/93, por respeto al principio de primacía del derecho, no debe reproducirse total o parcialmente el mismo.

De igual manera, sigue estableciendo el mismo que la función de ésta es complementarlo en aquellos aspectos concretos que el Reglamento no ha armonizado y cuyo desarrollo prevé en los Ordenamientos de los diferentes Estados miembros cuyas disposiciones han de ser interpretadas de acuerdo con él.

El artículo 3 de la citada ley, hace referencia a los efectos jurídicos de los documentos electrónicos.

Cuando analicé el anteproyecto de ley no fui favorable a la introducción en la misma de los efectos jurídicos del documento electrónico, ya que estos estaban inmersos en la propia normativa general, como en la Ley de Comercio Electrónico, en la Ley de firma electrónica, en definitiva en la Ley del Notariado artículo 17 bis que habla del documento electrónico matriz, en la Ley de Enjuiciamiento Civil, etc.

No obstante, ahora con la derogación de la ley de firma electrónica me parece más oportuno y más interesante lo consignado en el artículo 3, en cuyo apartado primero se establece: **“que los documentos electrónicos públicos, administrativos y privados tienen el valor y la eficacia jurídica que corresponda a sus respectivas naturalezas, de conformidad con la legislación que le resulte aplicable.”**

Este apartado 1 del artículo 3 me parece muy importante y esencial, porque realmente está describiendo de una manera casi idéntica a lo que establecía la ley de firma electrónica derogada por este por esta ley.

En este aspecto el artículo 3 de la derogada Ley de firma electrónica, al que también hemos tenido ocasión de poder hablar en muchísimas ocasiones, hacía referencia a los tipos de firma electrónica y a los documentos firmados electrónicamente.

En su momento este artículo fue muy importante ya que por parte de algún sector se quería crear un nuevo sistema documental confundiendo el continente con el contenido y determinando que, aparte del documento público o privado en soporte papel, podía surgir una nueva categoría documental, como era la del documento privado electrónico, que con una determinada firma electrónica la de mayor calidad, por ejemplo, la firma electrónica reconocida hoy cualificada podría suponer un documento cuasi público o público. En definitiva, una nueva categoría documental.

Esta circunstancia llevo a un estudio sosegado de la misma, y se vio la necesidad de aclarar conceptos, que ya lo estaban, porque la ley 24/2001 que introduce el artículo 17 bis en la Ley del Notariado, definiendo lo que es el documento público notarial electrónico, deja bien claro que es el mismo que el documento público notarial en soporte papel y que lo que varía es simplemente el soporte.

El documento será público o privado según reúna los requisitos establecidos por la ley. Será un documento público con independencia, del soporte electrónico o papel, siempre y cuando esté autorizado por una persona habilitada por la ley, qué es un funcionario público para dar fe, en el caso de documentos notariales, autorizada

Lex

por un notario, además de otros tipos de documentos públicos, como los administrativos y los judiciales.

El artículo 3 de la Ley de firma electrónica establecía claramente, que los documentos a que se refiere el apartado anterior tendrán el valor y la eficacia jurídica que corresponda a su respectiva naturaleza, de conformidad con la legislación que le resulte aplicable.

Si tenemos en cuenta esa redacción veremos que ciertamente es idéntica a la que anteriormente se indicaba puesto que el apartado anterior del artículo 3 de la firma electrónica en concretamente el 6 hacía referencia a los documentos privados, los documentos administrativos, los documentos públicos. Es decir realmente hay una similitud bastante grande lo que significa, para nosotros, que se mantienen perfectamente las ideas básicas, y estas, que el documento será o privado o público, según reúna los requisitos establecidos en la ley para su elaboración, con independencia del soporte electrónico o del soporte papel.

El soporte simplemente es un medio técnico, un instrumento para poder materializar, o representar ese documento; con ello creo que queda aclarado el tema de que nuestro sistema documental no resulta alterado en ningún aspecto y en ninguna circunstancia, sino que muy al contrario simplemente queda confirmada la teoría que habíamos indicado.

No olvidemos que el artículo 3 de la Ley de firma electrónica hoy derogada, en el apartado 6, definía lo que era documento público electrónico al decir que por estar firmados electrónicamente por funcionarios que tengan legalmente atribuida la facultad de dar fe pública, judicial, notarial o administrativa siempre que actúen en el ámbito de sus competencias con los requisitos exigidos por la ley en su caso.

También hacía referencia a los documentos expedidos y firmados electrónicamente por funcionarios o empleados públicos en el ejercicio de su función pública conforme a la legislación específica, y por último los llamados documentos privados.

El apartado 2 de este artículo 3 de la Ley 6/2020 del 11 de noviembre hace referencia a la prueba de los documentos electrónicos y lo hace en relación con los documentos electrónicos privados, distinguiendo si se han utilizado servicios de confianza cualificados o no cualificados.

Por otro lado en la disposición final segunda de la ley 6/2020, se modifica la Ley Enjuiciamiento Civil en concreto el apartado 3 del artículo 326 que queda redactado de la siguiente manera, “cuando la parte a quien interese la eficacia en un documento electrónico lo solicite o se impugne su autenticidad, integridad, precisión, fecha, hora u otras características del documento electrónico, por un servicio electrónico de confianza no cualificado, se procederá con arreglo a lo establecido en el apartado 2 del presente artículo y el Reglamento UE 910/2014. (RIE).

Asimismo se añade un apartado 4 al citado artículo 326 en el sentido de, que si se hubiese utilizado algún servicio de confianza cualificado de los previstos en el Reglamento citado en el apartado anterior se presumirá que el documento reúne las características cuestionadas y que el servicio de confianza se ha prestado correctamente si figuraba en el momento relevante a los efectos de discrepancia, en la lista de confianza de prestadores de servicios cualificados., teniendo en cuenta que no obstante si aún así se impugnare el documento electrónico la carga de realizar la comprobación corresponderá a quien haya presentado la impugnación.

Teniendo en cuenta este texto vemos que hay una similitud importante con el apartado 8 del artículo 3 de la Ley de firma electrónica.

Esto lo que hace es confirmar de nuevo, como no podía ser de otra manera, lo que ya se había establecido claramente, es decir, el carácter de prueba plena documental del documento electrónico, en sus diversas modalidades, con los diversos efectos según las distintas categorías sea público o privado.

En relación con la prueba de los documentos electrónicos el artículo 46 del Reglamento (RIE) de la Unión Europea, establece con relación a los efectos jurídicos de los documentos electrónicos, que no se denegarán efectos jurídicos ni admisibilidad como prueba en procedimientos judiciales a un documento electrónico por el mero hecho de estar en formato electrónico.

Ello está claro, que en modo alguno altera el sistema documental de cada Estado, ni el de las obligaciones y contratos o la forma de los mismos o el sistema registral, como ya hemos indicado anteriormente.

El artículo 46 lo conexionamos con el artículo 3 apartado 2 de la Ley 6/2020.

Ya se había confirmado, por la ley de comercio electrónico basado en la Directiva de comercio electrónico, por la ley de firma electrónica del carácter del documento electrónico como prueba plena, y no como simple regla de la sana crítica evaluable por el juez.

Ya en su momento comentamos la evolución de la conceptualización del documento electrónico, los distintos textos desde la primera Ley de Enjuiciamiento Civil del año 2000, muy timorata en la materia, donde ese documento electrónico en cuanto a prueba, se remitía a la regla de la sana crítica, hasta el momento actual como acabamos de indicar.

Cuando en la ley 6/2020 12 de noviembre se hace referencia en el artículo 3 a los documentos electrónicos públicos, a los administrativos, junto con los privados, es necesario quizás el analizar el porque se hace esa diferencia de terminología entre los públicos y los administrativos.

Quizá pueda hacer referencia a los que en el ya derogado artículo 3 de la Ley de firma electrónica, se definían como los documentos expedidos y firmados por funcionarios, o empleados públicos en ejercicio de sus funciones públicas conforme a su legislación especial. Ya dijimos, en su momento, que ese tipo documental hacía referencia a aquellos documentos que han sido definidos como documentos oficiales que no tienen técnicamente la consignación de documentos públicos pero que están expedidos y firmados electrónicamente por funcionarios o empleados públicos claro está en el ejercicio de su función.

Estos no debían quedar englobados en los documentos públicos en general ya que tanto doctrinal como jurisprudencialmente se marcaba la diferencia y, buena prueba de ello, es que el artículo 317 de la Ley de Enjuiciamiento Civil recoge un listado tasado y cerrado, de qué es documento público a los efectos de dicha norma y los números 5 y 6 definen el documento público, como el expedido por funcionario público legalmente facultado para dar fe en lo que se refiere al ejercicio de sus funciones. Por eso estos documentos públicos o públicos administrativos no comprendidos en los números anteriores, no están englobados en dicha categoría de documento público, y no están dentro del artículo 317 en cuanto a la definición de documento público, y ello con independencia de que su eficacia probatoria de cara al proceso fuera pública o cuasi pública, y por ello se incluyeron en el artículo 319 2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Incluso en la Exposición de Motivos de la ley Enjuiciamiento Civil, en su punto undécimo, recoge la necesidad de otorgar valor documental cuasi público en el proceso a esos documentos expedidos por funcionarios públicos más sin ser documentos públicos en el sentido del artículo 1216 del Código Civil, y en idéntico sentido el Tribunal Supremo acoge la distinción entre otras la sentencia de 10 de octubre de 1997.

En definitiva, la idea básica es que a los documentos oficiales, esto es los administrativos, no públicos o si se prefiere los documentos públicos por su origen, los que provienen de una Administración, pero no de un funcionario que dan fe pública tienen un valor probatorio cualificado respecto del simple documento privado pero no son documentos públicos en el sentido conceptual que hemos indicado y con los argumentos anteriormente enunciados.

Por ello, me parece adecuada la distinción entre documento público y documento administrativo, que era la diferencia que establecía la ley de firma electrónica en el artículo 3 entre el documento público y los documentos oficiales.

Otra cuestión muy importante a la que queremos hacer referencia, y además sobre el que hemos hablado en muchas ocasiones, es el determinar si estas nuevas tecnologías, estos nuevos prestadores de servicio de confianza, antes prestadores de servicios de certificación de firma electrónica podrían alterar o sustituir los principios básicos de la función de dar fe pública en todos los aspectos, tanto la fe pública notarial, como la judicial como la administrativa y si ciertamente se habían creado nuevas figuras o estructuras que lo alteraran.

Me dediqué durante mucho tiempo a establecer ciertamente que esto no era así y es que además la legislación

y la normativa que iba surgiendo, así lo iba constatando. La nueva ley 6/2020 sigue confirmando como no podía ser de otra manera, lo que ya había quedado consolidado.

Para poder analizar este apartado me gustaría partir del texto actual en la ley 6/2020 del 11 de noviembre contenido en la Disposición adicional primera relativa a la Fe Pública y Servicios Electrónicos de confianza.

En la misma se establece que: **“Lo dispuesto en esta Ley no sustituye ni modifica las normas que regulan las funciones que corresponden a los funcionarios que tengan legalmente atribuida la facultad de dar fe en documentos en lo que se refiere al ámbito de sus competencias.”**

Para poder analizar este artículo es necesario estudiar y repasar históricamente como hemos llegado al mismo y como ciertamente estos principios no se han alterado ni se han modificado.

El artículo 2 del Reglamento UE 910/2014 del 23 de julio de 2014 (RIE), relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza 2, regula el ámbito de aplicación del mismo, y el apartado tercero de dicho artículo 2 tiene un aspecto esencial, ya que establece que el Reglamento no afecta al Derecho nacional o de la Unión relacionado con celebración y validez de los contratos u otras obligaciones legales, o de procedimientos relativos a la forma.

En este sentido el Considerando 21 del citado Reglamento, deja bien claro, como aspecto explicativo, que tampoco deben regular el Reglamento los aspectos relacionados con la celebración y validez de los contratos u otras obligaciones legales cuando existan requisitos de forma establecidos por el Derecho nacional o de la Unión de unión y asimismo tampoco debe afectar a los requisitos nacionales de forma correspondiente a los

Lex

Registros Públicos en particular a los registros mercantiles y de la propiedad.

La Directiva 1999/93, del Parlamento Europeo y del Consejo del 13 de diciembre del 99 ya derogada, disponía en el artículo 1 párrafo segundo, que la presente Directiva no regula, otros aspectos relacionados con la celebración y validez de los contratos u otras obligaciones legales cuando existen requisitos de forma establecidos en la legislación nacionales o comunitarias ni afectan a las normas y límites contenidos en la legislación nacionales o comunitarias que rigen el uso de documentos.

La ley española de firma electrónica ley 59/2003 del 19 de diciembre, hoy también derogada, establecía en el artículo 1 relativo al objeto, y en concreto en el apartado segundo lo siguiente: **“que las disposiciones contenidas en esta Ley no alteran las normas relativas a la celebración, formalización, validez y eficacia de los contratos y cualesquiera otros actos jurídicos, ni los relativos a los documentos en que unos y otros conste”**.

La Directiva. 2000 3/31 CE del Parlamento Europeo y del Consejo del 8 de junio de 2003, relativa a determinados aspectos jurídicos de los Servicios de la Sociedad de Información en particular del comercio electrónico en el mercado interior, en su artículo 1 relativo al objetivo y ámbito de aplicación, en el número cinco determina que dicha Directiva no se aplicará entre otras actividades de servicios de la información a la de los notarios o profesionales equivalentes en la medida en que impliquen una conexión directa y específica con el ejercicio de autoridad pública.

Esto no podía significar en absoluto que los notarios debían estar apartados de las nuevas tecnologías, y del coma del comercio electrónico y en general de los servicios de la sociedad de la información; muy al

contrario pueden y deben estar presentes y así lo hemos visto en todo el fenómeno del comercio electrónico, lo que ocurre es que en el campo de la función notarial existe una competencia reservada a cada uno de los Estados miembros de la Unión, que está bajo la soberanía de cada uno de ellos puesto que la función notarial de tipo latino determina que el notario es oficial público en el que el Estado delega, un aspecto de su soberanía, de su competencia a través de la fe pública, y de todo ello deriva, que serán cada uno de los Estados miembros, los que deben legislar ordenar y determinar, las cuestiones relativas a las nuevas tecnologías, las comunicaciones telemáticas, la firma electrónica y el Notariado.

La Disposición Adicional de la citada Ley 59/2003 de firma electrónica hoy derogada, cuya rúbrica era la de Fe pública y uso de firma electrónica, dejaba con meridiana claridad expuesto lo que hemos indicado al establecer que **“lo dispuesto en esta Ley no sustituye ni modifica las normas que regulan las funciones que corresponden a los funcionarios que tengan legalmente la facultad de dar fe en documentos en lo que se refiere al ámbito de sus competencias siempre que actúen con los requisitos exigidos en la ley”**.

Por su parte el artículo 5 de la Ley Española de Comercio Electrónico, ley 34/2002 del 11 de julio de Servicios de la Sociedad de información y comercio electrónico, se refiere a los servicios excluidos del ámbito de aplicación de la Ley.

Es corolario del artículo 1 del apartado 5 de la Directiva de Comercio electrónico, y además creo que con un enunciado que mejora el significado de la exclusión, de estos servicios del ámbito de aplicación de la ley, y que no significa que no se puedan realizar las actividades y servicios de la Sociedad de la Información, por los

notarios, sino que se registrarán por su normativa específica. El artículo 5 excluye los servicios prestados por notarios y registradores de la propiedad y mercantiles en el ejercicio de sus funciones públicas así como los servicios prestados por abogados y procuradores en ejercicio de sus funciones de representación y defensa en juicio, pero que deja claramente indicado que se registrarán por su legislación específica, legislación propia de cada uno de los Estados miembros como en España ha sido la Ley de Comercio Electrónico, la ley de firma electrónica, la Ley del Notariado, Reglamento Notarial ley de 24/2001, etc.

Ley 24/2.001 del 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, 106 y siguientes de dicha ley, relativos a la introducción de las técnicas electrónicas informáticas y telemáticas a la seguridad jurídica preventiva, así como las correspondientes modificaciones, entre otras la Ley del Notariado de 1862, entre otros aspectos con la introducción del artículo 17 bis, esencial en esta materia, sobre todo al regular el documento público electrónico.

Igualmente, con la Ley 24/2005, del 18 de noviembre, de reformas para el impulso a la productividad, que se produjo el 20 de noviembre de 2005.

III.- LA APARICIÓN DE NUEVOS INSTRUMENTOS TÉCNICOS

a.- La cadena de bloques o blockchain. Aspectos técnicos, funcionamiento

Como hemos indicado anteriormente cuando hemos hablado de la firma electrónica, y en especial la firma electrónica cualificada basada en el sistema de claves asimétricas, es decir, una persona que es titular de la firma electrónica tiene una clave privada, y a esa clave privada le corresponde una clave pública, existiendo

un prestador, denominado actualmente de servicios de confianza que es quien dota en primer lugar de la clave privada al solicitante de la firma y el que garantiza que a una clave privada le corresponda exclusivamente una clave pública, con todos los efectos que ya hemos visto de autenticación, no alteración, confidencialidad, no repudio, etc. que se predica de esa firma electrónica cualificada, cuando se envía un documento por ejemplo de un sujeto A a otro sujeto B y ese documento es firmado electrónicamente con firma electrónica cualificada, y lo que se hace es tomar un trocito de ese documento, aplicarle esa clave privada, lo que se denomina función Hash, y ese trocito con la clave privada encriptada con ésta, es desencriptado por la clave pública, y si es así se determina que no ha habido alteración, que se ha guardado la confidencialidad, y que el sujeto que ha enviado el documento es el titular de la firma electrónica, aunque no, y esto lo hemos explicado en muchísimas ocasiones quiere decir que sea él, el que hay firmado efectivamente, ya que el código pin o de acceso, puede haberse comunicado a otra persona distinta del titular de la firma electrónica.

A partir de este fenómeno, han surgido nuevos instrumentos técnicos y uno de ellos es la denominada cadena de bloques (blockchain), que han surgido a la palestra de los medios de comunicación, sobre todo como plataforma o instrumento técnico de una serie de transmisiones y operaciones entre sujetos, por ejemplo, con la transmisión de los denominados Bitcoins o dentro de las llamadas criptomonedas.

Las circunstancias que están en este entorno de la cadena de bloques surge porque se indica que el medio técnico informático de la cadena de bloques, es mucho más seguro, y muy difícil de poder, destruir, o descubrir,

porque supera a la tecnología de la firma electrónica reconocida, ya que algunos hablan de que los certificados de firma tienen un plazo de vigencia, y que puede haber ruptura de claves.

Este tema de los peligros tecnológicos de la firma electrónica, aún de la más alta calidad, ya los planteé en su momento para defender que no era el momento de aplicar la matriz electrónica notarial, aunque teóricamente estaba ya regulada en el artículo 17 bis de la ley del notariado, pero también el legislador indicó que todo lo que se refería al documento público electrónico, lo era en referencia a las copias autorizadas electrónicas notariales que es como en este momento efectivamente se están realizando y se está actuando.

Con esta circunstancia y sin ser éste el objeto de estudio principal de este artículo, diremos que la cadena de bloques basada en el sistema de firma electrónica reconocida o de más alta calidad, basada en claves asimétricas es un precedente total de la cadena de bloques. En definitiva, lo que se realiza en la cadena de bloques es un conjunto de registros, que en el caso de intervenir Bitcoin se trata de registros de transmisiones con pago a través del Bitcoin y que cuando se han producido una serie de estas transmisiones, se van cerrando en un conjunto de bloques que se van encadenando.

En definitiva, se trata de un libro registro de todas las transacciones, que están empaquetadas en bloques y serán incluidas en la cadena una vez que han sido validadas.

Se denomina bloque al conjunto de transacciones confirmadas que se han incluido en la cadena de bloques y cada bloque tiene un código alfanumérico que se enlaza con el bloque anterior, además el paquete de transacciones que incluye, y otro código alfanumérico que enlazará con el siguiente bloque.

Desde el punto de vista tecnológico se habla de los denominados mineros que son ordenadores que aportan poder a la red, en el caso de Bitcoin, de los que después hablaremos, para verificar las transacciones que se llevan a cabo.

Así mismo se encuentran los nodos que no son más que ordenadores conectados a la red utilizando un software que almacena y distribuye una copia actualizada en tiempo real de la cadena de bloques. Cada vez que un bloque se confirma y se añade a la cadena se comunica a todos los nodos y este se añade a la copia que cada uno almacena.

Como vemos el proceso técnico está ahí, y nosotros poco podemos decir en cuanto a su fiabilidad que para eso doctores tiene la iglesia, y otra cuestión será qué aplicaciones prácticas puede tener esta cadena de bloques que ha surgido fundamentalmente en el tema de las transacciones con los Bitcoin, aunque esto es simplemente una de las muchas aplicaciones que puede tener. El compañero Luis Fernández Bravo Francés, en mi opinión, describe de una manera clara lo que es una cadena de bloques, y esto sirva como complemento y resume a otras indicaciones que ya hemos hecho con relación a esta nueva tecnología.

Se indica por el autor que se trata de una base de datos con cuatro características que refuerzan la potencia de la clave criptográfica. Se trata de una base de datos distribuída, ya que toda operación queda simultáneamente reflejada en cada uno de los nudos conectados, y aunque un libro de contabilidad es susceptible de alteración, si tengo tantas copias como usuarios que se actualizan simultáneamente con cada asiento, nadie puede alterar el libro por sí solo.

En segundo lugar, cada conjunto de operaciones se agrupa en un bloque y se cierra con un código (Hash),

que es la apertura del siguiente, de ahí su nombre de cadena. No se puede alterar el bloque y cada bloque es garantía de la integridad del consecutivo. En tercer lugar, el acceso a la verificación de cada operación permite saber que esta existió, pero no da acceso a su contenido, que sigue siendo privado, por lo que la red ofrece en realidad una prueba de trabajo. Por último, indica este autor, carece de dueño.

Desde el punto de vista técnico, como ya hemos indicado, se configura la cadena de bloque a través de algoritmos, criptografía, etc., algoritmos que ya hemos indicado de doble clave pública y privada, y los algoritmos de resumen o Hushing.

Ya hemos indicado que la criptografía de clave asimétrica se utiliza en la propia firma electrónica reconocida digital de clave pública y privada.

En definitiva, la cadena de bloques es un registro de transacciones único llevado de forma o distribuida, un libro de contabilidad, un libro mayor, etc. Y esencialmente hay que poner el énfasis en que se haya completamente descentralizado, y ello enlaza con lo que decíamos anteriormente en el sentido de que no hay una autoridad, un prestador de servicios de confianza que certifique que a una clave pública le corresponde una clave privada.

b.- Aspectos jurídicos del blockchain. Su conexión con la función notarial

No cabe la menor duda que ha existido en los últimos tiempos una gran revolución en el tema de la cadena de bloques.

En un importante documento presentado en el cuarto Congreso de los Notarios de Europa celebrado en Santiago de Compostela los días 5 a 7 de octubre de 2017,

en concreto el tema 1 de la protección del consumidor en el entorno digital aparecen unas reflexiones muy interesantes sobre estas cuestiones de las que hemos ido hablando, este tema 1 tuvo una coordinación científica de César Licini, notario de Pésaro en Italia, y entre los ponentes se encontraban los españoles Lorenzo Prats Albertosa y José Carmelo Llopis Benlloch.

En el documento se analiza, desde el punto de vista técnico, que se entiende por esta cadena de bloques, siendo una cadena que comienza con un primer bloque que está conectado de manera inmodificable y permanente con el siguiente, y así sucesiva e ininterrumpidamente sin posibilidad de vacíos entre bloques, existiendo en cada bloque un registro que incluye de cada transacción que se ha incorporado a la cadena, un Hash con datos sobre su existencia y su fecha y hora exacta.

El documento también analiza el origen de esta cadena de bloques, y si bien en un primer momento nacieron para registrar transacciones sobre Bitcoin, pronto se aplicó o se sugirió aplicar en el sentido de que a la transacción registrada en la cadena de bloques, se le podía añadir una referencia a un archivo informático, que podía ser cualquier documento, incluso un texto, un contrato o una declaración de voluntad, lo que garantizaría la cadena de bloques o generaría una apariencia de “Conocimiento de que el contenido no ha sido modificado y de que existía con ese contenido concreto en una fecha y hora determinada”.

La conexión de este procedimiento técnico con la actuación notarial puede serlo en algunos aspectos, pero en mi no puede en absoluto sustituir esa función notarial que se determina en el control de legalidad material y formal, la adecuación a la legalidad de las declaraciones de voluntad, el asesoramiento, la legitimación de

las partes, el juicio de capacidad y un largo etc., con independencia como también el documento expone de la responsabilidad civil, penal, y yo incluyo, administrativa del notario, teniendo en cuenta que en la cadena de bloques no se detectan responsables aunque sí en otro tipo de cadenas privadas.

Está claro también que ese documento que está registrado en la cadena es un documento privado en todo caso, que no se guarda, con independencia de otros efectos del valor del sello del tiempo y su conexión con el artículo 41 del Reglamento ya citado 910/2014.

El Art 3 del REI define el sello de tiempo electrónico como los datos en formato electrónico que vinculan otros datos en formato electrónico con un instante concreto, aportando la prueba de que estos últimos datos existían en ese instante.

La sección Sexta de manera novedosa, en cuanto a regularlo, contempla los Artículos 41 y 42 lo que denominamos el sello de tiempo electrónico, estableciendo los efectos jurídicos de los mismos en manera similar al Artículo 25 cuando hablamos de los efectos jurídicos de las firmas electrónicas, en el Artículo 41, y en el Artículo 42 los requisitos de los sellos cualificados de tiempo electrónico, especialmente en este caso deberá vincular la fecha y hora con los datos de forma que se elimine razonablemente la posibilidad de modificar los datos sin que se detecte, basándose en una fuente de información temporal vinculada al tiempo universal coordinado y haber sido firmada mediante una firma electrónica avanzada o sellada con un sello electrónico avanzado del prestador cualificado.

Por todo ello debe recapitarse seriamente y en profundidad, sobre lo que queremos importar, cuando lo que importamos es de peor calidad, y sobre todo cuan-

do lo importado es una invención de sistemas jurídicos como el norteamericano o anglosajón en general que no poseen el sistema jurídico español, romano-continental con la existencia de los fedatarios públicos, con el papel asignado por el Estado, y con el reconocimiento y eficacia de sus intervenciones, así como todo el sistema de responsabilidades civiles, penales y administrativas. Otra cuestión y eso es también tema de estudio y reflexión, es el adaptar la legislación sectorial sobre esta materia, aplicando las nuevas tecnologías.

En definitiva, también cuando hablábamos de la firma electrónica hace ya años, indicábamos que se trataba de un instrumento técnico al servicio de los ciudadanos, de la sociedad, del Sistema Jurídico, de un mejor desarrollo de la función notarial, pero nunca al revés. Éste es el mismo planteamiento que tenemos que hacernos con respecto a la cadena de bloques, que como instrumento técnico puede ser utilizado, aplicado y desarrollado en beneficio de todos aquellos agentes que hemos indicado anteriormente, pero que no pueden sustituir funciones públicas, como nos ocurría con la firma electrónica, de la que por cierto, la profesión notarial fue muy avanzada en su momento, con la aparición de la Ley 24/2001, aparición que no lo había sido en ningún país del mundo y que ha tenido un desarrollo esencial, y esto creo que es de justicia indicarlo.

Por lo tanto, las cadenas de bloques no son ni buenas ni malas en sí mismas, como tampoco lo era la firma electrónica, lo que sí habrá que fijar para qué sirven, cuál es su alcance y no querer que éstas sustituyan actuaciones que implican controles realizados por determinadas personas en las que el Estado delega el ejercicio de la función pública.

Por ello nuestra actitud es positiva como ya lo fue en la firma electrónica, que por cierto el fundamento de la

cadena de bloques se basa también en la utilización de las claves privadas y públicas.

Al hilo de estas reflexiones alguien ha hecho referencia a la cadena de bloques privadas como un medio de superar un aspecto que caracteriza a las públicas que es su opacidad en cuanto a los intervinientes en la misma. No obstante, se ha dicho que si se convierten en privadas perderían una de sus características más importantes.

Por ello a la hora de hablar de cadena de bloques o blockchain privadas, entre por ejemplo los tres mil notarios, se ha dicho que surtiría el mismo efecto, y quizás fuera más eficaz un archivo centralizado. Más aún, se ha dicho que se están buscando a toda costa aplicaciones para estas cadenas de bloques en la función notarial, porque está de moda.

El documento habla de los medios de pago, también si empleamos dinero electrónico o criptomonedas como Bitcoin o el empleo del registro de documentos en la cadena de bloques, documentos electrónicos cuya copia custodia el notario, como los archivos o el depósito de archivos digitales.

En el documento se dice que quizás esta cadena de bloques tenga mayor aplicación en el momento posterior al otorgamiento, como la circulación de copias electrónicas cuya “inalterabilidad e integridad estén basadas en la existencia de una cadena de bloques notarial privada que incluso podría ser Supranacional y Europea”

El documento en este apartado, también analiza a continuación la cadena de bloques y los registros de bienes, en definitiva de trasladar los Registros de la Propiedad a un sistema basado en la cadena de bloques y ello por “motivos económicos, de lucha contra el fraude y de seguridad en el título”.

Ya se indicó, por Carmelo Llopis, la posibilidad de utilizar un blockchain notarial como medio de validación

de copias autorizadas electrónicas, incluso el propio autor González Granado dice que lo ha autorizado como sello de tiempo en un pen drive entregado al cliente como copia de un depósito de un archivo digital, habiendo también proyectos en Suecia y en Honduras de aplicar esta tecnología a los Registros de la Propiedad. Retomando otra vez el carácter de la cadena de bloques y sus efectos también hay que analizar cuál es el sentido de hablar de esta cadena de bloques, del Bitcoin y de sus consecuencias jurídicas y sobretodo en la aplicación de determinadas profesiones.

Como también indicamos el Bitcoin o mejor dicho la transmisión del Bitcoin se realizó a través de estas cadenas de bloques, aunque después se vio que podía tener nuevas aplicaciones como indicábamos en el documento presentado en la conferencia de Notarios de la Unión Europea en Santiago de Compostela, en diciembre del pasado año, podía tener otras aplicaciones añadiendo a la transacción una referencia a un archivo informático, incluso cualquier texto, contrato o declaración de voluntad que incluya un contrato o declaración de voluntad que al quedar incorporada a la cadena de bloques, como indica Llopis, queda fijado en el documento un sello electrónico donde consta la existencia y configuración del mismo en la fecha exacta en que se incorporó a la cadena de bloques.

Pero ello no determina que este instrumento técnico, que sirve para lo que sirve, no añada nada a la configuración de un documento. Este será público o privado, según reúna los requisitos establecidos en las leyes. Será público si está autorizado por un funcionario público, que lo autoriza con las solemnidades fijadas en la ley y será privado en otro caso. Será notarial si se ha autorizado por notario. Igual que

cuando hablábamos de la firma electrónica, y de los documentos electrónicos, decíamos que lo importante no es el soporte electrónico o papel. Lo importante es el contenido, no el continente.

Igual ocurre en la cadena de bloques, garantizan técnicamente lo que garantizan, la existencia en un momento determinado de un archivo, por ejemplo, en un tiempo determinado, en un momento y una hora, y que además no ha sido alterado. Eso es y punto.

El blockchain, no identifica a las partes en un negocio jurídico, ni establece el juicio de capacidad y legitimación, ni realiza el control de legalidad material y formal del documento, no asesora a las partes, ni plasma la voluntad adecuada a los fines lícitos que las partes quieren. Eso es función notarial, con blockchain o sin él. Con firma electrónica o sin ella.

Una frase que me parece muy acertada del compañero Carmelo Llopis, se resume en lo siguiente: “dicho de otro modo con este medio técnico podemos asegurar registro, trazabilidad o conocimiento relativamente notorio, pero no podemos presuponer que lo que se registra, traza o es relativamente notorio sea veraz, legal y válido”.

El notariado francés está trabajando sobre las posibles aplicaciones de la cadena de bloques en la función notarial. En este sentido está realizando un proyecto que permite el seguimiento de la expedición de copias ejecutivas en un blockchain, pero también de copias auténticas y de los títulos ejecutivos europeos.

Se indica por el notariado francés que hoy en día la gestión en papel de la copia ejecutiva produce numerosas dificultades, fundamentalmente las relativas a la trazabilidad de los cambios o intercambios entre notarios y bancos en el sentido de la obligación para los notarios de guardar esa trazabilidad de los envíos, la carga de

trabajo importante para los bancos en relación al archivo de las copias ejecutivas que son a menudo expedidas por los notarios en el momento de la redacción del acto y por último para el supuesto de que una copia ejecutiva se ha perdido, el procedimiento para pedir una segunda copia debe ser solicitado ante un juez. Estos son los problemas que plantea según este informe la gestión en papel de las copias ejecutivas.

El procedimiento indicado en este prototipo determina que el notario redacta la copia ejecutiva y la registra en formato electrónico con su firma electrónica. A continuación, la copia ejecutiva es transferida del notario al banco, y la huella del documento se inserta en el blockchain con las informaciones relativas al emisor, el destinatario y el time stamping de la operación de transferencia. A continuación, el banco recibe la copia ejecutiva y el acuse de recibo también se inserta en el blockchain. De esta manera la banca puede verificar a través de una aplicación que pregunta al blockchain, lo relativo a que esa copia ejecutiva recibida ha sido efectivamente creada por un notario en un momento dado y que es la única.

Así mismo el notario podrá en todo momento verificar y demostrar gracias a esa misma aplicación que la copia ejecutiva ha sido bien expedida a la banca. Estas mismas operaciones pueden ser efectuadas entre los bancos y los secretarios de justicia.

IV.- LA MATRIZ ELECTRÓNICA. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA. POSIBLES SOLUCIONES DE FUTURO

Se está planteando en estos momentos la cuestión de posibilitar, desde el punto de vista práctico, en nuestro sistema la configuración del documento electrónico matriz como principio general para todos los instrumentos

públicos y en todas las circunstancias, saltando así de la copia electrónica en España, actualmente en funcionamiento, a la matriz electrónica.

La cuestión de la matriz electrónica, esta permitida por la Ley 24/2001 del 27 de diciembre, Ley esencial en esta materia de la función notarial y las nuevas tecnologías, en su Art. 17 bis de la Ley del Notariado.

Análisis de la cuestión

A los efectos de profundizar en el documento público electrónico, y muy especialmente en el notarial, hacemos las siguientes consideraciones:

El artículo 17 bis de la Ley del Notariado contempla la posibilidad del Instrumento Público Electrónico en su consideración de matriz u original y, así mismo, establece una serie de principios básicos para todo tipo de Instrumento Público y también la Ley 24/2.001, **reorientó la aplicabilidad del Artículo 17 bis a las copias electrónicas hasta que los avances tecnológicos determinaran otra circunstancia.**

Por lo que interesa en este momento el Art. 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 indispensables 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 a 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 principio de intermediación o inmediatez entre el notario y la parte o las partes determina la necesidad fundamental de la presencia física del notario con las partes, 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. Circunstancia esta que ocurre en los Notariados del Sistema Latino-Romano-Continental, con independencia del soporte.

Esto siempre lo he defendido, a pesar de que algunos acontecimientos de orden legislativo, y otros derivados de la pandemia, a los que luego haré referencia con más profundidad, en el siguiente apartado de este trabajo, han hecho que sea necesario reflexionar sobre esta cuestión, como luego veremos, y adaptarnos a las nuevas circunstancias, no por gusto, sino por necesidad, aunque seguimos pensando igual.

En este sentido el maestro Rodríguez Adrados³, analiza el Art. 17 bis indica que “la norma esta redactada pensando en las escrituras públicas, en el genero superior han de concurrir los máximos requisitos; pero al recordarlos disponen, quizás con demasiado rigor, que se consignen en el mismo texto documental... 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, al tiempo que se olvida del primero y principal requisito, la presencia de los otorgantes ante el Notario que no puede suplirse con una comparecencia virtual o mediante videoconferencia...”.

Por ello aun creyendo perfectamente en la conceptualización del documento público electrónico, y en lo que nos interesa específicamente del documento electrónico notarial debemos acudir con prudencia y sobre todo ver si los cambios que se predicen por algunos sectores benefician a la seguridad jurídica, y sobre todo a la autentica plasmación del principio de autonomía de la voluntad.

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

En este sentido el artículo 35 de la Ley del Notario de Quebec dispone.... “Los documentos Notariales matri-

3. Rodríguez Adrados, Antonio, “ Firma electrónica y documento electrónico”. Escritura pública. Ensayos de actualidad. Colegios Notariales de España. 2004., pag 120.

4. Talpis Jeffrey A., “ El documento notarial electrónico en los Estados miembros de la Unión Internacional del Notariado(UINL). Estado de la cuestión (1).Revista Jurídica del Notariado, julio –septiembre 2010, n° 75, pag 597.

ces deben ser autorizados y conservados sobre cualquier soporte que permita asegurar la integridad...”⁴

En Francia el artículo 1317 del Código Civil prevé: “el documento autentico es el realizado por oficial público con derecho a autorizarlo en el lugar donde a sido redactado y con las solemnidades requeridas. Puede ser redactado sobre soporte electrónico si esta autorizado y conservado en las condiciones fijadas por decreto del consejo de estado”.

En Bélgica, se prevé que el artículo 18 de la Ley 16 de marzo de 1803, se sustituya por la disposición siguiente: “El documento Notarial puede ser extendido sobre soporte papel o bajo forma desmaterializada”.

Desde el punto de vista internacional, en los congresos internacionales, se ha tratado este tema en profundidad, y a los solos efectos de poner algunos ejemplos sobre esta cuestión, reseño, algunos de los mismos, entre otros.

Así en la Unión Internacional (UINL), 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 los días 18, 19 y 20 de octubre de 2004 indicaban:

Hace votos

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.

Así mismo las Recomendaciones aprobadas por la Asamblea General de la Unión Internacional del Notariado -UINL- en Budapest el 10 de octubre de 2014.

V. LA ESCRITURA PÚBLICA ELECTRÓNICA

Considerando que en cuanto al soporte material o inmaterial de la matriz o escritura pública originaria caben diversas opciones:

- *la matriz de la escritura debe otorgarse y autorizarse siempre en soporte papel y en presencia del notario*
- *la matriz de la escritura puede otorgarse en soporte papel o en soporte electrónico, firmando los otorgantes en una tablilla electrónica en presencia del notario*
- *la matriz electrónica puede redactarse en soporte electrónico firmando los otorgantes a distancia mediante firma electrónica reconocida.*

Considerando que, por el contrario, una firma electrónica de los otorgantes puesta a distancia y sin presencia del notario en inmediación de lugar y tiempo (aunque después el notario tenga cierta intervención) no facilita la correcta identificación, ni la información del consentimiento, ni garantiza que quien utiliza el dispositivo de firma sea su titular y no otra persona distinta que se ha

apoderado del dispositivo, con la consecuencia de que se rompe la llamada “cadena de autenticidad”.

De la misma manera en el Congreso de París, y en otros posteriores se han tratado estas interrogantes que giran en torno a los mismos temas, y que son esenciales en el tratamiento de las nuevas tecnologías y la función notarial.

Una de las cuestiones fundamentales en el documento público electrónico, y muy específicamente en el notarial, es que con independencia de que se utilice el documento notarial electrónico en su consideración de matriz u original, no puede en ningún caso variar los principios esenciales de la función notarial, sobre todo los referentes a esa plasmación del principio de autonomía de voluntad negocial que el notario conforma, adecua a la legalidad y realiza un asesoramiento e información a las partes sobre el mismo.

Por ello somos insistentes en ese aspecto. En este sentido el propio autor Talpis⁵ indica que “la autorización por un notario de un documento notarial requiere la presencia de las partes... y notario durante toda las etapas del otorgamiento del mismo... La comprobación de la identidad de las partes, el control de la capacidad y de la legitimación para obrar, la explicación o la lectura del documento que va a ser firmado, la recepción de las declaraciones en cuanto a la comprensión de los derechos y obligaciones de las partes, el consentimiento de estas últimas y la firma... La presencia física de las partes ante el notario es indispensable a fin de permitir al notario juzgar la existencia y la claridad del consen-

5. Talpis Jeffrey A., “ El documento notarial electrónico en los Estados miembros de la Unión Internacional del Notariado(UINL). Estado de la cuestión(1).Revista Jurídica del Notariado, julio –septiembre 2010, nº 75, pags 601 y ss ...

Lex

timiento. En efecto, la aptitud, el comportamiento e incluso los momentos de silencio y las expresiones físicas son todos ellos indicios de la disposición de las partes y por encima de ello de su aceptación incondicional del documento proyectado. Tal verificación es esencial en la autorización del documento notarial, (Se puede incluso hacer una analogía con la obligación de una mujer musulmana de levantar su burka en un proceso a fin de que el juez y el jurado puedan apreciar sus expresiones; véase la sentencia del tribunal de Sydney, Australia del 19 de Agosto de 2.010). Así, si hubiese en un Estado una ley que permitiese la firma de las partes sin la presencia del notario, el documento notarial electrónico definido de tal modo... No sería un documento público, al menos no según el sentido generalmente aceptado de “documento público”.

Sigue indicando Talpis que “La presencia de las partes ante el notario tiene otras muchas ventajas; hay que evitar la situación en la que las partes no se reúnan... La presencia ante el notario permite a menudo a las partes resolver los problemas... El notario, funcionario público y consejero jurídico no deberían parecer un buzón ni un depósito de firmas”.

Vuelvo a indicar que estos principios que aquí recojo de este notario de Canadá siguen vigentes para mí a pesar del cambio que se ha operado en este tema, y que vuelvo a repetir analizo en el apartado siguiente de este trabajo. Por cierto, reseño, los comentarios que entonces realizaba éste notario de Canadá, y que he plasmado en muchas ocasiones, para mostrar que esos comentarios no se realizaban por un notariado, más tradicional o conservador, sino por uno bastante moderno.

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, que pasara con los sistemas de soporte utilizados inicialmente y, sobre todo, el problema del almacenamiento de los documentos electrónicos.

Como indica Talpis⁶, el como almacenar las matrices de los documentos notariales electrónicos, y en este sentido 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 ciertamente un cambio esencial en el sistema.

Cuando indicamos anteriormente la posible existencia en la práctica del documento electrónico notarial en matriz, y que este no desvirtúa la recepción de las declara-

6. Talpis Jeffrey A., “ El documento notarial electrónico en los Estados miembros de la Unión Internacional del Notariado(UINL). Estado de la cuestión(1).Revista Jurídica del Notariado, julio –septiembre 2010, nº 75, pag 610.

Lex

ciones de voluntad a través del principio de autonomía de voluntad de las partes, en Francia se ha iniciado el lanzamiento de la primera escritura pública electrónica el 28 de Octubre de 2008.

En este sentido ya tuvimos en cuenta la legislación Francesa en este punto, desde la Ley del 13 de marzo de 2000 que modificó los artículos 1316 y siguientes del Código Civil, el Decreto de 10 de Agosto de 2005 que precisa las condiciones de recepción de la escritura pública o del documento público en soporte electrónico. Por otro lado el 20 de Agosto de 2007 el Consejo superior del Notariado Francés se convierte oficialmente en autoridad de certificación y el 12 de Septiembre de 2007 la firma electrónica segura es certificada por la dirección central de la seguridad de los sistemas de información, servicio que esta situado bajo la autoridad del primer ministro. En este proceso aparte de la firma electrónica segura notarial, existe también el denominado “Minutier Central électronique”(Micen) que en definitiva es el lugar donde se conservaran los documentos electrónicos notariales, siendo que el Estado francés ha pedido al Consejo Superior del Notariado, asegurar la conservación centralizada a nivel nacional del conjunto de los documentos desmaterializados.

Es necesario distinguir la conservación, el archivo, de la lectura. En este sentido el Micen asegurará, según se nos dice por parte del Notariado Francés, la conservación de los actos que serán depositados en la ciudad de Venelles por los tiempos determinado en los textos y confiando esta misión a los notarios.

El ejemplo de una escritura pública electrónica firmada en Francia consta de la elaboración del documento sobre su procesador de textos con el escaneo de los documentos anexos y se configura un documento único no modificable.

Posteriormente, por ejemplo, el vendedor y el comprador se encuentran en la oficina notarial en presencia del notario el día de la firma, y el documento es presentado en una pantalla electrónica. Más tarde las partes firman sobre una especie de pizarra táctil o sobre el tablet PC puesto a su disposición y sus firmas son instantáneamente numerizadas e integradas en el acto. Luego, se produce la firma electrónica del notario y la escritura firmada es automáticamente transferida a través de la red segura hacia el archivo privado de la oficina notarial; en el Micen la oficina recibe un acuse de recepción del Micen que confirma haber recibido y archivado la escritura en su base de datos.

Este proceso no cabe duda que es un avance, pero en nuestra opinión es un híbrido, aquí no hay firmas electrónicas cualificadas, que considero que debe también serlo para los intervinientes, ya que es la única que tiene la equivalencia funcional, determinada en el RIE, art 25. Lo que ocurre, y esto es importante, se efectúa delante del notario. La novedad es también el archivo de esas escrituras en un Protocolo Central, su conservación, su lectura, su consulta, y la expedición de copias.

En el Notariado Holandés, se trabaja con el sistema Kikakte. Austria también tiene matrices electrónicas.

Cabe indicar que en la actualidad en el Notariado Italiano es obligatorio el soporte electrónico, en los documentos notariales, para los negocios en los que intervenga el Estado o las Administraciones Públicas en general. En los demás casos es potestativo. En cuanto al testamento siempre debe ser en soporte papel. En lo relativo al procedimiento de la puesta en práctica de este mecanismo, en soporte electrónico, nos remitimos a lo que hemos indicado, que ocurre en el Notariado Francés, y que ocurre con la matriz electrónica una vez que se autoriza.

En cuanto a otros Notariados, que ya han empezado con la matriz electrónica en distintas modalidades se encuentran, **entre otros Estonia**, que como luego veremos, ha también avanzado en el campo de la autorización a distancia de escrituras públicas, con las consecuencias que de ello se derivan y que trataremos más adelante.

En cuanto al sistema francés e Italiano, como ya dije son un híbrido, ya que en mi opinión no hay un auténtico documento electrónico matriz en el sentido auténtico, con una firma electrónica. No olvidemos que la firma electrónica que tiene equivalencia con la manuscrita es la firma electrónica reconocida (Vid, **art 25 del Reglamento^o 910/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de julio de 2014, en adelante RIE**), y la que se plasma en la tablet, yo no sé como denominarla. Por ello no considero un auténtico documento electrónico notarial matriz. Es un documento electrónico en la definición vulgar que dá la Ley 11/2007, del 22 de junio de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos, pero no en el sistema documental, que nosotros concebimos.

Con el sistema propuesto, y dejando a salvo las objeciones antes realizadas, existen en mi opinion en estos momentos problemas, como la conservación del documento, su traslado, la dificultad de distinguir entre copia y original, o segundas copias. El control del Protocolo, y quien expide las copias.

En el sistema Francés e Italiano, todo se ha centralizado, con el “Minutier Central électronique” (Micen), a modo de archivo general donde se expiden las copias, y ya no es el archivo del notario.

Todo cambio y, más en esta materia, requiere un estudio sosegado, dejando de lado lo que aparentemente es muy atrayente, pero que puede traer consecuencias muy difíciles de parar.

Por ello habría que ver cada uno de los supuestos concretos y analizarlos, como en la revisión y perfeccionamiento de algunas de nuestras actuaciones en relación a las nuevas tecnologías, y abrir algún camino, pero en este momento político considero que no es conveniente ni necesario el cambiar el sistema de manera global, tal y como está, sin perjuicio de poder hacer mejoras e incluso ver algunas vías para algunas cuestiones concretas, objeto de modificación.

Teniendo en cuenta lo anteriormente indicado, podríamos plantear supuestos de adecuación y de actualización en el sentido de mantener por razones de autenticidad, conservación y perdurabilidad de la matriz el soporte papel, pero quizás podrían desarrollarse mecanismos de actuación sobre las copias autorizadas electrónicas.

Bien es cierto, que en aquellos casos en que sea imperativo, o se permita la autorización, a distancia o virtual, el soporte será electrónico, como luego veremos, y habrá que buscar una solución para esos supuestos especiales. En este sentido en Estonia, como se ha indicado⁷, la conservación del instrumento electrónico original se realiza en un archivo notarial digital, y además se procede a la custodia de una copia certificada en papel.

En mi opinión, y la solución más adecuada teniendo en cuenta, la defensa que he hecho del soporte papel, sería que este soporte sea la base del protocolo. Para aquellos supuestos, en que se tenga que autorizar en soporte electrónico, en los casos que luego veremos en el apartado siguiente de este trabajo, se archivará ese soporte electrónico, en un archivo especial, y con la mayor seguridad, en donde estarán entre otros, los metadatos,

7. Vid sobre la intervención a distancia, Calvo Vidal, Isidoro Antonio, "Digitalización de la función notarial e intervención a distancia", Wolters Kluwer, Madrid 2020.

Luego se hará una réplica el soporte papel, que se incorpora al protocolo ordinario, con el número que le corresponda en ese protocolo ordinario en soporte papel. De esa manera compaginamos ambos soportes. Todo ello teniendo en cuenta, que la mayoría de los documentos notariales se formalicen en soporte papel, que es lo que yo defiendo desde hace tiempo, y por el momento.

De otro lado, en cuanto al protocolo, que está en soporte papel, y que en mi opinión debe ser la mayoría, se puede crear o generar un **soporte informático** con el carácter de copia autorizada electrónica en la que estén reflejadas todas las copias en soporte electrónico de las matrices correspondientes, y en ese soporte electrónico queda constancia de todos los documentos unidos en la matriz en soporte papel, podríamos hablar de un reflejo del protocolo matriz sobre el que se puede actuar con más rapidez y preservando el soporte matriz.

También no cabe la menor duda que los códigos seguros de verificación CSV pueden tener un papel importante en algunos supuestos como lo tienen ya en los poderes a pleitos donde se generan automáticamente y pueden ser consultados por el procurador, por el juez o por el letrado de Administración de Justicia. Este mecanismo se podría ampliar a otros documentos, a los efectos de poder comprobar sobre esa copia electrónica, el documento.

Otras posibilidades es el poder entregar a los interesados el CSV, junto con una copia en soporte papel, con las nuevas modificaciones, sobre todo por la Directiva de la Unión Europea, Directiva 2019/1151 del Parlamento Europeo y del Consejo del 20 de junio de 2019, a la que luego haremos referencia, será necesario modificar la legislación española, en el sentido de poder entregar copias autorizadas electrónicas de los documentos otorgados por ellos en CSV, y así quitar la restricción

existente en este momento en la legislación Española de sólo poder enviar esas copias electrónicas, a otros notarios, o registradores, o autoridades.

VI.- LA PRESENCIA FÍSICA DEL NOTARIO CON LOS OTORGANTES. POSIBLES EXCEPCIONES

Desde que aparecieron las nuevas tecnologías siempre defendí, que con independencia de la utilización de éstas, la presencia física del notario con las partes era imprescindible. Un notario en Sevilla con su ordenador y el vendedor, y un notario en Madrid con el comprador y otro ordenador.

Entendíamos todos, la presencia física como la del notario con los otorgantes telemáticamente. Ahora parece que los tiempos han cambiado y que es necesario, rizar el rizo, y sacar nuevos argumentos, de donde dije digo, ahora digo diego. Ahora se habla de presencia física mediata o virtual, para distinguirla de la inmediata, que era la de toda la vida. Por ello, y a los efectos de evitar eufemismos, yo hablaré de presencia física, o no presencia física o, en todo caso, autorización a distancia, etc.

Se ha querido decir también que el art 17 bis de la Ley del Notariado Español, daba vía a la no presencia física, en el sentido que entendemos todos, pero yo no comparto en absoluto este planteamiento y así lo escribí en su momento, hace más de 20 años, y entonces ya había videoconferencias y sistemas de audio. Confieso que participé de manera activa en aquella reforma de la ley 24/2001 del 27 de diciembre, aunque vistas las circunstancias actuales, deberíamos haberlo dejado más claro, como ya indicó el maestro Rodríguez Adrados, al que hemos hecho referencia líneas arriba.

Los factores que han desencadenado este fenómeno son varios:

Uno es contundente, para la Unión Europea. La Directiva 2019/1151 del Parlamento Europeo y del Consejo del 20 de junio de 2019, por la que se modifica la Directiva 2017/1132 en lo que respecta a la utilización de herramientas y procesos digitales, en el ámbito del Derecho de Sociedades, ha exigido que los Estados miembros permitan posibilitar, la constitución íntegramente y completa on line de determinadas sociedades mercantiles, y esto es un imperativo, que obliga a todos los países miembros a trasponer la Directiva, como no puede ser de otra manera con ese imperativo legal. En definitiva, se impone a los Estados miembros, la obligación de posibilitar la constitución de sociedades íntegramente en línea por parte de solicitantes que sean ciudadanos de la Unión Europea, tanto si son nacionales como transfronterizos.

Por supuesto que se pueden seguir constituyendo en cada Estado, con la presencia física del notario con los otorgantes. Lo que la Directiva prohíbe, es que los Estados no posibilitaran o permitieran la constitución íntegra o completa de esa constitución on line.

Se tiene que transponer la misma, y en principio el 1 de agosto de 2021, debería estar transpuesta, salvo que los Estados pidan una prórroga de un año más, cosa que no ha hecho España, cuestión esta que me parece increíble, ya que es bueno tener tiempo y sosiego para adaptarse a las nuevas circunstancias.

Una vez que esto es así, debemos acoplarnos, aunque no nos guste nada, y ver como resolvemos esta cuestión de la mejor manera posible, pero siempre intentando mantener al máximo, nuestros principios esenciales en nuestra función notarial.

Además en mi opinión, debería transponerse en los términos más estrictos posibles, en cuanto a que la aplicación lo sea al menor número de sociedades, teniendo en cuenta nuestro sistema jurídico Romano-Germánico-Continental, y por ende nuestra función notarial.

En la citada Directiva en el Considerando 10, obliga a los Estados miembros a posibilitar la constitución on line en todo el proceso, de sociedades mercantiles, y ello en conexión con el Considerando número 15.

El 19 hace referencia al respeto a la función de los notarios en aquellos países donde estos intervengan en el proceso de constitución.

El Considerando 20, indica los controles que se deben imponer por los Estados, para el control del fraude y la piratería, de la identidad de los socios, de la capacidad jurídica y de obrar, así como el control de legalidad que se exija en cada Estado, además con la participación de notarios y abogados, cuando así se determine por la normativa de cada uno de los Estados miembros.

El Considerando 21 enumera el concepto de interés público para garantizar la identidad, la capacidad jurídica y el poder de representación. Pudiendo exigirse la presencia física del socio, cuando no se puedan garantizar esas circunstancias.

El Considerando 22, prevé que los Estados miembros establezcan controles para poder determinar la identidad, la capacidad jurídica y el control de legalidad, y pudiendo utilizar medios técnicos supletorios, la videoconferencia, y la conexión de audio en tiempo real.

El Art 13 Tier.4, determina la posibilidad de exigir la presencia física, cuando surjan sospechas de alteración de la identidad. El Art 13 octies 1, determina que puede existir la posibilidad del otorgamiento de la escritura on line, y en el número 3, establece que los Estados dispon-

Lex

drán normas para garantizar la capacidad jurídica, y el poder para representar a la sociedad, la comprobación de los medios de identificación, los requisitos para comprobar la legalidad del objeto, la de la denominación, el nombramiento de administradores etc.

El art 13 octies,⁷ habla en principio de 5 días laborales para todo el proceso de constitución, cuando una sociedad se constituya exclusivamente por personas físicas, que utilicen los modelos previstos en el artículo 13 nonies, o diez días laborales en los demás casos, siempre contados a partir de que el notario disponga de toda la documentación para autorizar la constitución, y en el apartado 8 establece que por razón de interés público se podrá exigir la presencia física del socio, cuando haya dudas sobre la capacidad jurídica, el poder de los representantes etc.

La Directiva prevé que la misma pueda ser aplicada, a diversos tipos societarios, según cada Estado decida, al menos en nuestro caso de España, tienen que aplicarse al menos a las Sociedades de Responsabilidad Limitada. En mi opinión, España debería sólo aplicar la constitución on line completa a estas sociedades limitadas, aprovechando que la Directiva, deja libertad a los Estados para aplicarlas o no a otro tipo de sociedades. En este sentido el AnexoII bis de la citada Directiva.

Otra cuestión es que la Directiva permite no aplicar la misma, si así lo decide cada Estado, cuando se trate de aportaciones no dinerarias o en especie para el capital social en la constitución, y deja a los Estados miembros libertad, para en sus leyes de transposición, el poder excluir las aportaciones en especie o no dinerarias. Este punto me parece muy importante, ya que otro tipo de aportaciones requieren más controles inmediatos y directos.

Como no podía ser de otra manera, se permite la libertad de los Estados, para seguir con la intervención de

Notarios y otros abogados en la constitución de sociedades, según se prevea en la legislación de cada Estado. Esperamos que haya cordura y prime la seguridad jurídica en todos sus aspectos, en las leyes de transposición. Por otra parte, la Directiva, no podía haber modificado nada al respecto en ningún caso, ya que la materia de la función notarial está reservada exclusivamente a los Estados y no hay armonización en esa materia.

Otro factor en este cambio de rumbo lo ha sido la pandemia, que ha determinado el replanteamiento del llamado tele trabajo en muchas profesiones y ocupaciones. Ello ha acelerado esta moda y se ha querido extenderla a la función notarial.

Y también como no, la presión de los grandes operadores que intervienen en el mundo financiero, entre otros, la Banca que ha visto en esta situación tan excepcional una manera de poder evitar de nuevo el control notarial en las operaciones financieras, sustituyendo al notario por sus propios medios humanos y así, aprovechando esa circunstancia tan excepcional, hacer como regla normal, la desregulación en la actividad mercantil, en cuanto a lo de la seguridad jurídica preventiva se refiere. Por todo ello, es necesario ser prudentes y no caer en la tentación de adelantarnos a todos pero sin saber con qué rumbo, ya que si bien es cierto que es bueno adelantarse a los acontecimientos, no lo es menos que deben guardarse los principios básicos, en el caso del que hablamos, es en nuestra función notarial.

Supuestos, que podrían plantearse de aplicación de la no presencia física del notario con los otorgantes.

Además de lo ya indicado en materia de sociedades, y teniendo en cuenta lo que indiqué anteriormente, y además teniendo en cuenta el caso español, que nos condiciona, habría que indicar lo siguiente:

La ley Española 3/2020 del 18 de septiembre, en la Disposición final décimo primera, se habilita al Gobierno, para que en el plazo máximo de nueve meses se legisle, a los fines de habilitar la intervención telemática notarial y registral con el objeto de facilitar la prestación de los servicios notariales y registrales, sin necesidad de presencia física.

Este mandato del legislador impone realizar un estudio sosegado de la cuestión, ya que la función notarial puede resultar muy dañada si no se realiza con prudencia, eficacia y de manera, en mi opinión, más bien restrictiva. En cuanto a la función registral, la no presencia física no supone ciertamente ninguna novedad, sino más bien al contrario, lo habitual en el ejercicio de la misma, es la no presencia del registrador.

Por todo ello y teniendo en cuenta además lo que dijimos para el tema de sociedades, ya indicado y provocado por la citada Directiva, yo realizaría en base a ese mandato legislativo, su aplicación a partir de los siguientes esquemas, premisas, y condicionamientos:

Primero

Enumerar específica y perfectamente, que autorizaciones notariales o intervenciones, puedan ser objeto de esa no presencia física del notario con los otorgantes. Y solo esos supuestos serán los permitidos para esa alternativa y solo en esos casos. En los no previstos el notario deberá actuar como siempre.

Segundo

Una vez fijados esos extremos, dejar claramente expuesto que son una alternativa, es decir que, aunque en esos supuestos excepcionales se permita la autorización a distancia, por supuesto, también se pueden autorizar,

como siempre con la presencia física del notario con los otorgantes.

En todo caso en esos supuestos, deben establecerse unos mecanismos de control y seguridad jurídica totales, a través de la sede electrónica notarial, en el caso del Notariado Español, y a través de la utilización de métodos y técnicas de videoconferencia en tiempo real, con las últimas novedades, que puedan garantizar plenamente el ejercicio de la función notarial y, en concreto, el control de legalidad que realiza el notario.

Como ha indicado el Consejo General del Notariado Español, la utilización como medio alternativo a la presencia física, del otorgante en la notaria de sistemas de videoconferencia, implementados en la sede electrónica notarial a la que pertenecen todos los notarios en su condición de funcionarios públicos, utilizando como sistemas de identificación los habituales previstos en la legislación notarial que, por citar un ejemplo, permiten que en el caso que se trate de españoles, se pueda consultar no sólo el índice único informatizado, sino la base de datos del Ministerio del Interior (base de datos de DNI).

En este punto, y ya lo desarrollaremos en otros trabajos, será muy importante como el notario realizará esa identificación del otorgante en la distancia. El juicio de identidad del notario, se conforma, por el procedimiento técnico utilizado para esa identificación, y luego por el juicio que hace el notario, y es éste último, el esencial, para determinar que el notario ha identificado al otorgante y, para ello, se ha servido de los medios que la ley le dota para alcanzar ese juicio de identidad que realiza el notario.

Solo cuando el notario emite su juicio de identidad, es cuando se ha realizado el proceso sobre ese aspecto, por muchos medios técnicos que se utilicen. Este punto es esencial, y hay que tenerlo muy en cuenta.

En mi opinión, si la comparecencia es virtual, el otorgante debe firmar con firma electrónica cualificada, que es la única que tiene equivalencia funcional con la manuscrita, como ya tantas veces hemos indicado, y lo corrobora entre otros el RIE en su Art 25.

Los medios de identificación pueden ser variados, entre otros, para los españoles residentes, el DNI electrónico, y es importante reseñar que es esencial que el notario compruebe fotografía y firma, que también lo puede hacer con el pasaporte español.

El problema será para los extranjeros que no tengan estos documentos, o que teniéndolos, no figure en ellos, por ejemplo la fotografía o la firma.

También habrá que acudir a la normativa notarial de cada país sobre los medios de identificación. En el caso de España, los arts 23 de la ley del Notariado, y 187 a 192 del Reglamento Notarial.

Por supuesto también a los medios de identificación electrónica previstos en el RIE.

Habrà que acudir a procedimientos, técnicos y documentales, en los que el notario con base en los mismos emita su juicio de identidad.

Tercero

Establecer claramente que el notario podrá, o no, utilizar esa presencia no física cuando él considere que se cumplen los presupuestos básicos de su función notarial, es decir cuando quedan totalmente garantizados, por una parte, la identificación de los otorgantes, el juicio de capacidad y legitimación, que el consentimiento haya sido libremente prestado, y que el otorgamiento se adecua al legalidad y a la voluntad informada de los otorgantes e intervinientes. Si el notario considera que ello no se cumple debe abstenerse de su autorización y así indi-

carlo, vuelvo a repetir en aquellos supuestos tasados, en que la ley permita la no presencia física.

Cuarto

Teniendo en cuenta lo anterior, se pueden establecer algunos principios que luego en el desarrollo normativo habrá que concretar. Podría pensarse en la posibilidad de esa autorización, en los llamados **actos unilaterales**, actos que no constituyan una contraposición de intereses o conflicto.

En materia mercantil en cuanto a los actos unilaterales, es cierto que una sociedad se puede constituir por varios socios, pero no cabe la menor duda que la Directiva ya estudiada, ha abierto la veda y de otra parte en materia mercantil, hay un mayor conocimiento de la materia y en la mayoría de los actos unilaterales aparece el administrador a los efectos de ejecutar o elevar a público, los acuerdos de la junta de socios o del órgano de administración.

En estos supuestos, yo lo restringiría a la Sociedades Limitadas y, por supuesto, excluiría como permite la Directiva, las aportaciones en especie o no dinerarias. En ambos casos, la Directiva, ya citada, permite que los Estados a la hora de hacer la transposición, puedan determinar estos dos parámetros, solo limitados en el caso de España, y no para las aportaciones en especie. **Algunos poderes, como los poderes especiales, poderes para actuar ante las Administraciones Públicas, los poderes a pleitos, las revocaciones de poderes, las cancelaciones de hipoteca, requerimientos para actas notariales.**

También testimonios de legitimación de firmas electrónicas cualificadas, y en soporte papel mediante videoconferencia.

La presencia virtual del notario en Juntas de Sociedades, cuando éstas se van a realizar íntegramente por medios telemáticos, para la autorización de actas de junta.

En este supuesto, el legislador ha ampliado la mano para esta posibilidad en la reforma que ha hecho de la ley de sociedades de capital, en los artículos 182 y 182 bis de la citada ley, en relación a la realización de determinadas Juntas, todas con carácter telemático y que antes eran para las Anónimas, y ahora el legislador lo ha previsto también para las limitadas. En este caso las Actas en que sea requerido el notario también serán virtuales. (Actas contempladas en el art 203 de la ley de sociedades de capital, Real Decreto Legislativo 1/2010, del 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la ley de sociedades de capital)

Así la ley Española de sociedades de capital, en la reforma operada por la ley 5/2021 del 12 de abril, por la que se modifica el texto refundido de la ley de sociedades de capital. De una parte por la reforma del Art 182, se amplía la posibilidad de asistencia telemática, no solo a las Anónimas, sino también a las Limitadas. Claro está los estatutos tienen que prever esta circunstancia.

Asimismo, y esto es también una total novedad, se introduce un nuevo artículo 182 bis titulado como “Junta exclusivamente telemática”. En este supuesto, también los estatutos podrán autorizar la convocatoria por parte de los administradores de Juntas para ser celebradas sin asistencia física de lo socios o sus representantes. Como cuestión muy importante se establece una mayoría reforzada, en el sentido, de que las modificaciones estatutarias para posibilitar las Juntas exclusivamente telemáticas, deberá ser aprobada por los socios que representen al menos dos tercios del capital presente o representado en la reunión”.

Esta es ciertamente la gran novedad que se introduce en la modificación de la ley. Pero además hay otra circunstancia, en el sentido que el número 7 del art 182 bis, establece que “las previsiones contenidas en este artículo serán igualmente aplicables a la sociedad de responsabilidad limitada”.

Incluso para los requerimientos de otras actas. No olvidemos que el Reglamento Notarial, ya permite en casos de urgencia, la posibilidad de que el notario sea requerido por teléfono o carta, y ello en conexión con los artículos 106 y siguientes de la Ley 24/ 2001 del 27 de diciembre.

En este sentido el art 205 del Reglamento Notarial, prevé estas posibilidades más especiales al establecer que “En caso de tratarse de requerimientos o notificaciones de carácter urgente, por referirse a plazos próximos a terminar, revocación de poderes u otros de carácter perentorio, el notario si fuera requerido por medio de carta cuya firma le sea conocida o aparezca legitimada, podrá prestar su intervención”. Con más razón, para esos requerimientos virtuales siempre, claro está, utilizando los procedimientos técnicos más fiables y avanzados.

Por el contrario y por exclusión, la no posibilidad de esa autorización a distancia, o sin presencia física, en los poderes preventivos o en los generales de personas físicas. Estos requieren una especial atención por parte del notario, en cuanto ya no sólo a la apreciación de la capacidad, que a través de la videoconferencia no se aprecia igual, sino sobre todo por el posible entorno en que esté el otorgante, en lo relativo a que el consentimiento ha sido prestado libremente. Imaginemos un poder preventivo de una persona que se encuentra en una residencia de ancianos.

También excluidos los relativos al derecho de familia y sucesiones. Esto está ya admitido en la ley de transposición de la ley de comercio electrónico española, en cuanto a los contratos excluidos, además de ser algo constante en las tendencias sobre esta materia, tanto nacional como internacional.

Por supuesto, **la exclusión también en todos los relativos a constitución, transmisión, modificación, etc., de derechos reales sobre bienes inmuebles. En principio sobre los muebles también, salvo lo que luego indicamos del dinero para las pólizas mercantiles.**

Es decir lo que no esté expresamente permitido no se podrá hacer, sin presencia física de los otorgantes, con el notario.

Otro apartado en que quizás se podría permitir, esa no presencia física del notario con los otorgantes o intervinientes, podría ser en materia de **pólizas mercantiles**, por las especiales características de las mismas.

Quinto

Es muy importante en estos supuestos de autorización a distancia del notario, establecer unas reglas muy claras **de competencia territorial**, si no el desbarajuste será total, y puede haber graves problemas de competencia desleal que deben ser eliminados de raíz.

No es de recibo que en presencia física para autorizar un poder, el notario no pueda salir de su distrito, ni autorizar en población donde haya demarcada otra notaría y en cambio en presencia virtual se pueda hacer sin ningún límite. Esto cambiaría, totalmente las reglas del juego, y ello no sería conveniente por el caos y desorden que se plantearía. Se establecería una doble distinción en cuanto a la competencia territorial, y ello crearía un caos, además de una gran inseguridad.

Por ello en esa norma que regulara estas actuaciones, habría que establecer claramente reglas de competencia territorial, en cada uno de los casos permitidos.

Por ejemplo, en las **cancelaciones de hipoteca** el notario competente podría ser el del domicilio del deudor o el del lugar de situación de la finca hipotecada. Yo me inclino por este último, ya que es mucho más objetivo y claro de determinar como punto de conexión.

Igualmente en los casos **de constitución de sociedades**, podría ser el domicilio social el punto de conexión para fijar la competencia territorial del notario. Vuelvo a repetir que yo limitaría la posibilidad de esa autorización a distancia, solo para las Limitadas, y por supuesto, a las aportaciones de capital no en especie, como ya hemos analizado anteriormente.

No olvidemos que una vez constituida la sociedad con el domicilio en España, si hay que autorizar algún acta de Junta, o realizar, algún requerimiento con presencia a distancia, pienso que por razones de competencia territorial, deberá realizarla el notario del lugar del domicilio. Otra cuestión, es en aquellos otorgamientos transfronterizos que permite la Directiva para la propia constitución on line de la sociedad se pretenda, además, que el notario traspase o actúe fuera, en actos posteriores a la propia constitución de sus propios límites de actuación. El notario está determinado por su competencia territorial y siempre, por supuesto, dentro de la jurisdicción nacional, y en nuestra exposición, con el Derecho Español. En este caso el notario no podrá hacerlo. Por ejemplo, una junta celebrada por los socios que residen en el extranjero y celebran una Junta allí, y el notario español sea requerido para acudir y hacer acto de presencia telemáticamente, y para autorizar el Acta de la Junta. Ello no sería posible en absoluto, con independencia

que el domicilio social estuviese en España, y aunque él hubiese autorizado la escritura de constitución on line.

Esto es fundamental en mi opinión, y debe actuarse desde el principio con claridad y sin dejar un resquicio en la materia, en la medida de lo posible.

Además, si que creo que pueden utilizarse en estos casos de no presencia física, algunos puntos de conexión con carácter alternativo, para algunos de los casos que hemos planteado.

Por lo tanto a modo de conclusión en este punto.

Lista tasada y cerrada, de los actos en que intervenga el notario, en los que pueda autorizar, intervenir o desarrollar su función sin la presencia física y, de otro lado, fijar una serie de puntos de conexión para determinar la competencia territorial en cada uno de los casos previstos o permitidos.

Con relación a el **Notariado Internacional de corte Latino Romano Germánico**, vamos a indicar someramente lo que ha pasado en el seno de algunos de los Notariados Europeos pertenecientes al CNUE.

Francia⁸ ha permitido estas autorizaciones e intervenciones notariales, sin presencia física, solo y exclusivamente con carácter transitorio, con ocasión del COVID, y con ocasión de la pandemia. Así el Decreto n° 2020-395, de 3 de abril, hasta que transcurra un mes desde el final del estado o periodo de emergencia sanitaria.

Otro País como **Austria**, también estableció esta posibilidad para la situación de la pandemia, y con carácter transitorio. Ello en virtud de la ley n°24/2020 por la que se adoptan medidas en múltiples ámbitos para la lucha contra el Covid-19, y cuya vigencia terminaba el 31 de

8. Vid, Calvo Vidal, Isidoro Antonio, ob, cit.

diciembre de 2020. Está claro que todo ello con las medidas de seguridad adecuadas, utilizando sistemas de comunicación electrónica bidireccional de imagen y de audio. Así mismo se tendrán muy en cuenta los procedimientos de identificación a través de procesos electrónicos.

Este procedimiento extraordinario, del otorgamiento por medios electrónicos, no se podía aplicar a las disposiciones de última voluntad, testamentos y pactos sucesorios.

El notariado con más amplitud en esta materia **ha sido el de Estonia**, que en un primer momento, lo permitió para la época de pandemia, y luego lo ha generalizado, pero siempre con carácter alternativo a la presencia física tradicional y, por supuesto, además el notario puede excusar su ministerio si considera que con la autorización a distancia no puede cumplir su función notarial.

No obstante lo anterior no se puede hacer la comparecencia virtual para los supuestos de celebración de matrimonios o divorcios.

Por otro lado los notariados pertenecientes al CNUE (Consejo Permanente de Notariados de la Unión Europea), está trabajando en estos temas de las nuevas tecnologías, en diversos campos, como el relativo a las Sociedades Mercantiles, los temas de identificación electrónica, videoconferencias, archivos electrónicos, firmas electrónicas, sistemas de administración notarial y sistemas de comunicación seguros, inteligencia artificial, subastas on line, etc.

Así, a modo de ejemplo, Austria con el sistema on line para la constitución de sociedades limitadas y, asimismo desde mediados de 2021, la identificación electrónica para cada ciudadano, con la utilización de un nuevo pasaporte. Alemania en el mismo sentido, en cuanto a la limitadas.

En Eslovenia por ejemplo, las Juntas Generales de las Sociedades Limitadas, por medios electrónicos, y el notario verifica la identidad de las personas que comparecen virtualmente y también al presidente, así como que en la Juntas Generales, pueden ser llevadas a cabo utilizando aplicaciones notariales con lo que se crea un espacio seguro para la identificación de los participantes, su composición, y con firmas electrónicas.

Aparte de lo ya indicado de España, en otros apartados de este trabajo, hacemos constar que la utilización de las nuevas tecnologías, se viene desarrollando ya desde la Ley 24/2001 de 27 de diciembre y en este sentido, el Notariado Español para el cumplimiento de su función pública dispone de un sistema telemático, integrado por un único sistema corporativo de comunicaciones, una plataforma telemática exclusiva y un mismo sistema de firma electrónica cualificada y avanzada, así como el sello de tiempo cualificado y avanzado, teniendo el Consejo General del Notariado sistemas homologados a nivel europeo de firma electrónica en la nube.

Como conclusión:

El notariado avanza, los notarios debemos adelantarnos a los cambios que se operan en la sociedad. Eso es cierto, pero no es menos cierto que debemos conservar nuestra esencia, saber cual es nuestro papel, lo que aportamos, que es entre otras cosas, la seguridad jurídica preventiva.

En este camino, en mi opinión todo se centra en el control de legalidad que realiza el notario y de ahí todo son ya derivaciones sobre un mismo tema. Si por querer adelantarnos perdemos nuestra esencia y lo que añadimos de valor añadido, al final seremos eliminados o postergados.

Análisis de la ley general para armonizar y homologar los registros inmobiliarios y de personas morales con los catastros

Lic. Miguel Ángel Gutiérrez Ysita

Ex presidente del Colegio de Notarios del Estado de México. Ex Director General del Instituto de la Función Registral del Estado de México.

C

omo es de todos conocido, el pasado día 30 de abril del presente año, la Cámara de Diputados Federal aprobó expedir la LEY GENERAL PARA ARMONIZAR Y HOMOLOGAR LOS REGISTROS PÚBLICOS INMOBILIARIOS Y DE PERSONAS MORALES CON LOS CATASTROS. El dictamen, avalado por el consenso, fue devuelto al Senado de la República; lugar donde sin duda será aprobada y, posteriormente, promulgada en el Diario Oficial de la Federación.

La importancia y trascendencia de esta Ley, nos obliga a poner especial atención a la obligación que, de la misma, se origina para implementar y administrar un Sistema de Gestión y de Información Registral y Catastral entre los tres órdenes de gobierno, acorde con lo dispuesto en la respectiva Ley y, conforme a los criterios determinados por el Consejo Nacional de Armonización

Regesta

y Homologación Registral y Catastral, encargado de emitir las normas y lineamientos para la armonización, homologación e interoperabilidad de la organización y el funcionamiento de los Registros Públicos Inmobiliarios y los Catastros, y su vinculación entre sí y con otros sistemas.

Con base en lo anterior, el Consejo Nacional de Armonización y Homologación Registral y Catastral deberá concentrarse en el diseño y desarrollo del concepto INTEROPERABILIDAD, que es la capacidad de los sistemas de información y la forma en que se llevan a cabo los procedimientos, de los cuales, se comparten datos y reutilizan la información que disponen en sus sistemas para alcanzar los objetivos comunes, con la posibilidad de intercambiar la información.

De ahí que, resulta valioso comprender que la INTEROPERABILIDAD SOFTWARE se usa para describir la capacidad técnica de distintos programas para intercambiar datos, a través de un conjunto común de formatos de intercambio, que permiten leer y escribir los mismos formatos de archivo y para usar los mismos protocolos.

Con sustento en lo anterior, la INTEROPERABILIDAD WEB es la encargada de producir páginas web, las cuales se pueden ver mediante navegadores web compatibles con varios sistemas operativos como Windows, Macintosh y Linux y dispositivos como computadoras personales, teléfonos móviles y tabletas basadas en los últimos estándares web.

Otro elemento importante es el diseño y desarrollo electrónico, digital o cibernético de la PÁGINA WEB, que es un documento o información electrónica capaz de contener textos, sonidos, videos, programas, enlaces, imágenes, hipervínculos y muchas cosas adaptadas para

la llamada World Wide Web (WWW), que puede ser accedida mediante un navegador web.

Por último, el NAVEGADOR WEB, es un programa que permite ver la información que contiene una página web. El navegador es el que interpreta el código en el que está escrita la página web y lo presenta en pantalla, permitiendo al usuario interactuar con su contenido y navegar.

El Estado de México, desde hace más de 14 años, avanzó obteniendo una gran parte en los objetivos que persigue esta Ley General, creando el INSTITUTO DE LA FUNCIÓN REGISTRAL DEL ESTADO DE MÉXICO, que tiene a su cargo la administración, organización y funcionamiento del Registro Público de la Propiedad, a través de sus oficinas registrales; aplicando una Ley Registral actualizada y su reglamento, que regulan el procedimiento y la materialización de los actos jurídicos en FOLIOS REALES ELECTRÓNICOS, utilizando un sistema digital que permite su vinculación con la actividad que realizan los notarios en general; provocando, en vía de consecuencia, diversas reformas al Título Octavo del Código Civil, Ley Orgánica de la Administración Pública, Código Financiero y Ley de Ingresos, ordenamientos, todos, del Estado de México. Complemento de lo anterior, se expidió y promulgó la LEY DE GOBIERNO DIGITAL DEL ESTADO DE MÉXICO Y MUNICIPIOS, que respalda la FIRMA y SELLO ELECTRÓNICOS del notario y de servidores públicos; con la posibilidad también del manejo del PROTOCOLO ELECTRÓNICO. Sin embargo, quedó estancada la vinculación y homologación de la información registral con la catastral, por no desarrollar la interoperabilidad y, por lo mismo, carecer de sistemas operativos compatibles, quedando en suspenso la homologación de la

Regesta

verdad jurídica que proporciona el Registro Público de la Propiedad, con la verdad física que se obtiene de los catastros municipales y estas, con sus variables producidas por los Sistemas de Información Territorial para la Planeación del Desarrollo Urbano, omitiéndose también el análisis y la conveniencia de crear y establecer la CLAVE ÚNICA DE REGISTRO INMOBILIARIO, para todo el territorio nacional, como herramienta tecnológica que sirva para identificar y localizar los inmuebles, en las diferentes entidades federativas.

Si me es permitido, como preámbulo de lo que expresaré en este ensayo, considero conveniente se deba consultar la Revista *Escriva*, publicada por el Colegio de Notarios del Estado de México, en la primavera del año 2014, en la que se encontrará un artículo con el concepto REGESTA, relativo a las BASES PARA LA LEY GENERAL QUE ARMONICE Y HOMOLOGUE LA ORGANIZACIÓN Y EL FUNCIONAMIENTO DE LOS REGISTROS PÚBLICOS INMOBILIARIOS Y LOS CATASTROS, elaborado por un servidor.

Esta LEY GENERAL, nos permite visualizar que no se trata solamente de armonizar y homologar la organización y el funcionamiento de los registros inmobiliarios y los catastros para vincular la información de unos con los otros y viceversa; sino que nos da la oportunidad de relacionar a la tierra como punto de partida y cimiento sólido para establecer un ordenamiento integral, enfocado a tener mayores elementos para diseñar y desarrollar sistemas operativos que ayuden a los tres niveles de gobiernos para localizar, identificar y controlar los tres tipos de propiedad contemplados por la Constitución Federal y, con esto, se tenga la herramienta para programar la correcta urbanización así como su desarrollo, como elemento indispensable para encausar

la inversión pública y privada. Con base en ello, imponer las modalidades (declaraciones de reserva, uso, destino y provisiones) que dicte el interés social, para detectar, con precisión, los asentamientos humanos regulares e irregulares para su actualización o regularización; previniendo la ocupación clandestina, analizando y corrigiendo las formas y procedimientos judiciales y administrativos para adquirir y transmitir la propiedad y la posesión de inmuebles; ampliando el padrón fiscal municipal, base de una mayor recaudación de impuestos y derechos municipales, estatales y federales, sin olvidarnos de los delitos tipificados por las leyes.

Ahora, creo conveniente hacer referencia, en forma global, a los temas relativos al marco jurídico, al Sistema de Información Territorial para la Planeación del Desarrollo Urbano y a las geotecnologías de información, que es el conjunto de herramientas, métodos, técnicas y procedimientos orientados a la gestión de la información geográfica digital, en correspondencia con la importancia y necesaria evaluación e integración del desarrollo urbano, como instrumento no sólo de consulta, sino de incorporación obligada para la adecuación de las disposiciones jurídicas y administrativas en esta materia, que están íntimamente ligadas al funcionamiento de los catastros y los Registros Públicos Inmobiliarios, ya que su análisis y el desarrollo práctico en la vida social y económica, es un valioso soporte para el diagnóstico y análisis de variables e indicadores geoestadísticos en materia de desarrollo urbano, así como de apoyo en la toma de decisiones y definición de políticas públicas encaminadas a la formación de figuras inequívocas, perfectamente integradas, completas y ensambladas, como sí se tratara de un rompecabezas territorial, que permita distinguir, localizar e identificar, indubitablen-

Regesta

te, la individualización de los inmuebles, mediante una Clave Única de Registro Inmobiliario y, con ella, tener mayor control en la legalidad, titularidad, transmisión y adquisición de la propiedad y posesión inmobiliaria, que contribuya a una mayor y más eficiente recaudación de impuestos, derechos y contribuciones en beneficio de los ayuntamientos.

Derivado de lo anterior, el Ejecutivo Federal orientó la modernización de los catastros para vincular su información técnica y física con la información jurídica contenida en los Registros Públicos de la Propiedad, pretendiendo estandarizar los procesos e iniciar la homologación de la función catastral a nivel nacional, con mecanismos que permitan la actualización de su información, procesos y controles, conforme al Modelo Integral de Catastro aprobado por la SEDATU y pueda ser replicado en todas las oficinas catastrales de las entidades federativas y los municipios interesados en adherirse a dicha vertiente; que ahora, se verán forzados a adecuar leyes, reglamentos y procedimientos a partir de que entre en vigor la Ley General para Armonizar y Homologar los Registros Públicos Inmobiliarios y de Personas Morales con los Catastros.

Al respecto, debemos estar conscientes que la intervención de especialistas en sistemas operativos es indispensable para que diseñen, con apoyo en la más avanzada tecnología, programas uniformes que permitan armonizar, homologar y obtener la interoperabilidad con los diversos lenguajes cibernéticos que dependen del manejo de la tecnología; primero en los catastros, con la finalidad de hacerlos “Multifinalitarios”, o sea que la información catastral pueda ser utilizada para múltiples propósitos; no sólo con finalidades para mejorar sus servicios, dar seguridad jurídica, tener un desarrollo

sostenible con enfoques de naturaleza fiscal, jurídico en uso del suelo, socioeconómico y estadístico, sino también, en segundo término, para que esos lenguajes sean compatibles y vinculantes con la información de los Registros Públicos de la Propiedad, ya que, a manera de ejemplo, un inmueble inscrito en el registro público de la propiedad que tiene una superficie legal de 400 metros cuadrados y que se describe al norte 20 metros; al sur, 20 metros, al oriente, 20 metros y al poniente, 20 metros, a nombre de Ma. Del Carmen López Arredondo; en el catastro aparece con una superficie física de 400 metros cuadrados, pero descrito como polígono irregular, conforme a las manecillas del reloj, a nombre de María del Carmen López Arredondo, no hay forma de armonizar, homologar ni vincular la información, resultando un rechazo en el cruce de información, aún teniendo una clave catastral y un folio real electrónico con los que los podemos distinguir y aceptar que son compatibles por la localización y ubicación y justificación de propiedad o posesión.

El modelo involucra no solo a la SEDATU, entidades federativas y municipios, sino también, a los Registros Públicos de la Propiedad y de personas morales, al Instituto Nacional de Estadística y Geográfica (INEGI) y al Registro Agrario Nacional (RAN), así como a los Notarios de la República Mexicana. Dicho modelo, está condicionado a la aceptación y adhesión de los Gobiernos Estatales y de la Ciudad de México, quienes deben facilitar al INEGI para que realice un diagnóstico de los catastros estatales y municipales, como base y plataforma para implementar el modelo; sin embargo, en mi concepto personal, falta tomar como indispensable, el referente al desarrollo urbano, ya que es de suma importancia, porqué es parte fundamental de los objetivos

Regesta

que persigue la Ley General que, de su simple lectura, se advierte la omisión de tan importante información y estrecha vinculación.

Podría sacar a debate, en este espacio, las omisiones y los pros y los contras de los “Lineamientos” y del “Modelo”; sin embargo, considero prudente concentrar mi atención en los temas de la Armonización y Homologación ya precisados y advertir que el Catastro no solo es hablar de geodesia, topografía, fotogrametría, cartografía, valuación, matemática, computo, informática; sino también de planeación, urbanismo, usos del suelo, zonas protegidas, zonas de riesgos, derecho registral y fiscal y administración pública. De igual forma debemos pensar en la eficiencia y eficacia de los catastros, nos referimos a la eficacia del sistema y los procedimientos catastrales que permitan guardar la información inmobiliaria dentro del marco de legalidad y seguridad y, proporcionar la publicidad pronta y expedita, que esté vinculada con la información de los Registros Públicos de la Propiedad.

A través del análisis económico del derecho, se puede analizar la estructura del catastro, con el propósito de conocer si el sistema y procedimiento adoptado es eficiente y eficaz. Se trata de hacer una radiografía para estar en posibilidad de detectar los problemas en su funcionamiento y tener las opciones para corregirlos o actualizarlos cuando sea necesario. Entrada en vigor la Ley General que se comenta, se abre, automáticamente, la obligación de corregir fallas, enmendar omisiones y adecuar los sistemas y procedimientos, así como completar la información catastral, para vincularla con la información registral, pero también con la dinámica del desarrollo urbano. Debemos aceptar que será una labor de mucha paciencia ya que en la Republica Mexicana hay 2,446 municipios y, se supone que en cada uno de

ellos se maneja un catastro, posiblemente con sistemas operativos diferentes y, en algunos casos, con procedimientos administrativos manuales y en otros, ni existen.

Hoy en día, no podemos pensar en un Catastro que se oriente a lo estrictamente técnico, sino que, además, debe visualizar perspectivas que le permitan el uso de todas y cada una de las herramientas que nos brindan las ciencias sociales, el derecho, la tecnología, las ciencias sociales, la economía, la estadística y la tecnología para la toma correcta de decisiones de los sectores público y privado e incorporar las variables e indicadores que sean necesarias para la homologación de la información.

La ingeniería jurídica, económica y técnica debe ser una práctica cotidiana que nos prepare para enfrentar los retos que el tercer milenio impone a las instituciones para hacerlas eficaces y eficientes en cuanto a sistemas, procedimientos e información que sirva para el desarrollo económico del Estado y de la sociedad.

Debemos aceptar que el catastro debe ser analizado y diagnosticado con base en su íntima relación con el génesis de la propiedad y su clasificación en privada, pública y social, así como con las formas e instrumentos jurídicos para adquirir, modificar, transformar, transmitir o extinguir la propiedad. Que permita consolidar un mosaico inmobiliario perfectamente determinado con identificación de reservas, usos, destinos y provisiones; mediante los cuales se tenga un crecimiento urbano ordenando que esté atento, controle y supervise las construcciones y permita, a los ayuntamientos, tener un incremento importante de ingresos por concepto de impuestos y derechos ampliando su base de contribuyentes.

De igual forma, debemos procurar y precisar la relación del catastro con el registro público de la propiedad y, por consiguiente, su vinculación con los sistemas no-

Regesta

tariales, con los usos del suelo y la ecología, con quienes se debe conjugar y armonizar la tecnología, en un enlace técnico-jurídico-administrativo, que sirva para tener una información más completa en los sistemas catastrales que permitan, a su vez, enfrentar con éxito la competitividad que nos impone el mundo globalizado mediante una mejora regulatoria, por la cual, se generen normas claras, de trámites y servicios simplificados, así como de instituciones eficientes y eficaces orientadas a obtener el mayor valor posible de los recursos disponibles y del óptimo funcionamiento de las actividades notariales enfocadas a garantizar certeza y seguridad jurídica a los actos jurídicos relacionados con los movimientos y transacciones inmobiliarias.

Es por eso que debemos estar conscientes que, en la práctica cotidiana, la única relación y enlace que existe entre los catastros municipales y los registros inmobiliarios es a través de la actividad notarial que desarrollan los notarios de la República Mexicana quienes, para la celebración y formalización de escrituras públicas, relativas a actos jurídicos, mediante los cuales se transmita, adquiera, modifique, grave o extingan derechos reales de propiedad o posesión, solicitan la constancia de clave y valor catastral (Cédula Catastral) y el certificado de libertad o existencia de gravámenes y, una vez formalizado el acto, presentan debidamente requisitado el formato para el pago del impuesto sobre adquisición de inmuebles y otras operaciones traslativas de dominio. SI NO FUERA POR LA ACTIVIDAD NOTARIAL, NO EXISTIRÍA NINGÚN ENLACE y, por lo mismo, sería más difícil la vinculación de la información registral y catastral.

Derivado de lo anterior, aceptemos también que el Catastro puede y debe estar vinculado con los padrones fiscales a cargo de las tesorerías municipales, quienes

reciben el pago del impuesto predial, pero carecen de enlace directo con los registros inmobiliarios, si no es a través de la actividad notarial. Por lo mismo, enfatizo que los formatos para declarar el pago del impuesto sobre adquisición de inmuebles y otras operaciones traslativas de dominio, debe ser la herramienta jurídico-administrativa que permita, en primer lugar el enlace y la vinculación de la información, catastral, fiscal y registral; de ahí que debe diseñarse un **FORMATO ÚNICO PARA TODAS LAS TESORERIAS MUNICIPALES DE LOS 2,446 MUNICIPIOS (AYUNTAMIENTOS), QUE CONTENGAN CLAVE CATASTRAL (CÉDULA CATASTRAL), FOLIO REAL ELECTRÓNICO Y LOS USOS Y DESTINOS DEL INMUEBLE.**

Analizar a profundidad y en forma global la problemática que enfrentan las entidades federativas respecto del crecimiento poblacional y los efectos de transformación y crecimiento de las ciudades y de los centros de población, aunados a la falta de comunicación y enlaces administrativos entre las instituciones que están relacionadas con la propiedad inmobiliaria y los diversos y variados ordenamientos jurídicos y administrativos aplicables, nos llevaría mucho tiempo, motivo por el cual, en esta presentación, tan solo hare referencia a la experiencia que tenemos, por obvias razones en el Estado de México, y hacer comentarios a la legislación federal aplicable a casos concretos y a la local, únicamente como impacto o repercusión en la actividad catastral y su vinculación con el Registro Público de la Propiedad y, estas, con el Desarrollo Urbano y la actividad Notarial.

Sin soslayar de ninguna forma la enorme preocupación de los gobiernos (estatal y municipales) del Estado de México, sobre la problemática que nace de la concentración demográfica en su territorio, principalmente en

Regesta

el conurbado con la Ciudad de México, iniciada poco antes de la década de los setentas, presento a la consideración de ustedes especialistas en el derecho, el contenido del presente análisis que pretende, en esencia, por un lado, aclarar criterios divergentes sobre la observancia de la ley, emitidos por autoridades administrativas de Desarrollo Urbano, de Catastro, de Registro Público de la Propiedad y de la Fiscalía de Justicia, así como sus repercusiones en el ámbito de competencia de las autoridades judiciales y las ambigüedades y contradicciones legislativas que, en algunos casos, se contraponen al orden constitucional y a la jerarquía de leyes emanadas del mismo, y por otro lado, contribuir, de ser posible, con observaciones y sugerencias relacionadas con los asentamientos humanos, el derecho urbano, el notarial, el registral y el de catastro para que, en este milenio, iniciemos una etapa de planeación, gestión y una reforma urbana, dentro de un marco legal propicio a nuestra vida integral y dinámica.

De la misma manera, no quiero ser omiso respecto de los procedimientos para la regularización de la tenencia de la tierra, porque tienen su origen, precisamente con los asentamientos humanos regulares e irregulares derivados del crecimiento poblacional, así como de la migración humana de una entidad federativa a otra, por crisis económicas, pobreza, hambruna, falta de oportunidades de empleo etc. Cuando las condiciones de vida de una región se deterioran más allá de lo soportable, es común que las poblaciones humanas empiecen a migrar, buscando oportunidades en otros lugares, con lo que se origina, muchas veces, la ocupación clandestina de superficies territoriales creando verdaderos problemas sociales, políticos y económicos. Estos fenómenos hay que considerarlos porque también afectan, no solo a las

estructuras e instituciones, sino también a los sistemas, procedimientos e información registral y catastral, porqué presionan a la administración del desarrollo urbano y exigen la asignación de terrenos y la regularización de los mismos, impactando en la información registral y catastral-fiscal, al momento de incorporarla a los sistemas operativos de cada institución.

Hablar de Desarrollo Urbano, es tan complejo porque debemos referirnos a la **planeación, gestión, administración y reforma urbana; a los asentamientos humanos, al régimen de propiedad, a los requerimientos mínimos de bienestar social, traducidos en una vivienda digna y a la dotación de servicios públicos municipales.** De igual forma, tendríamos que comentar acerca de fraccionadores clandestinos y expropiaciones; analizaríamos la **clandestinidad, irregularidad e inseguridad jurídica de la tenencia de la tierra,** a programas de gobierno especiales para **la regularización, a la clandestinidad de construcciones y a las reservas, usos, destinos, provisiones.** No podríamos olvidarnos del centralismo económico y administrativo en perjuicio de los Ayuntamientos. A la observancia y violación de las leyes motivadas por los trámites administrativos engorrosos y de elevados costos.

Así mismo, lo concerniente a la protección del medio ambiente para evitar desastres naturales. También a **delitos penales y sanciones administrativas** y, por último, hasta la **nulidad de contratos y escrituras** por no relacionar las autorizaciones de subdivisión y los **usos y destinos del suelo.**

Los **conglomerados demográficos** utilizan las ciudades y centros de población en diferentes formas y con diversos propósitos, unas veces ajustándose al marco legal y al ordenamiento urbano y otras, en forma arbi-

Regesta

traria, con franca rebeldía y contradicción a este, contribuyendo a la transformación no solo del espacio urbano disponible, si no a la **ocupación irracional de áreas rurales** carentes de servicios, infraestructura, equipamiento y vivienda, propiciando el desequilibrio del entorno y, de todo aquello que pudo ser espacio urbano planificado, integrado y debidamente articulado al centro de población que en forma integral, conforma al territorio del municipio, se vuelve un problema.

Con el objetivo de tener mejores elementos de juicio, precisamos que la planeación urbana no es más que el ordenamiento territorial que está íntimamente ligada al modelo de desarrollo económico de México y que con base en este, se han diseñado, a través del tiempo, las políticas de ordenamiento territorial dirigidas a contrarrestar el desequilibrio de los espacios urbanos, tratando de proporcionar el mejoramiento de las condiciones de vida de la población, instrumentando, a través de la Ley General de Asentamientos Humanos Ordenamiento Territorial y Desarrollo Urbano, el control con usos de suelo, decretando la creación de infraestructura y equipamiento urbano tendientes a satisfacer las necesidades de desarrollo en la actividad económica y tratando de sujetar a la sociedad civil al mismo tiempo.

La planeación urbana en México, surge con la promulgación de la Ley General de Asentamientos Humanos en el año 1976 creándose la Secretaria de Asentamientos Humanos y Obras Públicas, como parte integrante de la Administración Pública Federal, que posteriormente cambio de nombre para convertirse en Secretaria de Desarrollo Urbano y Ecología y subsistiendo hasta nuestros días como Secretaria de Desarrollo Agrario Territorial y Urbano.

Desde su origen, la administración urbana se definió como la actividad del gobierno orientada a la selección

y ejecución oportuna de cualquiera de las alternativas que sugieren los Planes Nacionales de Desarrollo Urbano, de acuerdo a las necesidades y capacidad del municipio, para otorgar, conservar y mantener las obras y servicios públicos en la cantidad y calidad que requiere la comunidad de un centro de población.

Este enfoque, difiere de lo que se definió como Administración de Desarrollo Urbano y Ordenamiento Territorial Municipal, que de acuerdo con sus objetivos, políticas y lineamientos de operación, consiste en dotar a la administración municipal de la estructura orgánica, reglamentación y recursos suficientes para elaborar, ejecutar, dirigir y evaluar los planes y programas de desarrollo urbano, a que se refiere la parte de la Administración Pública que, de acuerdo con las demandas de la población, se propone orientar el proceso de desarrollo urbano a objetivos sociales y económicos previamente establecidos.

Por su parte, la gestión urbana, queda dentro de las alternativas instrumentales de los planes de desarrollo urbano, y se presenta principalmente en la negociación política de desarrollo de los gobiernos municipales ante los estatales y estos ante la federación; para obtener recursos económicos necesarios para el logro de objetivos de desarrollo, y satisfacer las necesidades básicas de la población en dotación de servicios públicos de agua potable, drenaje, alcantarillado, alumbrado público, seguridad, recolección y tratamiento de desechos sólidos, que a su vez, se asumen y deciden en la Administración Pública Central precisamente en la esfera de Administración de Desarrollo Urbano, hoy, íntimamente relacionada con los modelos y lineamientos para modernizar los Catastros y los Registros Públicos de la Propiedad.

La práctica para involucrar tanto a la sociedad civil que demanda mayores espacios urbanos con servicios

Regesta

públicos, como el aparato gubernamental municipal, impotente por su sumisión administrativa y económica, que logra satisfacer los requerimientos de obras básicas que transformen ordenadamente el espacio urbano, ha sido generador de la negociación política a nivel estatal y federal. Ante la negativa económica, la Administración Urbana, en ejercicio autoritario del poder legitimado por la vía legislativa, subordina la actuación de la sociedad civil, a la observancia, en nuestro caso, al Código Administrativo y concretamente del Libro Quinto del Ordenamiento Territorial de los Asentamientos Humanos y Desarrollo Urbano de los Centros de Población, así como a su reglamento, extendiéndose el Código Penal, ambos vigentes en el Estado de México, sin que se acepte, que no necesariamente debe haber una relación de subordinación sino de interdependencia, en la cual, el comportamiento de uno impacta al otro.

PERO ¿CUÁL ES EL IMPACTO DE ESTAS NORMAS DE DERECHO URBANO EN LA FUNCIÓN CATASTRAL, REGISTRAL Y NOTARIAL?

En atención a la Administración del Desarrollo Urbano y concretamente a lo que dispone el Libro Quinto del Código Administrativo del Estado de México y su reglamento, la gestión urbana se manifiesta también por la sociedad civil cuando realiza la solicitud y trámites para obtener del gobierno estatal, las autorizaciones de subdivisión de predios, fraccionamiento, conjuntos urbanos o condominios, iniciándose un verdadero vía crucis para integrar, dentro del procedimiento administrativo, un expediente lleno de requisitos que son extremadamente difíciles de conseguir, en algunos casos, por su complejidad, principalmente en situaciones de

hecho, y en otros, por el exagerado tiempo de gestión y por sus elevados costos (justificación de la propiedad; certificado de libertad de gravámenes; constancia de no adeudo fiscal; constancia de alineamiento; constancia de clave y valor catastral; constancia de mejoras, apeo y deslinde catastral o judicial según sea el caso; licencia estatal del uso del suelo; plano de subdivisión indicativo de la solicitud de que se trate, firmado por perito; reglamento en caso de condominio y constancia de dotación o factibilidad de servicios públicos municipales, equipamiento urbano y, posteriormente a la autorización correspondiente, tramitar las claves catastrales individuales del conjunto urbano por cada lote, condominio vertical u horizontal y sus valores catastrales; la protocolización ante notario, pago de impuestos y derechos y, más tarde, la inscripción en el Registro Público de la Propiedad y, para vender, la autorización de venta). Pero cuando la posesión y propiedad, son situaciones de hecho, la regularización legal, ordenada y apegada al derecho, se vuelve casi imposible, por lo que los interesados, eludiendo disposiciones jurídico-administrativas y apegadas al derecho, encuentran y tramitan procedimientos judiciales y administrativos, como la usucapión y la inmatriculación administrativa, que les permiten eludir sucesiones testamentarias o intestamentarias, subdivisiones y pago de impuestos federales, con las que obtienen resoluciones judiciales y administrativas que se inscriben en las Oficinas Registrales del Instituto de la Función Registral del Estado de México, impactando a los sistemas operativos tanto registrales como catastrales, por no cumplir con los requisitos.

Este centralismo burocrático que conlleva procedimientos engorrosos y costosos, impacta seriamente la

Regesta

función notarial: PRIMERO. Por el rechazo u obstáculo indirecto para realizar la protocolización de las constancias relativas de las autorizaciones correspondientes y a la individualización de los lotes resultantes para asignarles nuevas claves catastrales e inscribirlos en el Registro Público de la Propiedad, para iniciar la transmisión o venta inmobiliaria y SEGUNDO. Por los criterios erróneos y confusos de autoridades administrativas estatales que obstaculizan el tráfico inmobiliario al exigir autorización de subdivisión en operaciones de terrenos rurales, que tengan como origen, sentencias y resoluciones de adjudicación por herencia o por remate, dación en pago, terminación de copropiedad y usucapiones, las cuales provienen de situaciones de hecho, responsabilizando al notario no sólo administrativamente sino hasta penalmente por no cumplir con la obligación de insertar en las escrituras, cláusulas específicas sobre usos y destinos que no les han sido asignados por la autoridad, obstaculizando los movimientos inmobiliarios y, después de todo esto, obtener la autorización de venta.

CÓDIGO ADMINISTRATIVO DEL ESTADO
DE MÉXICO
LIBRO QUINTO

Del ordenamiento territorial de los asentamientos humanos y desarrollo urbano de los centros de población

Artículo 5.36.- las autorizaciones y licencias que emitan las autoridades de desarrollo urbano, se ajustarán a lo establecido por el libro, su reglamento y los planes de desarrollo urbano. Las que se expiden en contravención a esta disposición serán nulas y no producirán efecto jurídico alguno.

Artículo 5.37.- Los notarios al protocolizar escrituras públicas relativas a actos, convenios y contratos sobre propiedad, posesión o cualquier otro derecho, vigilarán que se cumplan con las disposiciones aplicables de los Planes de Desarrollo Urbano y las autorizaciones correspondientes. En su caso, hará mención a las autorizaciones y licencias respectivas.

Artículo 5.38.- Los Registradores de la Propiedad sólo inscribirán las escrituras públicas a qué se refiere el artículo anterior, cuando contengan la mención de las autorizaciones y licencias correspondientes de Desarrollo Urbano.

Artículo 5.39.- Las resoluciones de los Tribunales Judiciales y Administrativos y de Registro Público de la Propiedad, relativas a la transmisión de adquisición de la propiedad o posesión que se dicten en contravención a las disposiciones del presente Libro, serán nulas y no producirán efecto jurídico alguno.

Lo más absurdo de la planificación urbana se presenta en la gestión urbana, precisamente con la ambigüedad y contradicción que existe en la práctica entre la Administración de Desarrollo Urbano (Código Administrativo) que centraliza, en el gobierno estatal, facultades para autorizar subdivisión (entre otras) que están reservadas a los ayuntamientos con base en el espíritu del **Artículo 115 Constitucional** y expresamente en el **Artículo 9 de la Ley General de Asentamientos Humanos Ordenamiento Territorial y Desarrollo Urbano** y estos, que a su vez, al tratar de ejercer la Administración Urbana, se dan cuenta que su actividad se encuentra rebasada por la demanda de servicios públicos municipales **negando la constancia de dotación**

Regesta

o factibilidad de servicios públicos necesaria para obtener una Licencia de Subdivisión.

Sin embargo, los ayuntamientos cargan con gran parte de la culpa al auto subordinarse al centralismo, ya que el marco legal relacionado con la administración urbana y la administración de desarrollo urbano está perfectamente delimitado en los artículos 27 y 115 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; no obstante que el Código Administrativo del Estado de México, contradiga los artículos 8 y 9 de la Ley General de Asentamientos Humanos Ordenamiento Territorial y Desarrollo Urbano, ya que si bien es cierto que el primero de ellos reconoce atribuciones a las entidades federativas para legislar en materia de ordenamiento territorial de los asentamientos humanos y desarrollo urbano de los centros de población, atendiendo a las facultades concurrentes previstas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que no incluyen atribuciones para expedir las autorizaciones, licencias o permisos de uso de suelo, construcción, fraccionamientos, subdivisiones, fusiones, relotificaciones y condominios, que están reservadas única y exclusivamente a los municipios, de conformidad con las disposiciones jurídicas, locales, planes o programas de desarrollo urbano y con las reservas, usos y destinos de áreas y predios; a quienes además, se les reserva la facultad para imponer medidas de seguridad y sanciones administrativas a los infractores en los términos de la legislación local. Tan es así que la misma Ley Federal, precisa que los municipios ejercerán sus atribuciones en materia de desarrollo urbano a través de los cabildos de los ayuntamientos o con el control y evaluación de estos, abarcando facultades para formular, aprobar y administrar la zonificación en la que se señale sus usos y destinos permitidos, prohibidos o condicionados.

Del Código Administrativo del Estado de México se desprende que la gran preocupación de los gobiernos tanto estatal como municipales no es únicamente la problemática de asentamientos humanos, sino también el desarrollo urbano, la vivienda y la dotación de servicios municipales. No obstante que su contenido va relacionado con la fracción V del artículo 115 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, consideramos que los ayuntamientos deberán no sólo expedir sus propios reglamentos y disposiciones que sean necesarios para estos fines, como lo señala el propio precepto constitucional, sino también expedir las autorizaciones, licencias o permisos de uso de suelo, construcción, fraccionamientos, subdivisiones y funciones, retificaciones y condominios, de conformidad con las disposiciones jurídicas locales, planes o programas de desarrollo urbano, y señalar las reservas, usos, destinos y provisiones de áreas y predios como lo señala el artículo 9 de la Ley General de Asentamientos Urbanos Ordenamiento Territorial y Desarrollo Urbano, ya que hay, en el Estado de México, 125 municipios que tienen, por su composición y localización geográfica, grandes diferencias; siendo los propios ayuntamientos los que deben proyectar su planeación y ejecutar obras de **infraestructura** básica que motiven el desarrollo urbano planificando y ordenando con promoción para la construcción de vivienda, no sólo urbanas sino rural y **aplicar el Código Administrativo que regula la Aplicación de Mejoras a dichas obras básicas y como consecuencia de la introducción de Servicios Públicos Municipales** para que los contribuyentes beneficiados paguen por sus servicios.

Si analizamos lo anterior, desde un punto de vista económico, encontramos que la recaudación de los “Derechos”, que se derivan de toda clase de autorizaciones en mate-

Regesta

ria de desarrollo urbano ingresa al patrimonio del Estado y, los ayuntamientos que están obligados para dotar de servicios públicos municipales (agua potable, drenaje, alcantarillado, alumbrado público, seguridad, recolección y tratamiento de desechos sólidos) a la comunidad, están imposibilitados para exigir esta obligación. Ante tal impotencia, lo más sencillo, administrativamente, es negar la constancia de factibilidad de servicios y, por consiguiente, la negación o retraso del Estado para otorgar la subdivisión, misma que se convierte no sólo en una limitación, sino que desvirtúa el concepto clásico romano del Jus Utendi; Jus Fruendi y Jus Abutendi para el contribuyente propietario.

Desde una percepción administrativa, entendemos que el centralismo de la Administración del Desarrollo Urbano hoy en día es obsoleto, sobre todo, en un estado tan complejo como el nuestro que, independientemente de sus 125 municipios que integran un territorio perfectamente limitado y una enorme población de casi 17 millones de habitantes; aunque armoniosa y sensiblemente unida por el ejercicio de su política, muestra en la administración urbana, una evidente y lógica **incapacidad administrativa central** para dar respuesta pronta y expedita a los requerimientos de subdivisiones en todo el estado. **De aquí, el engorroso trámite que la mayor parte de la sociedad civil evita, elude y viola constantemente.**

Íntimamente relacionado con lo anterior, en el Estado de México como en cualquiera de las demás entidades federativas, existen asentamientos humanos irregulares dentro sus propios territorios. Estos asentamientos humanos no son privativos únicamente de las ciudades o centros de población, también existen en las pequeñas comunidades, rancherías y en lugares apartados de la

civilización en donde el asentamiento se remonta, en algunos casos, a épocas más antiguas que la fundación y desarrollo de los centros de población.

Los asentamientos humanos, vistos como un fenómeno social, económico y hasta político tienen su origen y base en la tierra. En atención a esto y a efecto de partir de un antecedente fundamental como lo es el **Artículo 27 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos**, que constituye la propiedad social, pública y privada, reservándose, la Nación, el derecho que tiene para **imponer las modalidades** que dicte el interés público.

Es irrefutable la preocupación por el ordenamiento que debe existir en los asentamientos humanos, como medida necesaria para alcanzar el mejoramiento de las condiciones de vida de la población rural y urbana.

Este precepto legal justifica y reconoce una población rural y una población urbana y acepta las existencias de la propiedad rural y la diferencia que existe con la propiedad urbana; de ahí que, lo rural o rústico sea lo relativo al campo; que tiene su gran diferencia con lo urbano, con lo urbanizable o lo que comúnmente llamamos civilización.

De igual forma, los asentamientos humanos se presentan y manifiestan, en forma regular e irregular. Los primeros no sólo son aquellos que, cumpliendo con todas las normas jurídicas, administrativas y fiscales, adquieren y habitan una propiedad localizada en las ciudades o centros de población establecidas en áreas destinadas para la urbanización, también debemos darle la categoría de regulares, a los asentamientos humanos que tienen o adquieren la propiedad de un inmueble en zonas rurales, llamadas rancherías o cómo se le quiera clasificar, con o sin servicios municipales.

Regesta

En cambio, los Asentamientos Humanos Irregulares son aquellos que, en principio, cometen un delito tipificado como despojo; aquellos que se manifiestan como una auténtica industria del paracaidismo que ha sido, a través del tiempo, tan perjudicial para el gobierno. Ocupan clandestinamente los terrenos de propiedad particular, los bienes propios y los bienes del dominio público de la federación, del estado y de los municipios o bienes ejidales y comunales. Son aquellos que prefabrican contratos privados que sirven como base para que el propio Estado regularice su situación jurídica de tenencia de la tierra mediante procedimientos de Inmatriculación y de usucapión, o titulación de solares de naturaleza ejidal, sin dejar de reconocer que hay asentamientos irregulares en cañadas, laderas y minas que son un peligro para sus mismos pobladores y también, porque no decirlo, en pequeños poblados y comunidades. De igual forma se manifiestan como resultado de otro delito que la Ley tipifica como el Fraude que comete el propietario de un inmueble que lo vende en pequeñas fracciones como si fuera un fraccionamiento ofreciendo todo y no dando nada.

Los Asentamientos Humanos Irregulares no sólo se establecen y los podemos distinguir por las características de los terrenos que ocupan, sino atendiendo a la marginalidad con qué son tratados por la sociedad, el Gobierno y la desigualdad en las oportunidades educativas, culturales y de trabajo que no les permite alcanzar mejores niveles de vida. Lo anterior, se resume como las manifestaciones restrictivas para que puedan asentarse en predios, viviendas, conjuntos urbanos, bien y legalmente planificados y constituidos. Otro de los factores determinantes en los asentamientos humanos irregulares es el engorroso trámite de procedimientos jurídicos (su-

cesiones), administrativos (toda clase de subdivisiones) y sus elevados costos (fiscales). No obstante lo anterior, el asentamiento humano cualquiera que sea, requiere para su existencia de un terreno y una vivienda por humilde que ésta sea, es por esto que la Ley General de Asentamientos Humanos Ordenamiento Territorial y Desarrollo Urbano determina qué **“Es el establecimiento de un conglomerado demográfico, porque reúne a la población con su sistema de convivencia; la tierra y sus elementos y las obras materiales existentes”**.

Es innegable que del ordenamiento constitucional en consulta, nace una preocupación por transformar el campo mexicano, para disminuir los niveles de pobreza con base en una mayor justicia y libertad, pero también determina la necesidad de establecer las provisiones, usos, reservas y destinos de tierras, aguas y bosques, a efecto de ejecutar obras públicas, planear y regular la fundación, conservación, mejoramiento y crecimiento de los centros de población, el fraccionamiento de latifundios y el desarrollo de la pequeña propiedad rural incluyendo a los ejidos y comunidades, en concordancia con la **Ley Agraria como reglamentaria del Artículo 27 Constitucional que señala los tres tipos de propiedad rural que existe: la agrícola, la ganadera, y la forestal y el Reglamento de dicha Ley en materia de ordenamiento de la propiedad rural, que equipara a la propiedad rural con los terrenos rústicos que se encuentran en el territorio nacional, independientemente del régimen de propiedad al que pertenezca.**

Siguiendo con el análisis de la problemática de los asentamientos humanos, y la legislación relacionada en materia de fraccionamientos, conjuntos urbanos y subdivisiones, coincidimos, que en el Estado de México, en su Código Administrativo, precisamente en el Libro

Regesta

Quinto, esté reservado al ordenamiento territorial de los asentamientos humanos del desarrollo urbano de los centros de población y sea de orden público y de intereses social; sin embargo, sugerimos se destaque también la promoción e importancia del desarrollo rural para incentivar las acciones e inversiones de los sectores social y privados de materia de desarrollo rural y vivienda rural y no referirse únicamente a la protección de la tierra. Lo anterior evitará el pensamiento de marginalidad e indiferencia de los rústicos y lo hará compatible con el espíritu de la Constitución.

Por todo esto, coincidimos también con las acciones de prevención para controlar los asentamientos humanos irregulares, y si bien es cierto que los bienes inmuebles que integran el territorio estatal, cualquiera que sea su régimen jurídico y su condición urbana y rural estarán sujetos a las disposiciones de los ordenamientos jurídicos y el derecho de propiedad y posesión con las modalidades y limitaciones que le impongan las leyes; también es cierto que constitucionalmente se otorga un derecho fundamental para todos los mexicanos, sociedades mercantiles mexicanas e incluso a extranjeros para adquirir el dominio de terrenos, no sólo urbanos sino también rústicos, con las modalidades limitaciones, restricciones y gravámenes que pueda tener la propiedad, que aún no siendo elementos esenciales y de validez; ni tampoco constitutivos de derechos; o sea que, cuando se trate de terrenos rústicos, independientemente de los urbanos, no es requisito indispensable gestionar y obtener su liberación o la autorización de subdivisión correspondiente para perfeccionar el acto jurídico, mismo que conlleva el consentimiento de las partes, las cuales en cambio pueden aceptar que en el otorgamiento del acto jurídico de transmisión de propiedad existe el compromiso para respetar y cumplir con

las limitaciones, usos, destinos y restricciones y aceptar, en su caso, los gravámenes impuestos a la propiedad y a la prohibición de destinarlos a desarrollo urbano conforme a lo que determina el Artículo 5.5 del Libro Quinto del Código Administrativo del Estado de México y evitar aplicar el criterio administrativo que pretende confundir a autoridades municipales, catastrales y del Registro Público de la Propiedad, los cuales, se niegan a expedir la certificación de clave y valor catastral y aceptar y autorizar el pago del impuesto sobre adquisición de inmuebles y otras operaciones traslativas de dominio de inmuebles y su inscripción en el Registro Público de la Propiedad por carecer de autorización para subdividir y, en el caso del Ministerio Público, cuando tenga conocimiento o investigue el posible delito penal, derivado de la subdivisión de terrenos rurales, en atención a la confusa redacción de Artículo 189 del Código Penal que se transcribe.

CÓDIGO PENAL PARA EL ESTADO DE MÉXICO DE LOS DELITOS COMETIDOS POR FRACCIONADORES

“Artículo 189.- Comete este delito el que fraccione o divida en lotes, transfiera o prometa transferir la propiedad, la posesión o cualquier otro derecho de un inmueble, careciendo del previo permiso de la autoridad administrativa correspondiente, o cuando teniéndolo no cumpla con los términos en que fue otorgado, se le impondrán de cuatro a diez años de prisión y de trescientos a mil días multa.

También comete este delito el tercero que enajene, prometa hacerlo o comercialice lotes que hayan sido fraccionados o divididos sin contar con el permiso de la

Regesta

autoridad administrativa o teniéndolo no se cumpla con los requisitos prometidos.

La misma pena se aplicará al servidor público que con idénticos propósitos ilícitos, participe, coopere o expida licencias o permisos de uso de suelo, sin haberse cumplido los requisitos que exige la ley de la materia o los autorice sin tener la facultad legal para hacerlo. Se le destituirá e inhabilitará por veinte años para desempeñar cualquier cargo, empleo o comisión.

El Agente del Ministerio Público al ejercer la acción penal asegurará y procederá a poner en custodia el inmueble con el organismo encargado del desarrollo urbano en el Estado de México, poniéndolo a disposición de la autoridad competente para el efecto de su posterior decomiso.

Es conveniente precisar que el dominio y titularidad de la propiedad privada y el “tráfico jurídico inmobiliario” no sólo está consagrado, originalmente, en la Constitución, sino también en las leyes del Derecho común. Los Códigos Civil y de Procedimientos Civiles, establecen las formas y procedimientos para adquirir y transmitir la propiedad, en el entendido que aquel que compra o adquiere, también tiene el derecho y conserva la intención de revender, o sea que tanto en la mente, como en la práctica, se presenta una simple operación de cambio mediante la que se consigue la circulación de los bienes. “El tráfico inmobiliario” no implica por sí mismo una conducta ilegal; como hace referencia el artículo 189 del Código Penal. En consecuencia, para perfeccionar la trasmisión y adquisición de un inmueble que tenga características rústicas no se requiere más que el consentimiento de las partes, como expresión máxima de la voluntad para contratar y obligarse.

El contenido del mismo artículo, presenta problemas de interpretación en su redacción pues incluye con-

ceptos civiles, administrativos, penales y mercantiles, abarcando a todo el territorio del Estado cuando hace referencia, en forma genérica, a “un inmueble”; connotación que puede ser aplicada a bienes urbanos y rústicos, sin que señale excluyentes de tipo penal. Por lo mismo, consideramos que la penalidad debe ser proporcional a su gravedad, ya que no es razonable castigar de la misma forma al fraccionador profesional clandestino quien especula, lucra y ha hecho de esta actividad un modus vivendi, qué a una persona que se encuentra en pobreza extrema y requiere de vender alguna fracción de un inmueble de su propiedad. El delito alcanza al tercero adquirente de buena fe y al servidor público que expidan licencias de uso de suelo que son trámites administrativos. Afortunadamente, el Artículo 190 excluye de este delito a las adjudicaciones por herencia, juicio de prescripción o usucapión, división y terminación de copropiedad y donación entre parientes que omitan la subdivisión. Lamentablemente, hace algunos años, la Cámara de Diputados del Estado de México, por total desconocimiento, aprobó reformas al artículo 3,29 del Código de Procedimientos Civiles del Estado de México, para usar la USUCAPIÓN, como un procedimiento que concluye con una resolución judicial que, sin mayores formalismos, se inscribe directamente en las Oficinas Registrales del Instituto de la Función Registral del Estado de México, convirtiéndose en un instrumento para regularizar la tenencia de la tierra, lo cual, ha ocasionado un verdadero problema, ya que ahora se utiliza para eludir sucesiones testamentarias e intestamentarias; subdivisiones, obligaciones fiscales para el pago de impuesto sobre la renta, en algunos casos impuesto al valor agregado, motivando la informalidad contractual, la falsificación o alteración de documentos, el despojo de

Regesta

propiedades y, los desajustes en los catastros y en los Registros Públicos de la Propiedad, por las actualizaciones que deben hacerse en padrones fiscales y catastrales, así como en los folios reales electrónicos, sin la autorización para subdividir. Se recomienda consultar la participación del Colegio de Notarios del Estado de México en los debates de la Comisión de Gobernación y Puntos Constitucionales de la Cámara de Diputados del Estado de México, previos a la aprobación, de fecha 12 de agosto del 2019 y que, en 37 fojas tamaño carta, presentó la postura jurídica, administrativa y fiscal del Colegio de Notarios (elaborada y firmada por un servidor), al Diputado Maurilio Hernández González, en su carácter de Presidente de la Junta de Coordinación Política de la Cámara de Diputados, el día 16 de agosto del 2019, postura que ignoraron y no tomaron en cuenta, violentando el Estado del Derecho.

Al existir leyes y códigos que establecen, regulan y controlan el uso de suelo y señalan las bases para las subdivisiones, fraccionamientos, conjuntos urbanos, condominios etc., y el Código Penal que impone penas privativas de libertad al que fraccione, divida o comercialice ilegalmente con terrenos careciendo de las autorizaciones correspondientes, obliga a las partes a cumplir con estas disposiciones, por lo que, el CONTRATO DE COMPRAVENTA o de transmisión de propiedad cualquiera que sea su naturaleza, que se celebra y otro real, que se formaliza ante la fe notarial, debe referirse a la autorización y a la individualización del lote urbano o área privativa que esté inscrito previamente en el Registro Público de la Propiedad como resultante de un fraccionamiento, subdivisión o condominio, localizado en centros de población urbana o áreas urbanizables. Sin embargo, en terrenos rurales o rústicos consideramos

que bastará estipularse y dejarse perfectamente puntualizado, dentro del contrato de compra venta o de transmisión cualquiera que sea, la prohibición de dedicar o destinar la fracción de terreno motivo de la operación o fines urbanos o diversos de la propiedad explotación agropecuaria y agroindustrial a que se encuentre dedicados, quedando sujeto a las políticas, normas y lineamientos que establezca la Secretaria del Campo; y a lo que determina la Ley Agraria y su reglamento, por tanto, las áreas fuera de los límites de los centros de población, no deben ser objetos de regulación por parte del Libro Quinto del Código Administrativo del Estado de México; de ahí, la importancia de contar con la información sobre usos y destinos de la tierra.

En caso de que el titular propietario de un terreno rústico intenté cambiar el uso o destino, los ayuntamientos, tendrán facultades para sancionar e imponer las multas que correspondan y clausurar en forma definitiva de obras destinadas a uso y fines de desarrollo urbano, pudiendo incluso denunciar penalmente a quien lo intente o lo esté llevando a cabo, pero nunca como una negativa u obstáculo que paralice el “tráfico jurídico inmobiliario” que es dinámico generador de riqueza en el comercio y en la recaudación de impuestos y derechos federales, estatales y municipales. Los ayuntamientos a través de sus dependencias, deberán negar todo tipo de construcción no justificada en áreas rurales o con la que se pretenda desvirtuar el uso habitacional, comercial, industrial, y agrícola, agropecuario o agroindustrial y denunciar penalmente a quien pretenda darle uso urbano que no esté autorizado conforme a la ley y a los planes de desarrollo municipal, regionales y estratégicos que existan, ya que el asentamiento humano regular o irregular requiere además de tierras para vivienda, industria, comercio o servicio en

Regesta

Regesta

ellas edificadas, de lo contrario, al no reunirse estos tres elementos no existe el Conglomerado Demográfico que alude a la Ley General de Asentamientos Humanos Ordenamiento Territorial y Desarrollo Urbano y por consiguiente al Código Administrativo del Estado de México y al Código Penal de la misma Entidad.

Todo lo anterior, tiene una justificación porque el propietario de un terreno urbano localizado en un centro de población o en una “área urbanizable” que tenga características propias para solicitar y obtener licencia para conjunto urbano, condominio vertical y horizontal o una simple subdivisión, tiene la oportunidad de hacerlo productivo y obtener, a través de cualquier autorización, ganancias o utilidades considerables. En estos casos, existen previamente a la solicitud, un objetivo de lucro y el propietario se programa para realizarlo.

En cambio, de propietario de un terreno rural o rústico se encuentra en la disyuntiva de trabajarlo, venderlo o abandonarlo; en el mejor de los casos, repartirlo a sus hijos en donación, sucesión, venta o hipotecarlo. En muchos casos subdivide y vende, por necesidad, parte del inmueble para sufragar, con estos, gastos urgentes. El campesino no está preparado ni programado para solicitar y gestionar trámites de subdivisión preventivos que le permitan en el futuro vender sin ningún obstáculo. El hombre del campo vive el día y su único patrimonio para hacer frente a cualquier consecuencia, es su terreno o parcela y, vender o hipotecar una fracción de esta, no lo puede clasificar como un fraccionador clandestino, máxime cuando el comprador acepta respetar el uso de suelo y destinar el inmueble que adquiere para producción agrícola, ganadera y forestal.

Abundando sobre lo mismo, la propia Ley Agraria, Reglamentaria del artículo 27 constitucional, previene que

lo no previsto por la misma, se aplicará supletoriamente la legislación Civil Federal y, en su caso, la Mercantil, distinguiendo que, el ejercicio de los derechos de propiedad relacionados con el aprovechamiento urbano y el equilibrio ecológico, se ajustará a la dispuesto por la Ley General de Asentamientos Humanos Ordenamiento Territorial y Desarrollo Urbano y la Ley de Equilibrio Ecológico y Protección Ambiente.

En la misma Ley General de Asentamientos Humanos Ordenamiento Territorial y Desarrollo Urbano, se vuelve a insistir en que las tierras agrícolas o forestales destinadas a la prevención ecológica, deberán utilizarse preferentemente en dichas actividades o fines, reafirmando las propuestas de que en el contrato de transmisión de propiedad, respecto de una fracción de un terreno rústico, es necesario únicamente a precisar, en la cláusula conducente, que el propietario se comprometa a respetar y cumplir con el uso y destino a que esté sujeta la tierra y con base en lo que reporten las declaratorias de uso y destino que se encuentren registrados, con base al artículo 17 de la misma ley, en el Registro Público de la Propiedad. Es espíritu de esa ley en consulta, tratar de prevenir los casos en los que no se requieran o se simplifiquen las autorizaciones, permisos o licencias para el uso de suelo urbano, construcciones, subdivisiones de terreno y demás trámites administrativos, con base en los planes o programas de desarrollo urbano, lo que, por obvias razones, en el Código Administrativo del Estado de México debe señalarse que no se requiere permiso de subdivisión en terrenos rústicos, independientemente del régimen de propiedad al que pertenezca, ya que como lo hemos dejado precisado en repetidas ocasiones, el Código Administrativo del Estado de México no puede ordenar ni regular terrenos rurales o rústicos, mis-

Regesta

mos que están sujetos a una posición de carácter federal, como en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la Ley Agraria, como reglamentaria del artículo 27 Constitucional y el Reglamento de la Ley Agraria en materia de ordenamiento de la propiedad rural, en concordancia con lo dispuesto por el artículo 124 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

De aquí la necesidad también de que el Código Administrativo y el Código Penal, ambos del Estado de México, así como los Catastros Municipales y los Registros Públicos de la Propiedad distingan lo rústico de lo urbano y de los requisitos exigibles para unos y otros, tratándose de solicitudes de subdivisión en el entendido que, el Estado de México en materia de Asentamientos Humanos, sean regulares e irregulares y en problemas complejos de Desarrollo Urbano, por señalar algunos, podemos diferenciarlo entre el Valle de México o área Metropolitana, conurbada con la Ciudad de México y el Valle de Toluca, que tiene características muy diferentes, haciendo el Código Administrativo y Código Penal ambos del Estado de México compatibles con la Ley Agraria, cuando determine de que se refutan como agrícolas las tierras rústicas que no estén efectivamente dedicadas a algún o alguna otra actividad económica.

La misma Ley Agraria nos precisa que los notarios, cuando autoricen operaciones de adquisición y de toda traslación de dominio de terrenos rústicos a favor de sociedades mercantiles o civiles deberán dar aviso al Registro Agrario Nacional. Lo anterior, nos lleva a concluir que el Registro Agrario Nacional, por disposición de la Ley, es la institución encargada de tener un control y llevar una estadística de aquellas sociedades mercantiles y civiles que adquieren terrenos rústicos; sin que exista la posibilidad de pensar que las personas

físicas pueden estar excluidas o restringidas para adquirir también dichos terrenos.

A los ayuntamientos, se les informa a través del pago del impuesto sobre adquisición de inmuebles y otras operaciones traslativas de dominio, en el Registro Público de la Propiedad a través del testimonio que contiene la operación de transmisión y adquisición y a las Secretarías de Comercio y de Relaciones Exteriores cuando se trata de operaciones en que se adquiera por extranjeros o sociedades extranjeras luego entonces pudiera sugerir que en estos casos se dieran un simple aviso a la Secretaría de Desarrollo Urbano y Metropolitano, para su control y, en casos excepcionales, al Registro Agrario Nacional.

Nuevamente insistimos en que la regulación, ordenamiento y exigencia que intenta aplicar a través del Libro Quinto del Código Administrativo del Estado de México, para exigir trámites de subdivisión en terrenos rústicos y rurales, no es competencia de la Secretaria de Desarrollo de Urbano y Metropolitano del Gobierno del Estado, ya que en forma contundente, el REGLAMENTO DE LA LEY AGRARIA EN MATERIA DE ORDENAMIENTO DE LA PROPIEDAD RURAL ESTABLECE EN SU ARTÍCULO 3° LO SIGUIENTE: PARA LA APLICACIÓN DEL PRESENTE REGLAMENTO SE CONSIDERARÁ PROPIEDAD RURAL, LOS PREDIOS RÚSTICOS QUE SE ENCUENTRAN EN TERRITORIO NACIONAL, INDEPENDIENTEMENTE DEL RÉGIMEN DE PROPIEDAD AL QUE PERTENEZCAN. Sobre el particular, el propio reglamento hace referencia única y exclusivamente a las superficies máximas que deben tener los particulares, de acuerdo con las características de las tierras agrícolas, ganaderas y forestales y a la obligación y plazo para transmitir sus excedentes.

Regesta

EN ATENCIÓN A LO ANTERIOR, EL ARTÍCULO 6° TRANSITORIO DE LA LEY AGRARIA DEROGÓ LA LEY DEL FOMENTO AGROPECUARIO, MISMA QUE RESTRINGÍA EL FRACCIONAMIENTO DE ESTAS TIERRAS. Del anterior se desprende que la regularización y ordenamiento de tierras rurales está reservado a instituciones federales como lo tiene previsto el ARTÍCULO 124 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS QUE SEÑALA QUE, LAS FACULTADES QUE NO ESTÁN EXPRESAMENTE CONCEDIDAS POR ESTA CONSTITUCIÓN A FUNCIONARIOS FEDERALES, SE ENTIENDEN RESERVADOS A LOS ESTADOS. “UNA COSA ES LO URBANO Y OTRA LO RURAL”! independientemente de la congruencia que puedan tener las leyes locales en las federales.

Siguiendo con el análisis del Código Administrativo del Estado de México y como complemento a mis comentarios y propuestas hasta aquí expuestos; expreso mi preocupación por los criterios con los que pretenden aplicar las disposiciones legales en materia de subdivisiones de terrenos rústicos que, como ya lo he precisado, no lo requiere en atención a que la Ley en consulta regula y ordena el desarrollo urbano en ciudades, centros de población y proyecta su aplicación en “áreas urbanizables”, como lo señala las fracciones II y VII del artículo 2 de la Ley General de Asentamientos Humanos Ordenamiento Territorial y Desarrollo Urbano, pretendiendo desvirtuar el contenido y alcance jurídico de la fracción VIII del artículo 3° de la misma ley, que pretende mejorar el nivel y calidad de vida de la población rural mediante la protección del patrón de asentamientos humanos rurales y de las comunidades indígenas.

Cabe destacar que la fracción IV del artículo 31 de la

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos determina, como obligación de todos los mexicanos, contribuir para los gastos públicos, así de la federación, como de los estados, de la Ciudad de México y del municipio en que residan, de la manera proporcional y equitativa que dispongan las leyes. Como complemento de lo anterior, la propia Carta Magna, en su fracción I del artículo 36, dispone que es obligación del ciudadano de la República, inscribirse en el catastro de la municipalidad, manifestando la propiedad que el mismo ciudadano tenga... Sin embargo, las leyes locales de cada entidad federativa, no contemplan el registro catastral de terrenos rústicos o rurales y, en un porcentaje muy importante, dejan de cobrar los impuestos y contribuciones no sólo a esa clasificación de inmuebles, sino también a solares urbanos y parcelas ejidales.

Por otro lado, recordemos que el Registro Público de la Propiedad es la institución mediante la cual, el Estado, proporciona el servicio de dar publicidad a los actos jurídicos que conforme a la ley deban surtir efectos contra terceros. El registro no es obligatorio ni consecutivo de derechos. En atención a lo anterior, el notario ante quien se otorga y formaliza una transmisión de propiedad, sea urbana o rústica, cumple con todos los requisitos y solicita el Registro Público de Propiedad, la expedición del Certificado de Libertad o Existencia de Gravámenes y Limitaciones, ya que como lo dejé precisado, es la única institución pública que tiene facultades publicitarias y en donde, en cumplimiento con lo ordenado por el artículo 17 de la Ley General de Asentamientos Humanos Ordenamiento Territorial y Desarrollo Urbano y Ordenamiento Territorial y Urbano, relacionado con los artículos 8.10 fracción IV del Código Civil y artículos 57 fracción IX de la Ley Registral, 78 fracción XIX, XXII,

Regesta

XXIII, 83 al 90 del Reglamento del Registro Público de la Propiedad, deberá estar escritos los planes nacionales, estatales y municipales de desarrollo urbano así como los planes de centros de población estratégico y de los centros de población municipales y “las declaraciones de uso, distintos, reservas y provisiones de áreas y predios”.

Sin embargo las INSTITUCIONES REGISTRADAS, CERTIFICAN EN CADA CASO EN PARTICULAR, QUE NO EXISTEN INSCRITAS DECLARATORIAS SOBRE USOS, DISTINTOS, RESERVAS Y PROVISIONES, por lo que el notario confiado y con base en un documento público que hace prueba plena, autoriza la elaboración, otorgamiento y formalidad del acto jurídico, cumpliendo con lo que determina la Ley General de Asentamientos Humanos Ordenamiento Territorial y Desarrollo Urbano, el Código Administrativo del Estado de México y los Planes Municipales de Desarrollo Urbano ya que en principio, a la fecha, no se han expedido las famosas “Declaratorias”; en segundo, los planes son indescifrables para poder identificarlo localizar la propiedad; tercero, porque nunca han limitado en forma individualizada las inscripciones de los antecedentes de propiedad en dicho registro; y cuarto, porque consideramos que, en forma práctica, lo que debe estar sujeto al uso y destino es la construcción más no el terreno independientemente del espíritu de la ley, pues hasta el momento, no existe ley alguna que obligue al propietario de un terreno baldío a edificar una casa, en edificio de oficina o departamento o bodega Industrial propiamente dicho, ni que esté prohibido sembrar y cultivar algún producto, aunque esté dentro de la ciudad o centro de población.

Paralelamente a todo lo anterior y en atención a que el propio Código Administrativo del Estado de México,

prevé la regularización de la tenencia de la tierra dentro del marco jurídico formal aplicable a la propiedad inmueble que conforman las ciudades, centros de población y “áreas urbanizables”, extendiéndose a terrenos rurales exclusivos, es el Gobierno el que, por conducto del Instituto Mexiquense de la Vivienda Social, promueve campañas permanentes de regularización. Con relación a lo anterior; parece inadmisibles que, en el tercer milenio de la era cristiana y a más de ciento cuarenta años de que se institucionalizaran los Registros Públicos de la Propiedad en México, no podamos contar con la tecnología avanzada y los procedimientos administrativos congruentes que nos permitan tener una Información Integral que se pueda obtener de cruzar Información Registral con Información Catastral, y con Desarrollo Urbano, Ecología, Registro Agrario Nacional y el INEGI y, en cambio, tengamos problemas de irregularidad e inseguridad jurídica en la posesión o tenencia en la tierra y en la propiedad inmueble.

Los Registros Públicos de la Propiedad que, se supone, debieron de haber alcanzado después de más de ciento cuarenta años, el perfeccionamiento administrativo de dar publicidad integral a los “**Actos Jurídicos**” que inscriben, también debieron de haber reducido al mínimo la necesidad de la usucapión o **prescripción**, la cual debe administrarse, a lo sumo, cuando exista o se derive de una posesión de mala fe. De igual forma debe erradicar la inscripción y publicidad derivada de la “**contratación informal**” que es la base y sustento jurídico para obtener resoluciones en procedimientos administrativos.

A pesar de todo, la posesión como medio para adquirir la propiedad, sigue vigente en nuestros días como producto de la marginación de alguno de nuestros pueblos

Regesta

y gentes, que requieren de estos instrumentos legales, los cuales, en la mayoría de los casos, **se utiliza para ocultar o evadir el verdadero procedimiento jurídico administrativo que corresponde a juicios sucesorios o trámites para obtener la subdivisión de inmuebles. Lo anterior, se presenta no sólo por ignorancia sino por la orientación o criterio equivocado o infundado que proporcionan gestores inmorales y por los complicados y costosos trámites administrativos.**

Dentro del marco jurídico, existen actos que dictan los órganos jurisdiccionales y otras autoridades administrativas y del trabajo que son objeto de inscripción en el Registro Público de la Propiedad Inmueble, entre los que se encuentran: Adjudicaciones de bienes por remate y por herencia; disolución de la sociedad conyugal; la terminación de copropiedad, etc., que afortunadamente el Código Penal del Estado de México no tipifica como delito el dividir y se extiende a donaciones entre parientes, pero hoy en día, los procedimientos de usucapición, han venido a alterar el Estado de Derecho y complicar los controles y registros catastrales y las inscripciones en los registro públicos de la propiedad.

Para los fines que me propongo, concentraremos nuestra atención en lo concerniente a las “inmatriculaciones administrativas”, las cuales, por razón natural repercuten con graves consecuencias en el orden registral, catastral, fiscal, notarial y en el tráfico inmobiliario; ocasionando en el mayor de los casos, irregularidad e inseguridad jurídica, sumada a la firme intención de eludir con estos, el Libro Quinto del Código Administrativo del Estado de México, que se utiliza ante la negativa u obstáculo para obtener la subdivisión de un inmueble. Motivan la duplicidad de inscripciones en los Registros Públicos de

la Propiedad, originando un desorden administrativo, jurídico y legal.

Resulta que, por un lado la Ley Procesal imponía mayores requisitos de forma a los procedimientos derivados de información AD-PERPETUAM, antes de que quedara derogado este procedimiento que, por cierto, tengo la presunción de que dicho procedimiento volverá a quedar integrado y redactado como estaba o con alguna variación, en el Código de Procedimientos Civiles del Estado de México, en virtud del texto que tendrá el Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares que, el Congreso de la Unión deberá expedir, de conformidad con la Sentencia Judicial dictada hace apenas unos días. Es importante aclarar que, dentro del Código Civil del Estado de México, subsiste el Capítulo de la Inmatriculación (en las que se incluyen las de dominio, posesión, por resolución judicial, por decreto y por adopción del dominio pleno), en los que se reducen los requisitos que establece la Ley Sustantiva para las Inmatriculaciones Administrativas, al facilitar su inscripción en el Registro Público de la Propiedad sin la protocolización correspondiente que resulta ser no sólo la formalidad, sino que en ella, va implícita la observación de la capacidad jurídica de las personas interesadas, el pago de impuesto federales y municipales con base en un avalúo que actualiza los valores de los inmuebles, el pago de derechos y la obtención de requisitos administrativos que son indispensables para cada caso, cómo es la observancia del Libro Quinto del Código Administrativo del Estado de México.

De la observancia que existe en el Reglamento del Registro Público de la Propiedad, acerca de los documentos que se deben acompañar a la solicitud y trámite

Regesta

de inmatriculación administrativa, se ha dado lugar a la siguiente situación de hecho:

1. Que el interesado cambie o modifique los nombres del propietario real del inmueble y las medidas, colindancias y superficies para que el Registro Público certifique que no se encuentra el registro del inmueble a nombre de persona alguna.
2. Que el inmueble a inmatricular, formando parte de uno mayor que ya se encuentra inscrito a nombre de persona determinada, da lugar no sólo a la duplicidad de inscripciones sino también a subdivisiones clandestinas hechas al margen del Libro Quinto del Código Administrativo del Estado de México, y de los Códigos Civil y de Procedimientos Civiles cuando eluden juicios sucesorios o de otra índole, creando irregularidad e inseguridad jurídica.
3. Que el legítimo propietario de un inmueble tenga necesidad de recurrir a los tribunales judiciales para demandar la nulidad de la inmatriculación administrativa o interponer terciarias excluyentes de dominio.
4. El documento que generalmente se acompaña a la solicitud de inmatriculación administrativa, “Contrato Privado de Compra-Venta preelaborado” en fechas recientes, al cual le anota fechas de otorgamiento de 1979 y 1980 para cumplir con los requisitos de posesión y con lo que precisaba el Código Civil en su Artículo 2172 y 2171, respecto de la forma, antes de la reforma que sufrió el artículo 2171, en julio de 1980.

Al respecto, a la falta de formalidad en el Contrato Privado de Compra-Venta ha creado desde hace muchos años constantes y permanentes irregularidades en la Tenencia de la Tierra. El Contrato Privado

de Compra-Venta, lo han utilizado fraccionadores clandestinos que sin tener legitimación alguna y amparados por este tipo de contratos, se apoderan de terrenos que invaden, fraccionan y después venden, también, mediante Contratos Privados sin autorización de subdivisión o conjuntos urbanos que determina el Libro Quinto del Código Administrativo del Estado de México, dificultando la aplicación del Código Penal para estos conceptos.

Tendiente a desalentar el otorgamiento de contratos privados, desde el año 1980 se reformó el artículo 2171 del Código Civil, para quedar redactado de la siguiente forma:

ARTÍCULO 2171 TRATÁNDOSE DE INMUEBLES, SU VENTA SE HARÁ EN ESCRITURA PÚBLICA. Actualmente el artículo 7.600 determina: Si se trata de bienes inmuebles, la venta debe otorgarse en escritura pública.

El mismo Código Civil en su artículo 7.601, aclara la responsabilidad de terceros por falta de forma al señalar: las personas que asesoren para no dar forma legal a la compraventa de inmuebles, serán responsables de los daños y perjuicios que ocasionen a los contratantes, independientemente de la responsabilidad penal en que incurran. De igual manera son responsables los desarrolladores, constructores y lotificadores.

La inmatriculación administrativa al igual que el Contrato Privado de Compra-Venta, lo han utilizado en forma desmedida para violar y evadir no sólo disposiciones fiscales, sino eludir trámites y gestiones administrativas, como subdivisión y procedimientos o juicios sucesorios, equiparándose a verdaderas

Regesta

informaciones de dominio y de prescripción, aún cuando la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha determinado, en diversas tesis, que siendo una resolución de naturaleza meramente administrativa, que no declara el derecho de posesión y menos de propiedad y no alcanza a ser considerada como una prescripción adquisitiva, la inmatriculación se considera sólo como un indicio de posesión.

Como actos previos para la Inmatriculación Administrativa, en las administraciones y receptorías de rentas, en los juzgados de menor cuantía, en las tesorerías municipales, y en las delegaciones municipales, se promueve y se proporcionan servicios a los interesados que deseen otorgar Contratos Privados de Compra-Venta, contraviniendo con esto el artículo 7.600, del Código Civil Vigente del Estado de México.

Es aberrante que, en la gran mayoría de los casos, para estar dentro del margen jurídico de la redacción anterior del Artículo 2171, del Código Civil se hace el contrato retroactivo a 1979 o 1980, cayendo en muchos casos, en la **incapacidad de los otorgantes y por obvias razones, en la nulidad del acto jurídico.**

El procedimiento de Inmatriculación Administrativa, que concluye con una resolución dictada por el director del Instituto de la Función Registral del Estado de México, que ordena inmatricular un inmueble consignado en un Contrato Privado de Compra-Venta, carece de forma, en el que los otorgantes eludieron los regímenes que señala el Libro Quinto del Código Administrativo del Estado de México, así como pagos fiscales federales y municipales, no justifica por ningún concepto se considere como un programa permanente de Regularización de la Tenencia de la Tierra. No obstante, lo anterior, el tráfico inmobiliario se desacredita constantemente, a través de

procedimientos de esta naturaleza, que van en contra de la certeza y seguridad jurídica de las personas; en contra de la capacitación o recaudación de impuestos y derechos que corresponden a la Federación, al Estado y los municipios y crean una irregularidad e inseguridad de la Tenencia de la Tierra dentro del territorio del Estado de México y seguramente en otras entidades federativas.

Somos testigos que en muchas partes se elaboran Contratos Privados de Compra-Venta, que tienen como antecedente una escritura pública debidamente inscrita en el Registro Público de la Propiedad y que, el Estado VÍA INMATRICULACIÓN ADMINISTRATIVA, acepta e inmatricula, creando duplicidad de inscripciones, irregularidad e inseguridad jurídicas, tolerando la evasión de impuestos y derechos que deben cubrir los interesados en toda transmisión inmobiliaria y violando el Código Administrativo el Código Penal y el Código Civil, del Estado de México, en materia de sucesiones testamentarias e intestamentarias, subdivisiones, etc, facilitando el establecimiento o formación de lotificaciones irregulares y, con ello, delitos tipificados en el Código Penal.

La flexibilidad que en la práctica otorga el Código Civil, la Ley Registral del Estado de México a los particulares para promover procedimiento de Inmatriculación Administrativa, independientemente de la violación de la Ley, IMPACTA SERIAMENTE LA FUNCIÓN NOTARIAL: Primero.- Porque se desvirtúa la formalidad que otorga el notario en una escritura pública; Segundo.- Se afecta y deteriora la imagen del notario al considerar que la actividad que desarrolla es costosa a comparación de dichos procedimientos que paga cuotas fijas; Tercero.- El notario está sujeto y obligado a realizar y obtener diversos requisitos incluyendo el pago de impuestos

Regesta

y derechos contra los insipientes trámites de los otros; Cuarto.- el notario se enfrenta la irregularidad de inseguridad jurídica originada por estos procedimientos y a la problemática cuando calcula los impuestos sobre la renta, etc.

Todo este desequilibrio jurídico que se ocasiona con los procedimientos de usucapión y de Inmatriculación Administrativa, han ocasionado que los propios jueces civiles, se protejan al dictar resoluciones y sentencias relativas a procedimientos de inmatriculación, como son las Informaciones de Dominio, en las que determinan que se DEJAN A SALVO LOS DERECHOS DE TERCEROS, como sucede también en las resoluciones de Inmatriculación Administrativa; ocasionando con esto que, las resoluciones dictadas e inscritas en los Registros Públicos de la Propiedad y en los catastros municipales, no sean aceptadas en ninguno de los bancos que intervienen para otorgar créditos para la adquisición de propiedades regularizadas mediante estos procedimientos, lo que nos lleva a la paralización del tráfico inmobiliario y, por consiguiente, a la repercusión negativa para recaudar impuestos, empantanar la inversión y violentar el Estado de Derecho.

Recordemos que el Estado de México, desde el año de 1971, fue pionero en el diseño, estrategias, procedimientos y formas que se establecieron y se ejecutaron en programas específicos para la REGULARIZACIÓN DE LA TENENCIA DE LA TIERRA, como quedó evidenciado con 42,000 procedimientos judiciales de INFORMACIONES AD-PERPETUAM, así como en Asentamientos Humanos que formaron colonias irregulares en SAN RAFAEL CHAMAPA; GRANJAS VALLE DE GUADALUPE; VERGEL DE GUADALUPE, SAN AGUSTÍN, CUAUTITLÁN IZCALLI, CIUDAD

NEZAHUALCÓYOTL, entre otros. Se sugiere consultar el LIBRO DE HITOS POLÍTICOS, SOCIALES Y ECONÓMICOS, EN DOSCIENTOS AÑOS DE VIDA COTIDIANA EN EL ESTADO DE MEXICO, precisamente en el artículo denominado “Doscientos años de la Propiedad en México” publicado y editado en conmemoración del Bicentenario de la Independencia de México, por el Gobierno del Estado de México.

El programa social permanente de Inmatriculación Administrativa del Registro Público de la Propiedad del Estado de México da inicio el día 23 de agosto de 1980, con la publicación en la Gaceta del Gobierno del sexto Reglamento del Registro Público de la Propiedad, en el que se contempla la regularización de la tierra con un procedimiento administrativo. Sin embargo, a efecto de actualizar, me apoyaré en la Ley Registral y su reglamento que está vigente en la actualidad.

Este programa se contempló en el Plan Estatal de Desarrollo 2005-2011 en su pilar 2, vertiente V. “Ordenamiento del territorio para tener mejores ciudades”, en su punto 4, donde contempla establecer programas masivos de regularización de la tenencia de la tierra, su urbanización y dotación de servicios públicos básicos y reviste una enorme importancia, ya que constituye el documento rector de las políticas públicas que se implementaron en el Estado, para brindar seguridad integral a los mexiquenses.

Su fundamento se basa, actualmente, en lo dispuesto por el artículo 8.53, 8.59, 8.60 Fracción V y 8.65 del Código Civil del Estado de México, Título Cuarto, Capítulo séptimo, de la Ley Registral del Estado de México, en sus artículos 86 al 98; así como en el Título Cuarto, Capítulo XIV del Procedimiento Administrativo de Inmatriculación, en sus artículos 78 fracción III y 129 al

Regesta

132, del Reglamento de la Ley Registral y artículo 77, fracción I, inciso F del Código Financiero, respecto de pagos de derechos.

La resolución administrativa siempre contendrá una cláusula donde se dejen a salvo los derechos de terceros, es decir, si alguien reclama posteriormente sus derechos del inmueble inmatriculado, lo hará valer ante la autoridad correspondiente.

La Inmatriculación Administrativa, es la incorporación de un inmueble al Registro Público de la Propiedad, con el fin de que se introduzca a la vida registral; aclarando que, no por ese hecho el solicitante se convierta en propietario pleno, únicamente se demuestra la posesión de un inmueble. Así lo determinó la Tesis aislada del Tomo XII, de septiembre de 1993, dictada por los Tribunales Colegiados de Circuito, publicada en el Semanario Judicial de la Federación, a páginas 243, de la octava época con el Título INMATRICULACION, SUS EFECTOS. LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE MÉXICO. En la que se observa que a través de la inmatriculación, no se puede adquirir la propiedad. De modo que las resoluciones que se dicten en vía de jurisdicción voluntaria no son títulos de propiedad, ni tienen valor para invocarse en juicios contenciosos en los que se contravie-ne la propiedad de un inmueble. Esto quiere decir que la resolución de inmatriculación debe inscribirse para darle publicidad y que surta efectos contra terceros, sin que dicha publicidad genere o constituya derechos de posesión o propiedad.

Con más contundencia, la Jurisprudencia, con registro número 167478, de la novena época de la Primera Sala 6/2009, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXIX, de abril del 2009, página 340, con el título: INMATRICULACIÓN ADMINIS-

TRATIVA A SOLICITUD DE PARTE INTERESADA. NO GENERA POR SI MISMA EL DERECHO A SOLICITAR LA DECLARATORIA DE PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA DEL BIEN INMUEBLE SOBRE EL QUE RECAYÓ (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE MÉXICO), que en su parte media dice: En este sentido, se concluye que la inmatriculación administrativa a solicitud de parte interesada, no genera por sí misma, el derecho al titular de la inscripción para solicitar posteriormente la declaratoria de prescripción adquisitiva del inmueble sobre el que recayó dicha inmatriculación, ya que ésta no surte efectos contra terceros, sino que sólo asigna un registro al bien respectivo como resultado de un procedimiento seguido ante el funcionario registral, quién no está facultado para reconocer y, menos establecer la existencia de una posesión apta para prescribir y concluye que constituye un “indicio” sobre el hecho de la posesión bajo la cual se registró el inmueble.

De lo anterior se advierte que la resolución de la inmatriculación administrativa solamente trae como consecuencia la inscripción ante el Registro Público de la Propiedad; es decir, una declaración, más no una constitución de derechos, tan es así que por sí misma la inmatriculación administrativa, no genera el derecho para solicitar la prescripción adquisitiva ya que deben haber transcurrido cinco años de haberse inscrito la misma para que, en términos del artículo 8.60 fracción III del Código Sustantivo en Materia Civil para el Estado de México, se declare la inmatriculación por resolución judicial. Por lo anterior, se colige que la tal matricula citada, detenta un carácter meramente administrativo. Actualmente, el Programa de Inmatriculación Administrativa reviste un perfil político relevante.

Por otra parte, de los artículos 8.60 fracción V y 8.61

Regesta

del Código Civil del Estado de México y el numeral 78 fracción III del Reglamento de la Ley Registral del Estado de México, se establece que el Director General del Instituto de la Función Registral de esta Entidad Federativa, cuenta con las atribuciones a efecto de emitir la resolución en el procedimiento administrativo de inmatriculación, por ser un acto de naturaleza administrativa, al no debatir ni prejuzgar respecto de la posesión o propiedad de un cierto bien, pues de explorado derecho que compete al Poder Judicial dirimir, resolver y declarar el derecho sobre tales menesteres.

Es innegable que a través de la resolución de inmatriculación administrativa sólo se asigne un registro a un determinado inmueble, como resultado de un procedimiento no contencioso seguido ante la autoridad administrativa, quién únicamente se encarga de recabar determinados requisitos al amparo del Código Civil, de la Ley Registral y de su reglamento, ordenamientos del Estado de México, sin que ello provoque la emisión de declaraciones jurisdiccionales o invasión de potestades en materias diversas a la administrativa, máxime que como se ha dicho, en líneas precedentes, las resoluciones de inmatriculación previstas en el numeral 8.60 fracción V del Código Civil para el Estado de México, ostenta una naturaleza administrativa, como está apoyada por la Tesis aislada número 289, de la novena época del Pleno, Apéndice 2000, Tomo VII, relativa a conflictos competenciales página 251, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta de diciembre de 1999, con el título: “INMATRICULACIÓN DE INMUEBLES PREVISTA EN EL ARTICULO 2903-A y EN LA FRACCIÓN V DEL ARTÍCULO 2897, DEL CÓDIGO CIVIL DEL ESTADO DE MÉXICO, ES UN ACTO DE NATURALEZA ADMINISTRATIVA, que

en su parte media dice: De lo anterior se concluye que el acto de inmatriculación de inmuebles al que se refieren los artículos 2903-A y la fracción V del artículo 2897 del Código Civil del Estado de México, por el Director del Registro Público de la Propiedad, es formal y materialmente administrativo, en virtud de que no dirime una contienda ni realiza acto jurisdiccional alguno, dejando a salvo derechos de terceros.

Es correcto lo que determinan los artículos 1.4 y 1.7 del Código Administrativo del Estado de México, ya que el IFREM, como organismo público descentralizado es una autoridad administrativa de carácter estatal. Por su parte, el artículo 10 de la Ley que crea el Organismo Público Descentralizado IFREM, prevé que la administración del Instituto estará a cargo de un director general, quién tendrá las atribuciones previstas en el artículo 12 del citado ordenamiento.

Corresponde al director general del IFREM, como autoridad administrativa, firmar las resoluciones de inmatriculación administrativa; de conformidad al artículo 4 de la Ley que crea el Organismo Público Descentralizado denominado IFREM.

Cómo podemos advertir, el crecimiento poblacional demanda espacios territoriales con infraestructura urbana y servicios municipales como elementos esenciales para un acelerado desarrollo urbano, con lo que se generan movimientos continuos para adquirir y transmitir la propiedad, impactando, en forma considerable, los controles que deben llevar los municipios en los padrones fiscales y catastrales, así como los registros inmobiliarios en el IFREM y, en un porcentaje importante y preocupante, se origina la irregularidad en la tenencia de la tierra, surgiendo con esto graves problemas de certeza y seguridad jurídica para el gobierno estatal, los gobiernos

Regesta

municipales y para el público en general. Por todo ello, debemos estar conscientes que todo lo que hemos señalado, no recae únicamente en el desarrollo urbano, también participan activamente los catastros, los registros inmobiliarios, las tesorerías municipales, los desarrolladores, los notarios, los organismos encargados de la regularización de la tenencia de la tierra y, en especial, la evidente diversidad de registros disponibles jurídico-administrativos que, en la práctica, se han encargado de promover el distanciamiento de lo que debe ser una coordinación entre las instituciones relacionadas con la propiedad inmobiliaria. El Registro Agrario Nacional, encargado de llevar el registro y control de propiedad social, reconocimiento, titulación en zonas urbanas ejidales y la certificación parcelaria, con características especiales que la misma Constitución Política de Estados Unidos Mexicanos, determina como tierras inalienables, imprescriptibles e inembargables. El Registro de la Propiedad Inmueble Federal, en donde se registran los bienes propios y bienes del dominio público federal, así como sus similares en las Entidades Federativas y en los municipios. El Registro Público de la Propiedad a donde se registra la propiedad privada y, en algunos casos, los bienes propios y la referencia de la superficie de bienes del dominio público estatal y municipal, todo lo cual, ha ocasionado errores, omisiones, duplicidades que motivan la falta de identidad y, por consiguiente, la irregularidad en el tráfico inmobiliario y en la tenencia de la tierra, así como despojos y fraudes.

Por su parte, los catastros municipales, carentes de tecnología avanzada y de sistemas operativos y procedimientos de vanguardia, se ven imposibilitados para integrar, dentro de sus patrones catastrales, a toda la propiedad inmobiliaria que permita armar un rompecabezas

completo de sus territorios, independientemente del régimen de propiedad a que correspondan. Si bien es cierto los catastros, son dependencias encargadas de apoyar a los ayuntamientos y concretamente a las tesorerías municipales para fijar valores de terreno y construcción y con ello, tener la base para generar los impuestos prediales y de adquisición de inmuebles, también es cierto que, sin estas finalidades y presiones para las contribuyentes, podemos tener catastrado todo el territorio que comprenda a los municipios, con una CLAVE ÚNICA DE REGISTRO INMOBILIARIO, que sirva también al Instituto de la Función Registral del Estado de México, para sentar las bases para la creación de un Instituto de la Función Registral y Catastral del Estado de México.

Desde hace años se promovió, a nivel federal, la modernización de los Registros Públicos de la Propiedad, así como de los catastros y, han pasado los años y seguimos con las mismas barreras y obstáculos financieros, administrativos y legales para concretar la armonización y homologación de la información entre los Registros Públicos Inmobiliarios y de personas morales con la información de los catastros municipales.

Vale la pena reflexionar sobre el diseño y construcción de una PÁGINA WEB con un sistema operativo basado en la interoperabilidad, que tenga una base de datos uniforme para ambas instituciones, en la que se incluya también el desarrollo urbano, apoyados en una Clave Única de Registro Inmobiliario; se fijen las políticas de adhesión o adopción de un sistema operativo, mediante el cual, se inicie, en forma inmediata, con el cruce de información y, echar a andar un programa de regularización especial en el que intervengan, institucional y activamente, personal del Instituto de la Función Registral (IFREM); Instituto de Información e Investigación Geo-

Regesta

gráfica Estadística y Catastral (IGECEM); Instituto Hacendario; Colegio de Notarios; representante de la Secretaría de Desarrollo Urbano y Metropolitano; Instituto Mexiquense de la Vivienda Social (IMEVIS) un representante de los Catastros Municipales; un representante de las Tesorerías Municipales y un representante de los Notarios, todos del Estado de México, rediseñando el formato de la declaración para el pago del impuesto sobre adquisición de inmuebles y otras operaciones traslativas de dominio de inmuebles, en la que se incluya, como hace 50 años, la CLAVE CATASTRAL y ahora, el FOLIO REAL ELECTRÓNICO.

Si no se adoptara la Clave Única de Registro Inmobiliario, todas las operaciones que se celebren y formalicen ante la fe del notario, debe procurarse la vinculación entre la información catastral con la información registral, los usos del suelo etc. Con dicho formulario y, en las mismas escrituras, con base en lo dispuesto por el artículo 41 del Reglamento de la Ley Registral, en los registros inmobiliarios y los catastros, se realice la corrección en cuanto a la descripción, de manera que se siga como las manecillas del reloj y se de valor jurídico a la superficie física, aunque la superficie legal y registrada sea diferente, se corrijan los nombres de los nuevos adquirentes para hacerlos congruentes entre lo registrado en el IFREM como en el Catastro. Paralelamente, iniciar un programa de regularización respecto de la información catastral, con cruce de la información registral que permanece pasiva y avanzar, en la armonización y homologación, pero en especial con la vinculación de la información registral, catastral y de usos y destinos del suelo.

Como un simple ejemplo, con el objeto de aclarar el procedimiento quiero referirme al ejemplo señalado en este ensayo. Imaginemos un predio que se describe en

el Registro Público de la Propiedad, al norte veinte metros, al sur veinte metros, al oriente veinte metros y al poniente veinte metros, con superficie de cuatrocientos metros cuadrados y en el catastro aparece como un polígono irregular, con medidas diferentes pero que, siendo la realidad física, tiene la misma superficie de cuatrocientos metros cuadrados y existe identidad del predio. A solicitud del IFREM Y DEL CATASTRO, con base en la LEY GENERAL APARA ARMONIZAR Y HOMOLOGAR, la información de ambas instituciones, con base en lo que establece la fracción VII del artículo 9 inciso B, y fracción VI, inciso C. y 19; 30; 45; 46, de la respectiva Ley y 41 del Reglamento de la Ley Registral, el notario elabora una fe de hechos mediante la cual, relacione la certificación registral, la cédula catastral, las declaratorias de uso y destino que expida la Secretaría de Desarrollo Urbano y, conforme al plano catastral describa el inmueble atendiendo al orden que siguen las manecillas del reloj, vinculando la información del predio con la Clave Catastral y el Folio Real Electrónico. Acto seguido, con el testimonio que expida el notario, el Catastro complete. Adicione o corrija su información y el Registro Público de la Propiedad, corregirá el Folio Real Electrónico.

Si por algunas causas de normatividad y de política, no se logra armonizar y homologar la organización y el funcionamiento del catastro con los registros inmobiliarios y de personas morales, ni se fusionen en un INSTITUTO DE LA FUNCIÓN REGISTRAL Y CATASTRAL, podemos procurar la vinculación de la información catastral con la registral como ya se precisó. Lo ideal sería que contáramos con una sola dependencia que pusiera en práctica la CLAVE ÚNICA DE REGISTRO INMOBILIARIO. Contar con una sola base de da-

Regesta

tos, diseñada y construida para introducir y almacenar toda la información relativa a un inmueble de origen social, público o particular, iniciando con el número que se le asigne al estado, seguido del número del municipio que corresponda, el código postal, colonia, fraccionamiento o conjunto urbano, horizontal o vertical, calle, manzana, lote, condominio, plano de inmueble, valores catastrales, de operación y de crédito, tipo y uso de suelo, densidad, número oficial, antecedente de propiedad, propietario, gravámenes y limitaciones, información predial y de agua así como declaratorias reservas, usos, destinos o prohibiciones.

La implementación de la Clave Única del Registro Inmobiliario, proyectaría beneficios importantes para el gobierno estatal y los gobiernos municipales, para los contribuyentes y para la sociedad en general, ya que, teniendo un mayor control, mejoraría la recaudación de impuestos y derechos, se agilizarán los procesos para gestiones y trámites, habría un mayor control en el contenido de la información y podríamos tener una información integral que diera, no sólo certeza y seguridad jurídica, sino también eficacia y eficiencia en los servicios que prestan ambas instituciones, fortaleciendo la economía y motivando la competitividad por el aprovechamiento de recursos humanos, materiales y las tecnologías que nos darían la posibilidad de transparentar los procedimientos y se combatiría la corrupción, dentro de un marco de legalidad y como solución integral, que permitiría tener un abanico de información estadística, de la que se tomarían suficientes y variados datos para potencializar la toma de decisiones en materia de desarrollo urbano a nivel federal, estatal y municipal, que alentaría la inversión pública y privada, bajo el esquema de una infraestructura

urbana programada, dirigida y controlada, para que el sector empresarial pudiera utilizarla como herramienta segura e inequívoca para la inversión de capitales y un desarrollo urbano ordenado.

La vinculación de la información catastral con la información registral debe estar sustentada por diferentes llaves de acceso que nos permitan obtener información integral de la propiedad inmobiliaria. La principal llave de acceso es la clave catastral íntimamente relacionada con el folio real electrónico, seguida del municipio, colonia, fraccionamiento, conjunto, urbano, manzana, lote, dirección y propietario.

El cruce de información catastral y registral debe hacerse con base a las llaves de acceso, principalmente con la clave catastral y el folio real electrónico, con lo que se obtienen las diferencias entre medidas y superficie de los terrenos, las construcciones y la omisión de las mismas, el nombre completo y correcto del propietario, la clasificación de la propiedad, así como los usos del suelo y las claves de agua.

Con el cruce de información podremos estar perfectamente informados de los inmuebles catastrados y de los inmuebles inscritos en el Registro Público de la Propiedad para diseñar y programar la regularización de la tenencia de la tierra.

Con el cruce de información podremos ver la diferencia entre los valores catastrales y los de operación en la adquisición y transmisión de la propiedad, así como las limitaciones y gravámenes que pueda tener la misma. De igual forma, sabremos qué superficie está catastrada, qué superficie está registrada y todo esto les servirá a los sectores público y privados para planear el desarrollo urbano, la inversión pública y privada y el crecimiento urbano ordenado del territorio estatal.

Regesta

El contenido y redacción del Código Administrativo, Libro Quinto y su reglamento, así como el Código Penal, ambos vigentes en el Estado de México, presentan problemas de interpretación y de aplicación, lo que impacta en forma directa la actividad catastral, registral y notarial en cuanto a la expedición de la certificación de clave y valor catastral, otorgamiento, formalidad y redacción de los contratos de transmisión de la propiedad y su inscripción en el Registro Público de la Propiedad.

La gestión urbana, se enfrenta a engorrosos y costosos tramites derivados de los procedimientos administrativos tendientes a sacrificar los requisitos exigidos por el Código Administrativo del Estado de México, que impactan indirectamente la función catastral, registral y notarial y obstaculizan el tráfico inmobiliario generador de impuestos y derechos.

La falta de criterio uniforme entre autoridades administrativas, respecto del Código Administrativo del Estado de México, obstaculizan los trámites y gestiones propias de la fundación catastral, registral y notarial.

No obstante que el Registro Público de la Propiedad como institución publicitaria certifica que no se encuentran inscritas las declaratorias que limita la propiedad, sobre uso, destinos, reservas y provisiones; en cambio, el Código Administrativo del Estado de México y los planes de Desarrollo Urbano, estratégicos y municipales, obligan al notario a incluir dentro de transmisiones de propiedad, cláusula específica sobre uso y destinos por exclusión.

La propiedad inmobiliaria, se verá afectada o limitada por las declaraciones sobre reservas, provisiones, usos y destinos que decreten los planes de Desarrollo Urbano, estratégico y municipales.

El Código Administrativo del Estado de México, obliga al propietario vendedor y por consiguiente al notario

a reservar dentro del contrato de transmisión de propiedad, el derecho de preferencia a favor de estado y del municipio, independientemente de que existan inscritas las declaraciones sobre reservas y provisiones en el Registro Público de la Propiedad.

La no observancia del Código Administrativo del Estado de México trae por consecuencia la posible aplicación del Código Penal.

Estoy confiado y tengo la esperanza de que, en breve, podemos lograr obtener un avance significativo para alcanzar los objetivos y finalidades que persigue la LEY GENERAL PARA ARMONIZAR Y HOMOLOGAR A LOS REGISTROS INMOBILIARIOS Y DE PERSONAS MORALES CON LOS CATASTROS.

Regesta

245

Créditos

CONSEJO DIRECTIVO

PRESIDENTA

Notaria Rosamaría Montiel Bastida

SECRETARIO

Notario Juan Castañeda Salinas

TESORERO

Notario Gabriel Luis Ezeta Morales

VICEPRESIDENTE ZONA TOLUCA

Notario Alejandro Caballero Gastelum

VICEPRESIDENTA ZONA VALLE DE MÉXICO

Notaria Teresa Peña Gaspar

VICEPRESIDENTE ZONA ORIENTE

Notario José Antonio Reyes Duarte

CONSEJERAS Y CONSEJEROS

Notaria Melania Martínez Alva

Notaria Rita Raquel Martínez Salgado

Notario Jorge Adalberto Becerril Ruíz

Créditos

COMITÉ ACADÉMICO DEL INSTITUTO DE ESTUDIOS NOTARIALES

DIRECTORA DEL INSTITUTO DE ESTUDIOS NOTARIALES

Dra. Hilda Leticia Paniagua Hernández

COORDINADOR ACADÉMICO DEL INSTITUTO DE ESTUDIOS NOTARIALES

Dr. Lucio Ordoñez Huerta

COORDINADOR ADMINISTRATIVO DEL INSTITUTO DE ESTUDIOS NOTARIALES

Mtro. José Carlos Valencia Padua

MIEMBROS DEL COMITÉ ACADÉMICO DEL INSTITUTO DE ESTUDIOS NOTARIALES

Dra. Silvia Mondragón Fiesco

Mtro. Rafael Martín Echeverri González

Dr. Erick Benjamín Santín Becerril

Mtro. José Antonio Armendáriz Munguía

Dr. Wilfrido Isidro Muñoz Rivera

Dra. Aída-Aíxa Chávez Magallanes

**CONSEJO EDITORIAL
REVISTA ESCRIVA**

Lic. Fernando Trueba Buenfil

Dr. Isidro Muñoz Rivera

Lic. José Antonio Armendariz Munguía

Créditos

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.

Impreso por: Litográfica Jang.



Este número de *Escriva*, la revista del muy Noble y Leal
Colegio de Notarios del Estado de México se imprimió
en el mes de agosto de 2021.



ESCRIVA